

ISSN 1015-5074

PRESENTACIÓN  
*José Thompson J.*

L'EXPANSION DE LA JURIDICTION ET LA RESPONSABILITÉ  
INTERNATIONALES ET LA PRIMAUTÉ DU DROIT  
*Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE*

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS  
EN LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS: HISTORIA Y ACTUALIDAD  
*Fabián Salvioli*

RESTRICCIÓN DEL DERECHO A VOTO DE LAS PERSONAS  
PRIVADAS DE LIBERTAD. UNA APROXIMACIÓN SOCIOECONÓMICA  
*Goodfred Schwendenwein*

THE CASE OF **GELMAN V. URUGUAY**: A CASE OF HUMAN TRAFFICKING  
*Raimy Reyes*

EL USO DE LA FUERZA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH:  
RETOS PARA UNA GARANTÍA ADECUADA DE LOS DERECHOS HUMANOS  
*Emilio G. Terán Andrade*

BENEFICIOS PENITENCIARIOS A CONDENADOS POR DELITOS DE LESA HUMANIDAD  
*María José Jara Leiva*

O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E A PAZ NA AMÉRICA LATINA  
*Mariane Monteiro da Costa*

LA CONDITION JURIDIQUE DE L'INDIVIDU COMME SUJET  
DE DROIT DANS LE DROIT INTERAMÉRICAIN DES DROITS DE L'HOMM  
*Pascal JEAN-BAPTISTE*

MOVILIDAD HUMANA Y DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL:  
UNA SINERGIA URGENTE Y NECESARIA  
*Valentina Lucio Paredes Aulestia*  
*Víctor D. Cabezas Albán*

VISAS HUMANITARIAS. LA EXPERIENCIA DEL PROGRAMA SIRIA EN ARGENTINA  
*María Soledad Figueroa*  
*María José Marcogliese*

PROTECCIÓN INTERNACIONAL EN ZONAS DE FRONTERA: REVISIÓN DE  
POLÍTICAS ESTATALES A LA LUZ DE LAS DECISIONES  
DE LOS SISTEMAS EUROPEO E INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN  
DE DERECHOS HUMANOS  
*César Francisco Gallegos Pazmiño*

DESPLAZAMIENTO INTERNO, AMBIENTE Y DERECHOS HUMANOS EN AMÉRICA LATINA  
*Ignacio Odriozola*  
*Fernanda de Salles Cavedon-Capdeville*  
*Erika Pires Ramos*

69

Enero - Junio 2019

REVISTA

IIDH INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS  
INSTITUT INTERAMÉRICAIN DES DROITS DE L'HOMME  
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS  
INTER-AMERICAN INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS

69



Enero - Junio 2019



Embajada de Noruega  
Ciudad de México

REVISTA  
**IIDH**

Instituto Interamericano de Derechos Humanos  
Institut Interaméricain des Droits de l'Homme  
Instituto Interamericano de Direitos Humanos  
Inter-American Institute of Human Rights

© 2019 IIDH. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Revista  
341.481

Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos  
Humanos.-Nº1 (Enero/junio 1985)  
-San José, C. R.: El Instituto, 1985-  
v.; 23 cm.

Semestral

ISSN 1015-5074

1. Derechos humanos-Publicaciones periódicas

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta Revista son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

Esta revista no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

*Corrección de estilo: José Benjamín Cuéllar M.*

*Portada, diagramación y artes finales: Marialyna Villafranca Salom*

*Impresión litográfica: Litografía Versalles*

La Revista IIDH acogerá artículos inéditos en el campo de las ciencias jurídicas y sociales, que hagan énfasis en la temática de los derechos humanos. Los artículos deberán dirigirse a: Editores Revista IIDH; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica.

*Se solicita atender a las normas siguientes:*

1. Se entregará un documento en formato digital que debe ser de 45 páginas, tamaño carta, escritos en Times New Roman 12, a espacio y medio.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: apellidos y nombre del autor o compilador; título de la obra (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas: apellidos y nombre del autor, título del artículo (entre comillas); nombre de la revista (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. La bibliografía seguirá las normas citadas y estará ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Un resumen de una página tamaño carta, acompañará a todo trabajo sometido.
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil localización (Nº fax, teléf., dirección postal y correo electrónico). Además incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptarán para su consideración todos los textos, pero no habrá compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

La Revista IIDH es publicada semestralmente. El precio anual es de US \$40,00. El precio del número suelto es de US\$ 25,00. Estos precios incluyen el costo de envío por correo regular.

Todos los pagos deben de ser hechos en cheques de bancos norteamericanos o giros postales, a nombre del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Residentes en Costa Rica pueden utilizar cheques locales en dólares. Se requiere el pago previo para cualquier envío.

Las instituciones académicas, interesadas en adquirir la Revista IIDH, mediante canje de sus propias publicaciones y aquellas personas o instituciones interesadas en suscribirse a la misma, favor dirigirse al Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica, o al correo electrónico: [s.especiales2@iidh.ed.cr](mailto:s.especiales2@iidh.ed.cr).

***Publicación coordinada por Producción Editorial-Servicios Especiales del IIDH***

**Instituto Interamericano de Derechos Humanos**

Apartado Postal 10.081-1000 San José, Costa Rica

Tel.: (506) 2234-0404 Fax: (506) 2234-0955

e-mail:[s.especiales2@iidh.ed.cr](mailto:s.especiales2@iidh.ed.cr)

[www.iidh.ed.cr](http://www.iidh.ed.cr)

## Índice

<b>Presentación</b> .....	7
<i>José Thompson J.</i>	
<b>L'EXPANSION DE LA JURIDICTION ET LA RESPONSABILITÉ INTERNATIONALES ET LA PRIMAUTÉ DU DROIT</b> .....	13
<i>Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE</i>	
<b>La protección de los derechos humanos en la Organización de las Naciones Unidas: historia y actualidad</b> .....	31
<i>Fabián Salvioli</i>	
<b>Restricción del derecho a voto de las personas privadas de libertad. Una aproximación socioeconómica</b> .....	123
<i>Goodfred Schwendenwein</i>	
<b>The case of Gelman v. Uruguay: a case of human trafficking</b> .....	157
<i>Raimy Reyes</i>	
<b>El uso de la fuerza en la jurisprudencia de la Corte IDH: retos para una garantía adecuada de los derechos humanos</b> .....	195
<i>Emilio G. Terán Andrade</i>	
<b>Beneficios penitenciarios a condenados por delitos de lesa humanidad</b> .....	229
<i>María José Jara Leiva</i>	

---

<b>O Sistema Interamericano de Derechos Humanos e a Paz na América Latina .....</b>	<b>261</b>
<i>Mariane Monteiro da Costa</i>	
<b>La condition juridique de l'individu comme sujet de droit dans le droit interaméricain des droits de l'homme.....</b>	<b>291</b>
<i>Pascal JEAN-BAPTISTE</i>	
<b>Movilidad humana y derecho a la seguridad social: una sinergia urgente y necesaria .....</b>	<b>337</b>
<i>Valentina Lucio Paredes Aulestia</i> <i>Víctor D. Cabezas Albán</i>	
<b>Visas humanitarias. La experiencia del Programa Siria en Argentina.....</b>	<b>365</b>
<i>María Soledad Figueroa</i> <i>María José Marcogliese</i>	
<b>Protección internacional en zonas de frontera: revisión de políticas estatales a la luz de las decisiones de los sistemas europeo e interamericano de protección de derechos humanos .....</b>	<b>395</b>
<i>César Francisco Gallegos Pazmiño</i>	
<b>Desplazamiento interno, ambiente y derechos humanos en América Latina.....</b>	<b>439</b>
<i>Ignacio Odriozola</i> <i>Fernanda de Salles Cavedon-Capdeville</i> <i>Erika Pires Ramos</i>	

## **Presentación**

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos (en adelante “el IIDH”) presenta el número 69 de su revista institucional. En esta oportunidad, la edición no se limitó a una sola temática sino que recoge artículos en diversas materias relevantes para la realidad de nuestra región. Adicionalmente, tomando en cuenta las cuestiones de inseguridad y desigualdad que aquejan a varios países dentro de la misma –generadoras de amenazas que han obligado a migrar a cientos de miles de personas– así como los desafíos que esto implica para la garantía de derechos, es que también se han incluido opiniones especializadas en lo relativo a la movilidad humana, los movimientos migratorios, los desplazamientos internos y fronterizos así como de las solicitudes de refugio. Todo ello, en el ámbito de los derechos humanos.

Este número de la Revista también resulta especial, ya que es el primero que se publica bajo la consideración de su recién constituido Consejo Consultivo Editorial (en adelante “el CCE”) presidido por don Antônio A. Cançado Trindade y con la participación de Mónica Pinto, Margaret Crahan, Fabián Salvioli y Renato Zerbini, quienes gracias a su trayectoria y relevantes aportes al movimiento regional de derechos humanos favorecerán el fortalecimiento permanente de esta publicación oficial.

En tal sentido, es un gusto para el IIDH presentar los artículos que forman parte de este número e invitar a la comunidad académica a que utilice estos recursos para la promoción y protección de derechos humanos que realicen desde sus propias prácticas y mandatos.

Para empezar, es de gran valía contar en el presente número con dos artículos escritos por miembros del CCE. Al respecto, Antônio A. Cançado –autor de *L'EXPANSION DE LA JURIDICTION ET LA RESPONSABILITÉ INTERNATIONALES ET LA PRIMAUTÉ DU DROIT*– identifica la evolución del derecho internacional contemporáneo y reconoce la necesidad de enfrentar los nuevos desafíos que se plantean; asimismo, aborda la temática de la expansión de la jurisdicción en la búsqueda de la realización de la justicia, la responsabilidad y el Estado de derecho en el ámbito internacional.

Por su parte, Fabián Salvioli –en *La protección de los derechos humanos en la Organización de las Naciones Unidas: historia y actualidad*– nos invita a recorrer la evolución de los derechos humanos motivada por la necesidad de su universalización, desde la preocupación internacional por los crímenes cometidos en la Segunda Guerra Mundial hasta los mecanismos de tutela de derechos humanos vigentes y las problemáticas actuales a las que se han tenido que enfrentar los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas.

Por otro lado, Goodfred Schwendenwein –autor de *Restricción del derecho a voto de las personas privadas de libertad. Una aproximación socioeconómica*– puntualiza cómo las personas privadas de libertad son invisibilizadas y sus derechos políticos vulnerados bajo el paradigma del castigo del sistema carcelario, al limitárseles en algunos países su derecho al voto. Asimismo, explora las posturas que las naciones podrían adoptar al respecto en congruencia con la democracia y los valores que intentan proteger los derechos humanos.

Raimy Reyes, en *The case of Gelman v. Uruguay: a case of human trafficking*, visibiliza las diversas formas de esclavitud

moderna en contraste con los derechos humanos que intentan prohibirlas. Examina cómo se ha interpretado el artículo 6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención Americana”) en diversos casos; en ese marco, argumenta que los hechos ocurridos en el caso de Gelman contra Uruguay constituyeron trata de personas y explica cómo considera que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte IDH”) debió haber determinado y declarado la responsabilidad del Estado.

En *El uso de la fuerza en la jurisprudencia de la Corte IDH: retos para una garantía adecuada de los derechos humanos*, Emilio G. Terán Andrade analiza la coerción estatal considerando el rol de las instituciones, el funcionariado y las sentencias que ha emitido la Corte IDH; además, identifica los estándares internacionales y la jurisprudencia regional en torno al uso de la fuerza. Finalmente, realiza un estudio sobre los retos que se han encontrado en el camino para garantizar los derechos humanos –de manera efectiva– cuando se deba emplear la fuerza.

María José Jara Leiva, en *Beneficios penitenciarios a condenados por delitos de lesa humanidad*, analiza su otorgamiento a la luz de los estándares del sistema interamericano de derechos humanos (en adelante “el sistema interamericano”); asimismo, evidencia las tensiones que pueden existir entre la necesidad de otorgar dichos beneficios y el deber estatal de sancionar a los responsables de graves violaciones de derechos humanos. Al respecto, la autora explica la solución que ha entregado la Corte IDH conciliando ambas obligaciones internacionales y buscando que se disminuyan las tensiones surgidas en tal escenario; también, facilitando la labor de los jueces internos al momento de ejercer el control de convencionalidad y ofreciendo una sistematización de los criterios respectivos.

Mariane Monteiro da Costa, en *O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a Paz na América Latina*, plantea cómo este contribuye a la búsqueda y la consolidación de tal aspiración en la subregión. Asociando lo anterior con la Convención Americana, realza la importancia de la participación de los Estados en la protección de los derechos humanos y argumenta cómo el sistema interamericano puede corroborar la paz en la región a partir de dos casos litigados en la Corte IDH.

Pascal Jean-Baptiste, en *La condition juridique de l'individu comme sujet de droit dans le droit interaméricain des droits de l'homme*, analiza diferentes perspectivas de la condición jurídica del individuo como sujeto de derecho en el ámbito interamericano. El estudio avanza desde la concepción de la persona como sujeto del derecho internacional, el derecho interamericano (su normativa y particularidades procedimentales), y las distinciones entre los “sujetos de derechos” y “titulares de derechos”. Tras el análisis, se plantean los escenarios y debates que de acuerdo a la concepción de la condición jurídica del individuo que se tenga, podrían permitir –o no– el acceso directo de la persona a la Corte IDH a futuro.

Por otra parte, en el ensayo *Movilidad humana y derecho a la seguridad social: una sinergia urgente y necesaria*, los autores Valentina Lucio Paredes Aulestia y Víctor D. Cabezas Albán abordan los orígenes, el desarrollo, los principios y las principales prestaciones de la seguridad social. A partir de ello, exploran el tratamiento que se le ha dado a esta en los diversos sistemas de derechos humanos. Analizan también los estándares aplicables en el contexto de procesos de movilidad humana y examinan las directrices de los organismos internacionales especializados, así como las experiencias que los países han desarrollado para su garantía. Finalmente, presentan recomendaciones concretas

para que los Estados puedan diseñar políticas públicas sobre la materia en el contexto de procesos de movilidad humana.

Las coautoras María Soledad Figueroa y María José Marcogliese –en *Visas humanitarias. La experiencia del Programa Siria en Argentina*– ante las situaciones de desplazamiento humano forzado, presentan y discuten esta como respuesta para el caso argentino. En ese marco, examinan el desarrollo de la implementación de programas de visas humanitarias en áreas de conflicto armado con la finalidad de favorecer la coordinación y el apoyo entre distintos actores de la sociedad civil, individuos y gobiernos, utilizando como referencia el caso sirio.

En *Protección internacional en zonas de frontera: revisión de políticas estatales a la luz de las decisiones de los sistemas europeo e interamericano de protección de derechos humanos*, César Francisco Gallegos Pazmiño expone los conflictos a los que se enfrentan los Estados cuando por una parte tienen que lidiar con sus compromisos de derecho internacional, a la vez que ejercen soberanía sobre sus fronteras. Al respecto, el autor examina la forma en que los Estados tratan a las y los solicitantes de asilo que buscan ingresar a su jurisdicción territorial, en contraste con la manera cómo deberían tratarlos.

En *Desplazamiento interno, ambiente y derechos humanos en América Latina*, las autoras Fernanda de Salles Cavedon-Capdeville y Erika Pires Ramos junto a Ignacio Odriozola, abordan la temática de la movilidad humana en América Latina que es producto del cambio climático generador de riesgos y desastres naturales. Puntualizan la urgencia de adoptar medidas al respecto, ante la inexistencia actual de instrumentos internacionales o regionales vinculantes que reconozcan y protejan a las personas desplazadas por motivos ambientales.

---

Finalizo esta presentación agradeciendo a la cooperación noruega que hace posible la producción y difusión de la Revista, al CCE por sus aportes y valoraciones, y a las autoras y los autores por los artículos que elaboraron para esta nueva edición, los que valiosamente contribuyen al debate y a la búsqueda de soluciones en lo relativo a asuntos de actualidad y relevancia en el campo de los derechos humanos.

José Thompson J.  
*Director Ejecutivo, IIDH*

# Movilidad humana y derecho a la seguridad social: una sinergia urgente y necesaria

*Valentina Lucio Paredes Aulestia\**  
*Víctor D. Cabezas Albán\*\**

## Introducción

Latinoamérica enfrenta una de las mayores crisis de movilidad humana de la que se tenga registro; es esta, sin duda, la más compleja y numerosa de lo que va del siglo.<sup>1</sup> La hiperinflación, la falta de alimentos, la insuficiencia de medicamentos y de insumos básicos para la vida, sumado a la ausencia de las mínimas garantías en materia de derechos humanos, ha generado que más de cuatro millones de ciudadanos venezolanos hayan abandonado su país desplazándose primordialmente hacia Colombia, Ecuador, Perú, Chile, Argentina, Panamá y Brasil.

Este proceso migratorio se caracteriza, de un lado, por la relativa facilidad de asimilación y adaptación de los venezolanos

---

\* Investigadora independiente, abogada y psicóloga clínica por la Universidad San Francisco de Quito.

\*\* Abogado por la Universidad San Francisco de Quito e investigador de la Universidad Externado de Colombia.

1 Según la última actualización del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (en adelante “ACNUR”) y de la Plataforma de Coordinación para Refugiados y Migrantes de Venezuela, al 5 de agosto del 2019 eran 4 296 777 personas las que habían abandonado el país. Plataforma de Coordinación para Refugiados y Migrantes de Venezuela, disponible en <https://r4v.info/es/situations/platform>

en otros países de la región con un idioma, cultura y sistema institucional análogo al suyo. Empero –de otro lado– la precariedad financiera, su delicado estado de salud, el abandono que sufren de parte del Estado venezolano y algunos preocupantes indicios de xenofobia,<sup>2</sup> hacen que esta población migrante se encuentre en una situación de extrema vulnerabilidad. Entre los efectos nefastos para la vigencia de los derechos humanos que se generan a partir de dicho escenario, el de la seguridad social ha sido uno de los menos explorados.

Aunque no existen datos oficiales sobre la precarización y la explotación laboral de la población migrante venezolana, algunos Estados de la región como Colombia, Ecuador, Perú, Chile y Uruguay han advertido que su tratamiento es el punto de partida para potenciar la garantía de otros derechos. La precarización no solo distorsiona el mercado del trabajo, fijando costos laborales por debajo de los mínimos legales, sino que cultiva las raíces de la discriminación y potencia la xenofobia.<sup>3</sup> Al implementar políticas para regular el trabajo de la población migrante, los Estados generan condiciones de igualdad material, corrigen distorsiones y –al mismo tiempo– se viabiliza su acceso a la seguridad social.

Sin duda, existe amplia literatura sobre el derecho al trabajo y sus garantías mínimas en el contexto de un influjo migratorio; sin embargo, el acceso a la seguridad social es un tema que aún requiere una atención especial. En este ensayo, partiremos por caracterizar la seguridad social explicando brevemente tanto

---

2 ACNUR. *ONU lanza campaña contra la xenofobia en Ecuador*, Ecuador, 21 de marzo del 2019, disponible en <https://www.acnur.org/noticias/press/2019/3/5c9928cd4/onu-lanza-la-campana-contra-la-xenofobia-en-ecuador.html>

3 Naciones Unidas. *Declaración de Nueva York para los Refugiados y Migrantes*, Introducción, Asamblea General, 19 de septiembre del 2016, disponible en <https://www.acnur.org/5b4d0eee4.pdf>

sus orígenes como su desarrollo, sus principios y sus principales prestaciones.

Posteriormente, exploraremos el tratamiento que se le ha dado a este derecho en el sistema interamericano de derechos humanos (en adelante “el sistema interamericano” o “el SIDH”), en el sistema universal de derechos humanos (en adelante “el sistema universal”) y en el sistema europeo de derechos humanos (en adelante “el sistema europeo”). Al efecto, indagaremos si la seguridad social puede ser caracterizada como un derecho humano. Dicho esto, pasaremos a analizar los estándares aplicables a la garantía de la seguridad social en el contexto de procesos de movilidad humana, examinando las directrices de organismos internacionales especializados y las experiencias que otros países han adoptado para su garantía.

Este ensayo, además de sistematizar el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos alrededor de la seguridad social, pretende presentar recomendaciones concretas para que los Estados puedan diseñar políticas públicas sobre la materia en el contexto de procesos de movilidad humana que –como veremos– comporta una obligación internacional en materia de derechos humanos.

## **I. El derecho a la seguridad social: antecedentes**

Diversos autores coinciden en que la consolidación del derecho a la seguridad social es el gran avance de la protección social<sup>4</sup>

---

4 La protección social es una doctrina a partir de la cual el Estado es el garante de los derechos mínimos para el desarrollo del individuo y de la sociedad; propugna que debe, por ejemplo, garantizar la educación, la salud, el trabajo, un medio ambiente sano, etc. La protección social es más amplia que la seguridad social, pues implica un activismo del Estado en pro de la generación de las condiciones

en la sociedad moderna, pues la garantía de sus prestaciones y la ampliación de su alcance han implicado que las personas puedan solventar dignamente los contingentes más complejos de la vida: la enfermedad, la vejez, los accidentes e –incluso– la muerte.<sup>5</sup> En esta primera parte del estudio nos enfocaremos en caracterizar la seguridad social a partir de la doctrina, el derecho comparado, el derecho internacional y las decisiones de organismos internacionales supervisores en materia de derechos humanos.

Antes de iniciar el ensayo, conviene revisar el concepto de protección social –antecedente de la seguridad social– que engloba todas las formas de intervención estatal en beneficio de los grupos sociales y de los individuos, en las más amplias formas.<sup>6</sup> Así, por ejemplo, un programa de protección social normalmente incluye educación, seguridad, salud en todas sus manifestaciones –incluyendo la psicológica, sexual, etc.– y, en general, todas las medidas que desde el Estado puedan tomarse para propender al desarrollo de capacidades individuales y sociales. Sobre el tema, la Organización Internacional del Trabajo (en adelante “la OIT”) ha explicado lo siguiente:

El concepto de protección social suele tener un sentido más amplio que el concepto de seguridad social, e incluir específicamente la protección que los miembros de una familia o de una comunidad local se prestan entre sí. Ahora bien, en otros contextos el concepto de protección social se utiliza

---

básicas para el progreso individual y colectivo en ámbitos que exceden al de la seguridad social.

5 González-Ortega, Santiago. *La Protección Social de los Trabajadores Extranjeros*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales del Gobierno de España, Madrid, 2006 p. 204

6 OIT. *Seguridad social para la justicia social y una globalización equitativa*, Informe, Ginebra, 2011, p. 9.

en un sentido más restringido que el de seguridad social, refiriéndose únicamente a las medidas en pro de los miembros más pobres, vulnerables o excluidos de la sociedad. Así pues, por desgracia en muchos contextos las expresiones “seguridad social” y “protección social” se emplean indistintamente como sinónimas.<sup>7</sup>

Dentro del amplio espectro de la protección social,<sup>8</sup> encontramos a la seguridad social cuyos orígenes –según ha anotado la OIT– se remontan a los periodos más remotos de la humanidad, pues una de las preocupaciones recurrentes de las sociedades ha consistido en la búsqueda de protección para las contingencias de la vida<sup>9</sup> que en un inicio se solventaban con la creación de cajas comunes de ahorro previsional y luego a partir del establecimiento de sistemas formales, estructurados y altamente complejos de seguridad social.

Ahora bien, en cuanto a los antecedentes históricos del derecho a la seguridad social debemos destacar que su conceptualización –tal como la conocemos ahora y a diferencia de otras instituciones jurídicas– es de corta data. Concretamente en 1880, Alemania –de la mano del canciller Otto von Bismarck– se convirtió en el primer Estado que adoptó un sistema estructurado de seguridad

---

7 *Ibid.*

8 Algunos autores como Alcalá Cabanellas, también hablan sobre previsión social afirmando que la respuesta misma consiste en un cúmulo de principios, reglas, políticas e instituciones cuyo objetivo es la satisfacción de las necesidades de los miembros de la sociedad, independientemente de su calidad de trabajadores, autónomos, etc. Observa al individuo –sin ninguna distinción– como el sujeto principal de enfoque de políticas de desarrollo social. Las políticas de previsión social en salud, educación, seguridad, etc., están encaminadas a los objetivos de la protección social e, insistimos, se diferencian del sistema de seguridad social pues actúa en protección de los miembros de la sociedad, más allá de si están o no afiliados a un sistema.

9 OIT. *Seguridad social para la justicia social...*, p. 6

social,<sup>10</sup> desarrollando conceptos como el de la “prestación de la seguridad social”; conceptos que fueron entendidos como derechos dentro del referido sistema. Después de la Segunda Guerra Mundial, cuando este derecho adquirió el rango de derecho humano,<sup>11</sup> se dieron avances sumamente importantes y en este contexto se emitió en 1942 el denominado Informe Beveridge<sup>12</sup>, el cual se implementó en 1945; básicamente, este fue el resultado de un profundo estudio sobre la factibilidad de la seguridad social como un derecho universal destinado a ser el muro de contingencia frente a los riesgos de salud, vejez, desempleo, muerte o del trabajo.

Posteriormente, el sistema llegó a diversos países de América Latina que lo adoptaron con su propio particularismo. En nuestra región, Chile fue el primero con legislación sobre seguridad social en 1924, incluyéndose las prestaciones de maternidad, invalidez, vejez y muerte. Luego, en 1927 Canadá estableció el seguro de pensiones; Ecuador lo hizo en 1935 y así, progresivamente,

---

10 “El ejemplo de Alemania es rápidamente seguido en Europa, pues entre los años de 1887 y 1888 Austria adopta leyes sobre seguro de accidentes del trabajo y sobre seguro lo hace en 1891 Hungría. En Dinamarca se crea el seguro de vejez en 1891; el de enfermedad-maternidad en 1892 y el de riesgos del trabajo en 1898. En Suecia, el seguro de enfermedad-maternidad en 1891; el de riesgos del trabajo en 1901; el de invalidez-vejez-muerte en 1913. Noruega dicta su primera legislación de protección contra riesgos del trabajo en 1895 y de seguro de enfermedad-maternidad en 1909”. Centro Interamericano de Estudios Sobre Seguridad Social (en adelante “CIESS”). *Seguridad Social, una visión Latinoamericana*, México, D. F., 2009, p. 36.

11 Así lo establece la Declaración Universal de Derechos Humanos.

12 *Vid* Klein, Lawrence. “The Cost of a ‘Beveridge Plan’ in the United States”, en *The Quarterly Journal of Economics* 58: 3 (1944): 423-437; Leo Wolman, “The Beveridge Report”, *Political Science Quarterly* 58: 1 (1943): 1-10; Eveline Burns, “The Beveridge Report”, *The American Economic Review* 33: 3 (1943): 512-533; y Austin Robinson, “Sir William Beveridge on Full Employment”, *The Economic Journal* 55: 217 (1945): 70-76.

todos los países americanos llegaron a contar con sus respectivos seguros sociales.<sup>13</sup>

En los Estados Unidos se formalizó en 1935 con la Ley del Seguro Social y ha sido uno de los aspectos de mayor importancia para la nación, pues pudo solventar lo que se denominó “el horror absoluto de una vejez sin un centavo y sin esperanza”.<sup>14</sup> Sobre este derecho, el connotado presidente Franklin Delano Roosevelt afirmó lo que sigue: “La civilización de los últimos cien años, con sus increíbles cambios industriales, ha tendido a hacer la vida más y más insegura. Los jóvenes han empezado a temer lo que será de ellos cuando les llegue la vejez”.<sup>15</sup>

## **II. La seguridad social: principios, concepto y alcance**

La seguridad social es un sistema implementado desde el Estado, que también puede ser ejecutado por privados; abarca prestaciones en efectivo o en especies, destinadas a solventar o cubrir contingencias derivadas –por ejemplo– de la falta de ingresos económicos a través de un subsidio o seguro de cesantía, la vejez a través de una pensión, la enfermedad a través de un seguro médico, la invalidez a través de una pensión, los riesgos del trabajo por medio de la asistencia médica y, en caso de un daño irreversible, una pensión.

---

13 Pieschacón-Velasco, Camilo. *Sistemas de Pensiones: Experiencia Española e Internacional*. Inverco, Madrid. p.19.

14 Gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica (2017). Seguro Social en Español: Breve Historia del Seguro Social. Disponible en <https://www.ssa.gov/espanol/brevehistoria.htm> (acceso 21/07/2019)

15 *Ibid.*

Evidentemente, cada Estado tiene la potestad de regular cuáles son las prestaciones de la seguridad social exigibles; sin embargo, la OIT ha establecido las siguientes prestaciones básicas en el Convenio 102 sobre seguridad social (norma mínima): (i) asistencia médica, (ii) prestaciones monetarias por enfermedad, (iii) prestaciones por vejez, (iv) prestaciones de desempleo, (v) prestaciones de vejez, (vi) prestaciones en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional, (vii) prestaciones familiares, (viii) prestaciones de maternidad, (ix) prestaciones de invalidez y (x) prestaciones de sobrevivientes.

Sin embargo, como advertimos *ut supra*, son los Estados los que definen cuáles de estas prestaciones resultan exigibles en el plano interno pues este instrumento internacional puede ser ratificado parcial o totalmente. De esta forma, en el caso peruano –por ejemplo– solo se reconocen las prestaciones de asistencia médica (Parte II); monetarias por enfermedad (Parte III); y por invalidez, por vejez y por maternidad.<sup>16</sup> Las otras prestaciones son cubiertas por seguros privados o su garantía se deja a discreción de las partes contratantes.

Ahora bien, en cuanto a los principios que rigen la seguridad social<sup>17</sup> encontramos los siguientes que ha desarrollado la doctrina:<sup>18</sup>

1. Solidaridad. El sistema afirma que la garantía de ciertas prestaciones debe basarse en aportes del Estado o, incluso, de otros afiliados. El fenómeno de interdependencia entre los

---

16 Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (2018). *Política y Plan Nacional de Seguridad Social en el Trabajo 2017-2021*. Disponible en [https://www.trabajo.gob.pe/archivos/file/CNSST/politica\\_nacional\\_SST\\_2017\\_2021.pdf](https://www.trabajo.gob.pe/archivos/file/CNSST/politica_nacional_SST_2017_2021.pdf), p. 74

17 Cfr. Almanza, José Manuel. *Derecho a la seguridad social*, Tecnos, Madrid, 1977, p. 456.

18 Ayala Cáceres, Carlos Luis. “Principios de la Seguridad Social”, en *Revista Académica CES Medicina*, vol. 10, N° 1, p. 56.

diferentes miembros de la seguridad social, en este sentido, implica el reparto de cargas a quienes más aportan o más ingresos tienen, para la garantía de prestaciones a quienes no tienen los aportes necesarios.

2. Universalidad. El objetivo último de la seguridad social consiste en que todos los ciudadanos, sin distinción, se encuentren cubiertos por sus diversas prestaciones.
3. Integralidad. La seguridad social debe propender a garantizar las prestaciones de forma oportuna, suficiente y completa.
4. Unidad. Pretende que los sistemas de seguridad social operen sin regímenes especiales, en coordinación y bajo una administración central que pueda abundar esfuerzos para su realización común.
5. Globalización. La portabilidad de las prestaciones más allá del país donde se generan, es uno de los grandes principios y acometidos de la seguridad social.
6. Igualdad. Implica la participación justa y proporcional en las prestaciones de la seguridad social.
7. Subsidiariedad. El sistema de seguridad social forma parte de la doctrina de la protección social y, en principio, tiene su asidero porque materialmente el Estado no puede implementar protección social global y efectiva.
8. Imprescriptibilidad. El sistema de seguridad social se fundamenta en que las prestaciones puedan ser exigibles sin importar el momento de su exigibilidad.
9. Progresividad. Las prestaciones de la seguridad social deben tender a ampliarse y no a restringirse en su contenido o alcance.

Ahora bien, una vez que hemos repasado las características del derecho a la seguridad social, examinaremos su tratamiento en el derecho internacional de los derechos humanos.

### **III. Sobre el derecho a la seguridad social en el derecho internacional de los derechos humanos**

El derecho a la seguridad social por su contenido, alcance e importancia para mantener los equilibrios sociales y garantizar una vida digna a largo plazo, ha merecido una gran atención por parte de los mecanismos supervisores de derechos humanos. A continuación, expondremos brevemente el alcance y el enfoque de protección que diversos sistemas le han dado.

#### **1. El sistema universal**

El derecho a la seguridad social se encuentra contenido en el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Sobre el tema, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas ha explicado que su contenido se relaciona con “[o]btener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en diversas circunstancias [...] en particular por la falta de ingresos procedentes del trabajo”.<sup>19</sup>

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte IDH” o “el Tribunal Interamericano”) ha añadido que

---

<sup>19</sup> Organización de Naciones Unidas. *El derecho a la seguridad social*, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 19, artículo 9, 23 de noviembre del 2007, párr. 2.

los aspectos fundamentales de la seguridad social se aplican “en cualquier situación o circunstancia, a saber: i) disponibilidad; ii) riesgos e imprevistos sociales: a) atención de la salud, b) enfermedad, c) vejez, d) desempleo, e) accidentes laborales, f) prestaciones familiares, g) maternidad, h) discapacidad, e i) sobrevivientes y huérfanos; iii) nivel suficiente; iv) accesibilidad: a) cobertura, b) condiciones, c) asequibilidad, d) participación e información y e) acceso físico”.<sup>20</sup> En este punto, remarcamos que el sistema universal de protección a los derechos humanos ha declarado sostenidamente que el derecho a la seguridad social es un derecho humano e, incluso, ha señalado en casos individuales su vulneración.<sup>21</sup>

## 2. Sistema europeo

En este continente también ha existido un importante desarrollo del derecho examinado.<sup>22</sup> La Corte Europea de Derechos Humanos –antes Tribunal Europeo– ha remarcado que las diversas prestaciones del sistema de seguridad social son derechos y que los Estados tienen la obligación de asegurar su materialización y progresivo desarrollo.<sup>23</sup>

---

20 Cfr. Corte IDH. *Caso Muelle Flores vs. Perú* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 6 de marzo del 2019, Serie C N° 375, párrs. 178 a 193, disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_375\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_375_esp.pdf).

21 En el contexto de casos de Estados que han ratificado el Protocolo al Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, véase Marcia Cecilia Trujillo c. Ecuador, CESCR, Comunicación 10/2015, UN Doc. E/C.12/63/D/10/2015 (26 de marzo de 2018).

22 Este derecho ha sido derivado del derecho de propiedad contemplado en el artículo 1 del Protocolo a partir del concepto de “bienes”.

23 Cfr. Santolaya Machetti, Pablo y Díaz Ricci, Sergio M. “Los derechos económicos, sociales y culturales y la protección de grupos vulnerables”, en

La Carta Social Europea<sup>24</sup>, establece que el derecho a la seguridad social es de carácter fundamental y que el sistema que lo resguarda debe cubrir los riesgos tradicionales existentes para obstaculizar su vigencia, proveyendo beneficios adecuados con respecto a la atención médica, las enfermedades, el desempleo, la vejez, las lesiones laborales, la familia y la maternidad entre otros— o el derecho a la asistencia social y médica.

En Europa el derecho a la seguridad social hoy es, prácticamente, la mayor garantía de seguridad y bienestar para los ciudadanos de dicho continente que además gozan de una portabilidad entre los diversos Estados miembros, lo que ha logrado una maximización y consolidación.

### 3. El sistema interamericano

En el caso del SIDH, el desarrollo de este derecho ha tenido algunas complicaciones mayores dado que al ser asumido como un derecho económico, social y cultural, durante buena parte del desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH su garantía fue lastrada al considerarse que su exigibilidad no era directa para los Estados.

Empero, han existido importantes avances; especialmente, desde que la Corte IDH aceptó su justiciabilidad a partir de la teoría de la interdependencia de todos los derechos humanos o como derivación de las cláusulas de los artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención Americana o la CADH”).

---

Canosa Usera, Raúl y otros, *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, Lima, ECB Ediciones S. A. C., 2015, p. 303.

24 Cfr. Carta Social Europea. Estrasburgo, 3.v. 1996. Artículo 12.

En concreto, antes del caso Lagos del Campo contra Perú la jurisprudencia interamericana había abordado preliminarmente temas de pensiones, protegiéndolas a partir del derecho de la propiedad privada y bajo la figura de derechos adquiridos<sup>25</sup> o a partir de la protección y las garantías judiciales de los artículos 8 y 25 de la CADH.

Un caso hito en el sistema interamericano fue el de Cinco Pensionistas contra Perú pues el Tribunal, si bien no hizo un análisis sobre la naturaleza del derecho, afirmó que no existía duda de que las víctimas en ese conflicto tenían derecho a una pensión de cesantía después de haber concluido sus labores.<sup>26</sup> Posteriormente, en el 2009 dentro del caso Acevedo Buendía contra Perú la Corte IDH tuteló en el fondo derechos derivados de la seguridad social, sosteniendo que existía una violación a la protección judicial que en foro correspondiente tenían los afiliados<sup>27</sup>.

---

25 Véase artículo 21 de la Convención Americana.

26 Corte IDH. *Caso Cinco pensionistas vs. Perú* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 28 de febrero del 2003, Serie C No. 98, párr. 94.

27 Sobre la violación del artículo 25 de la CADH, el Tribunal Interamericano expresó lo siguiente: “En ese sentido, en los términos del artículo 25 de la Convención, es posible identificar dos responsabilidades concretas del Estado. La primera, consagrar normativamente y asegurar la debida aplicación de recursos efectivos ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de éstas. La segunda, garantizar los medios para ejecutar las respectivas decisiones y sentencias definitivas emitidas por tales autoridades competentes, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados o reconocidos. Esto último, debido a que una sentencia con carácter de cosa juzgada otorga certeza sobre el derecho o controversia discutida en el caso concreto y, por ende, tiene como uno de sus efectos la obligatoriedad o necesidad de cumplimiento. Lo contrario supone la negación misma del derecho involucrado”. Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y jubilados de la contraloría”) vs. Perú* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 1 de julio del 2009, Serie C No. 198, párr. 72.

Ahora bien, en el caso *Duque contra Colombia* se alegó ante el Tribunal Interamericano la exclusión de la víctima de la posibilidad de obtener una pensión de supervivencia tras la muerte de su pareja, bajo el presupuesto de que su pareja era de su mismo sexo. En este litigio, la cuestión de fondo radicaba en una distinción prohibida –en función del sexo– para el acceso a un derecho, por lo que mayormente se lo trató desde la perspectiva de la igualdad material y no discriminación. Sin embargo, la Corte IDH precisó que la existencia de un marco jurídico interno que no permitía el pago de pensiones a parejas del mismo sexo, constituía en sí misma una vulneración al derecho a la igualdad y no discriminación.<sup>28</sup> Con ello, se tuteló el derecho a la seguridad social a partir de derechos colaterales, siguiéndose la línea de su jurisprudencia más antigua.

Posteriormente, en el caso *Muelle Flores contra Perú*, el Tribunal Interamericano marcó un giro jurisprudencial pues impuso una nueva regla sobre la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante “los DESC”), toda vez que se declaró por primera vez una violación al artículo 26 de la Convención Americana.<sup>29</sup> Entonces se determinó que el Estado peruano era internacionalmente responsable por la vulneración del derecho a la estabilidad laboral, a partir de un despido arbitrario jamás atendido por los órganos jurisdiccionales internos. Del mismo modo, la Corte IDH estima que el derecho a la seguridad social se deriva directamente del artículo 26 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y, entonces, se encuentran fuentes diversas para su justiciabilidad además de la que se desarrolla a partir del Pacto de San Salvador.

---

28 Corte IDH. *Caso Duque vs. Colombia* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 26 de febrero del 2016, Serie C N° 310, párr. 125.

29 Corte IDH. *Caso Lagos del Campo vs. Perú* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 31 de agosto del 2017, Serie C No. 340, párr. 154 y resolutivo 5.

En definitiva, este caso marca un momento definitivo en la justiciabilidad de los DESC e implementa un nuevo campo de acción para la seguridad social en el foro interamericano, pues la Corte IDH toma la iniciativa de tratar y adoptar una definición bastante amplia de la seguridad social, señalando que

[e]s un derecho que busca proteger al individuo de contingencias futuras, que de producirse ocasionarían consecuencias perjudiciales para la persona, por lo que deben adoptarse medidas para protegerla [;] el derecho a la seguridad social buscar proteger al individuo de situaciones que se presentarán cuando éste llegue a una edad determinada en la cual se vea imposibilitado física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia necesarios para vivir un nivel de vida adecuado, lo que a su vez podría privarlo de su capacidad de ejercer plenamente el resto de sus derechos. Esto último también da cuenta de uno de los elementos constitutivos del derecho, ya que la seguridad social deberá ser ejercida de modo tal que garantice condiciones que aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso.<sup>30</sup>

En definitiva, aunque hasta el momento la postura del Tribunal Interamericano no ha sido del todo clara sobre la justiciabilidad, el contenido, el alcance y el rango del derecho a la seguridad social, estimamos que a partir del caso *Muelle Flores contra Perú* esa tendencia se revierta. Así entonces y progresivamente, este podrá tratar dicho ámbito del derecho que –como hemos visto– tiene una enorme importancia para el desarrollo social y, en última instancia, para la vigencia de todo el catálogo de derechos humanos.

---

30 Corte IDH. *Caso Muelle Flores vs. Perú* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 6 de marzo del 2019, Serie C No. 375, párr. 183.

#### **IV. La movilidad humana y el derecho a la seguridad social: ¿por qué es importante su sinergia?**

Uno de los retos más complejos que atañe a la migración<sup>31</sup> consiste, ciertamente, es el de la capacidad de los Estados para garantizar los derechos humanos de las personas en situación de movilidad. La obligación estatal de adaptar su sistema a las especiales condiciones de los trabajadores migrantes o, en general, personas en condición de movilidad humana, no implica que exista la obligación de que toda esa población tenga acceso directo a la seguridad social, sino que el Estado debe proveerle de los medios para que materialmente pueda acceder de la misma forma en que lo haría alguien local,<sup>32</sup> pero tomando en cuenta las particularidades propias de una persona en proceso de migración.

Como ya advertimos al inicio de este ensayo, la principal causa de movilidad de la población venezolana es la necesidad de supervivencia y –por supuesto– ello implica que tanto el trabajo como el acceso a la seguridad social se tornan en un centro de atención primordial. Esta causa no corresponde solo al proceso de migración que hoy tiene a Venezuela como protagonista, sino que aparece como una de las principales causas globales del fenómeno. Un informe del Banco Asiático de Desarrollo (en adelante “BAD”) estudió la crisis del 2009 en dicho continente, encontrando que la mayoría de los desplazamientos laborales se dio por falta de empleo.<sup>33</sup>

---

31 Existen unos 232 millones de personas –aproximadamente el 3,2 por ciento de la población mundial– que viven fuera de su país de origen y pueden considerarse migrantes internacionales. Esta cifra ha crecido constantemente durante el último cuarto de siglo, desde 154 millones en 1990 hasta 175 millones en el 2004.

32 Esto, en virtud del principio de no discriminación y de igualdad contenido, *inter alia*, en el artículo 1 de la CADH.

33 Banco de Desarrollo Asiático. *Impact of the global crisis on Asian migrant workers and their families: A surveybased analysis with a gender perspective*, Manila, 2013 p.6.

Ahora bien, en el contexto de procesos de movilidad humana la seguridad social es un punto de quiebre pues no solo implica el acceso a prestaciones de salud, pensiones y cobertura por riesgos de trabajo, sino que refuerza el sentido de igualdad ante la ley e incide radicalmente en la reducción de la precarización laboral.

Sobre el tema, diversos estudios han mostrado una relación entre el estatus laboral y la cobertura de seguridad social. Por ejemplo, uno de estos realizado en China examinó datos de trabajadores migrantes de 2008 y 2009; entre sus conclusiones sostuvo que “tener un contrato de trabajo, sobre todo un contrato a largo plazo, mejoraba sustancialmente la cobertura de seguridad social de los trabajadores migrantes”.<sup>34</sup> Del mismo modo, la doctrina ha encontrado que la integración económica por medio de un empleo digno y estable es un mecanismo idóneo para la realización del conjunto de los derechos humanos; es, además, la mejor forma de que se concrete una integración global de la persona en movilidad humana ante la sociedad receptora<sup>35</sup>.

Ello, puesto que suscita las interacciones,<sup>36</sup> incrementa las oportunidades para entender la cultura y el lenguaje local generando confianza entre las personas en movilidad humana.<sup>37</sup> Igualmente, se ha advertido que el acceso a la seguridad social tiene el potencial de garantizar de manera efectiva el garantizar la vigencia de otros derechos fundamentales como la salud, pues

---

34 Gao, Q. Yang, S. y Li, S. *Labor contracts and social insurance participation among migrant workers in China*, en “*China Economic Review*”, vol. 23, N° 4.

35 Cfr. Phillimore, J. y Goodson, L. *Problem or Opportunity? As Asylum Seekers, Refugees, Employment and Social Exclusion in Deprived Urban Areas*, en “*Urban Studies*”, 43 (10), pp. 1715 a 1736.

36 Cfr. OCDE. 2012. *PISA 2012 results: Excellence through equity: Giving every student the chance to succeed (Volume II)*. París: OECD.

37 Bloch, A., Galvin, T., Harrell-Bond, B. (2000). *Refugee Women in Europe: Some Aspects of the Legal and Policy Dimensions*. *International Migration*, 38(2), 169–190.

en un contexto de movilidad humana este suele ser limitadamente provisto por el Estado.<sup>38</sup>

También, la integración de las personas en situación de movilidad a la seguridad social es trascendente toda vez que tiene la capacidad de derribar barreras de xenofobia, en particular porque los trabajadores migrantes

(a) aportan un abanico de capacidades y conocimientos que tal vez no existan, o sean escasos, en el país de acogida; (b) suelen ser emprendedores y poseer gran capacidad de trabajo; aunque los perfiles varían, los migrantes del sector formal suelen ser aquellos que disponen de medios financieros para desplazarse a otro país o región y (c) Se encuentran habitualmente en la cohorte entre 20-39 años, han completado y pagado sus estudios y ya son económicamente activos. De media, tales trabajadores suelen ser más jóvenes que la población general, por lo que pueden contribuir a rejuvenecer el perfil demográfico del país de acogida.<sup>39</sup>

## **V. Los mecanismos de protección del derecho a la seguridad social en el contexto de procesos de movilidad humana**

A continuación, revisaremos los principales instrumentos internacionales aplicables al caso de las personas en situación de movilidad humana en relación con la seguridad social, para luego explicar las políticas públicas que se han desarrollado en función

---

38 *Cfr.* Watters, C., & David Ingleby, D. (2004). Locations of care: Meeting the mental health and social care needs of refugees in Europe. *International Journal of Law and Psychiatry*, 27, 549–570.

39 Asociación Internacional de Seguridad Social (2014). *Manual sobre la Extensión de Cobertura de la Seguridad Social a los Trabajadores Migrantes*. Ginebra: AISS. Página 9.

de tratar esta problemática. En cuanto al marco implantado a partir de la OIT, se dictó el Convenio 118 sobre la igualdad de trato en materia de seguridad social, que básicamente implementa los siguientes lineamientos genéricos:

1. Se reafirma que la condición de migración o nacionalidad no puede ser un justificativo válido para la limitación de derechos humanos.
2. Se establece un parámetro de discrecionalidad de los Estados a efectos de determinar qué prestaciones concretas proteger, incluyéndose el siguiente catálogo: a. asistencia médica, b. prestaciones de enfermedad, c. prestaciones de maternidad, d. prestaciones de invalidez, e. prestaciones de vejez f. prestaciones de sobrevivencia; g. prestaciones en caso de accidentes del trabajo y de enfermedades profesionales, h. prestaciones de desempleo e i. prestaciones familiares.
3. La obligación, en concreto, consiste en tener legislación que no realice distinciones para el acceso a la seguridad social en función de la nacionalidad y facilite su incorporación al sistema.
4. Sobre las prestaciones de una rama determinada de la seguridad social, el Convenio precisa que “un Estado Miembro podrá derogar las disposiciones de los párrafos precedentes del presente artículo, respecto de los nacionales de todo Estado Miembro que, a pesar de poseer una legislación relativa a esta rama, no concede igualdad de trato a los nacionales del primer Estado Miembro en la rama mencionada”.
5. Las disposiciones del Convenio se aplican también a las personas en condición de refugio y a los apátridas, siempre que exista reciprocidad.

Ahora bien, pasando a las garantías concretas de los trabajadores migrantes, el Manual sobre la extensión de la

cobertura de seguridad social a los trabajadores migrantes de la Asociación Interamericana de Seguridad Social explica que el sistema de seguridad social proporciona servicios esenciales que son el detonante para la integración de las personas en situación de movilidad: en efecto, se afirma lo siguiente: “Extender la seguridad social para proteger a los trabajadores migrantes garantiza que los sistemas de seguridad social cumplan mejor su papel de aportar protección social; asimismo, alienta el crecimiento económico y refuerza la cohesión social”.<sup>40</sup>

La Asociación Internacional de Seguridad Social (en adelante “la AISS”) ha adelantado algunas investigaciones que proveen recomendaciones concretas en cuanto a la adaptabilidad de los sistemas de seguridad social, en contextos de migración aceptados e implementados por múltiples Estados. A continuación, las sistematizamos:

1. La adaptabilidad del sistema en función de la fuente de ingresos de los trabajadores migrantes. Concretamente, se debe tener en cuenta que las personas en situación de movilidad a menudo ejercen su actividad económica en el sector informal. Por ende, la primera consideración a la hora de formular política pública en este sentido consiste en revisar si el sistema es adaptable a esta realidad informal; es decir, si existen mecanismos idóneos<sup>41</sup> para que una persona migrante pueda adaptarse al sistema, aun viniendo desde el sector informal. En este sentido: “Los requisitos administrativos relacionados con la cobertura de estos

---

40 Asociación Internacional de Seguridad Social (2014). Manual sobre la Extensión de Cobertura de la Seguridad Social a los Trabajadores Migrantes. Ginebra: AISS. Página 6.

41 *Ver* Asociación Internacional de Seguridad Social (2012). Manual sobre cobertura de la Seguridad Social a los Trabajadores por Cuenta Propia. Ginebra: AISS.

trabajadores suelen ser considerables. Esto puede suponer la necesidad de coordinarse con otros organismos, a menudo en el extranjero, para gestionar historiales personales y de cotización frecuentemente complejos, así como de entenderse en distintos idiomas”.<sup>42</sup>

2. Políticas transversales. Para una efectiva garantía del derecho humano a la seguridad social, los Estados miembros deben implementar políticas transversales –en la ley, en los institutos que prestan los servicios, etc.– destinadas a eliminar las barreras de ingreso al sistema en función de la nacionalidad así como el mayor número de trámites y requisitos para el acceso al derecho. Al efecto, se recomienda “usar eficazmente las TIC para registrar, hacer seguimientos y calcular derechos a las prestaciones, así como facilitar la coordinación con otros sistemas de seguridad social y partes interesadas”.<sup>43</sup>
3. Consciencia sobre las particularidades en el ejercicio y acceso a las prestaciones. En lo relativo a las especificidades relacionadas con las prestaciones de jubilación, un programa de seguridad social convencional en cuanto a su adaptabilidad frente a personas en situación de movilidad debe tomar en cuenta que los trabajadores migrantes “suelen alcanzar niveles notablemente inferiores de prestaciones de jubilación con respecto a sus equivalentes no migrantes. Esto puede deberse a periodos sin cobertura, tasas de acumulación regresivas o incumplimiento de los requisitos mínimos de servicio”.<sup>44</sup>

---

42 Asociación Internacional de Seguridad Social (2014). Manual sobre la Extensión de Cobertura de la Seguridad Social a los Trabajadores Migrantes. Ginebra: AISS. Página 7.

43 Asociación Internacional de Seguridad Social (2017). Directrices de la AISS sobre las tecnologías de la información y de la comunicación. Ginebra: AISS. Página 8.

44 *Ibid.*

4. Los objetivos de la extensión de la cobertura de seguridad social a las personas en situación de movilidad humana, debe comprender: (i) Un aumento cuantitativo del número de personas que gozan de protección bajo el sistema de seguridad social. (ii) Un incremento en la variedad de prestaciones y ampliación de las mismas entendiendo las particularidades generadas por la situación de movilidad.

En el mismo sentido, la doctrina<sup>45</sup> ha estimado las siguientes garantías de la seguridad social aplicables para el caso de los trabajadores migrantes:

1. Portabilidad. Esto es, que los trabajadores en situación de movilidad humana se hallen cubiertos por la seguridad social en el país de acogida y cubiertos por acuerdos bilaterales o multilaterales que aseguran la portabilidad completa de los derechos adquiridos a sus prestaciones acumuladas.
2. Transferibilidad. Implica que las personas en situación de movilidad tengan la capacidad de encontrarse cubiertas por la seguridad social en el país de origen, aunque no estén incluidos en ningún acuerdo bilateral o multilateral.
3. Sector informal. Se considera esencial incluir a los trabajadores del sector informal que padecen doble vulnerabilidad, al ser autónomos y tener una condición migratoria especial.

En conclusión, la obligación de los Estados en materia de seguridad social en el contexto de procesos de migración es de medio, no de resultado. Esto, en la medida en que requiere la implementación de una política que permita la adaptabilidad de los sistemas de seguridad social a las particularidades del

---

45 Holzmann, R.; Koettl, J. 2012. *Portability of pension, health, and other social benefits: Facts, concepts, and issues* (CESifo Working paper, núm. 4002). Múnich, Center for Economic Studies Institute.

proceso migratorio. Aquí hemos presentado algunos lineamientos básicos para asegurar que el trabajador migrante pueda acceder a las prestaciones de la seguridad social, cuya atención resulta trascendental pues –como hemos visto– la integración de las personas en situación de movilidad a la seguridad social tiene consecuencias positivas para la vigencia de sus derechos humanos.

## VI. Experiencias del derecho comparado

A continuación, revisaremos algunos casos concretos que muestran la experiencia de países, al momento de tratar el acceso al derecho a la seguridad social de personas en situación de movilidad humana. En cuanto al caso de la Unión Europea,<sup>46</sup> la Comisión Europea ha precisado que

“La elegibilidad de los trabajadores migrantes para recibir prestaciones depende de si un migrante es considerado como «residente habitual». Los criterios que se emplean para evaluar lo anterior incluyen el estatus familiar, la duración de la

---

46 Sobre el tema, la AISS ha precisado que la Unión Europea tiene instrumentos legales no solo para garantizar la cobertura de los trabajadores migrantes que encuentran empleo en otro país, sino también para mantener la adecuación de las prestaciones para cuando estos trabajadores lleguen a la jubilación. El planteamiento es la totalización de los derechos a prestaciones: en efecto, cuando se prevea un periodo de cotización mínimo, este se determinará teniendo en cuenta todas las aportaciones realizadas en cualquier lugar de la UE. El cálculo de los derechos adquiridos se lleva a cabo mediante un método proporcional. Supongamos, por ejemplo, que una persona haya trabajado 5 años en Luxemburgo, 25 en el Reino Unido y 10 en España. El cálculo de la pensión de jubilación que cada país deberá pagarle se hará sobre la base contributiva de 40 años, pero se calculará bien de forma proporcional o bien mediante la tasa general aplicable al monto acumulado si las prestaciones se determinaran de esta forma”. Holzmann, R.; Koettl, J. 2012. *Portability of pension, health, and other social benefits: Facts, concepts, and issues* (CESifo Working paper, núm. 4002). Múnich, Center for Economic Studies and Ifo Institute. Página 41.

estancia, las fuentes de ingresos familiares, el historial laboral y dónde paga impuestos el trabajador. La legislación actual de la UE permite a sus ciudadanos buscar trabajo en otro país durante 90 días. Durante este periodo, no tienen derecho a pedir prestaciones de seguridad social, y si no encuentran trabajo, deben volver a su respectivo país de origen. Como respuesta a la opinión pública negativa en algunos Estados miembros respecto a los derechos de los trabajadores migrantes, la UE ha publicado una guía para evaluar este criterio”<sup>47</sup>.

Sobre la Unión Europea (en adelante “la UE”), se debe adicionar que la de circulación de los trabajadores es una de las cuatro libertades fundamentales y, para concretar este acometido, se han previsto una serie de medidas legislativas y de disposiciones complementarias relativas a la seguridad social con objeto de apoyar a los trabajadores migrantes, de conformidad con tres principios esenciales:

1. Igualdad y no discriminación entre nacionales de los Estados miembros de la UE y otros países.
2. Garantía de transferibilidad de las prestaciones de seguridad social entre Estados miembros.
3. La totalización de los períodos de cobertura para la determinación del derecho a una prestación.<sup>48</sup>

---

47 Comisión Europea. *Libertad de circulación: La Comisión publica una guía de aplicación de la «prueba de residencia habitual a efectos de seguridad social*. Press Release Database 13 de enero de 2014 p.1.

48 Asociación Internacional de Seguridad Social. (2013) *Social security coverage extension in the BRICS: A comparative study on the extension of coverage in Brazil, the Russian Federation, India, China and South Africa*. Ginebra: Asociación Internacional de la Seguridad Social. Página 38.

En el caso del Reino Unido, *lato sensu*, la seguridad social se divide entre “beneficios del contribuyente” y “beneficios del no contribuyente”. Las prestaciones que se establecen para el primero son pensiones o subsidios por invalidez, muerte, maternidad y jubilación. Para el segundo supuesto, las prestaciones incluyen las de invalidez, desempleo y beneficios de familia. No existen límites en función de la nacionalidad para acceder a los beneficios del contribuyente. En efecto, cualquier trabajador migrante que aporte al sistema –sea como autónomo o como dependiente– puede gozar de las prestaciones del régimen. Sin embargo, actualmente los trabajadores migrantes no tienen el derecho a las prestaciones del régimen del no contribuyente, toda vez que no pueden gozar directamente de fondos públicos.<sup>49</sup>

En el caso de China, la AISS ha subrayado que desde el 2007 se han realizado en este país esfuerzos importantes para extender la protección de la seguridad social. En tal sentido, los trabajadores migrantes del sector del campo –que básicamente consiste en trabajadores del sudeste asiático– cubiertos bajo el régimen simplificado o básico de pensiones se triplicaron entre el 2006 y el 2011; además, se duplicaron en el régimen básico de seguro médico de los empleados urbanos. Del mismo modo, el alcance de la cobertura bajo programas de accidentes laborales alcanzó 68 millones de trabajadores en el 2011.<sup>50</sup>

---

49 European Migration Network (2017). Migrant access to social security: Policies and practice in the UK, disponible en [https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/networks/european\\_migration\\_network/reports/docs/emn-studies/28a\\_uk\\_social\\_security\\_study\\_en\\_final.pdf](https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/networks/european_migration_network/reports/docs/emn-studies/28a_uk_social_security_study_en_final.pdf)

50 Asociación Internacional de Seguridad Social. (2013) *Social security coverage extension in the BRICS: A comparative study on the extension of coverage in Brazil, the Russian Federation, India, China and South Africa*. Ginebra: Asociación Internacional de la Seguridad Social.

En el caso de Canadá, el Programa de Trabajadores Agrícolas Estacionales es un ejemplo de buena práctica, pues:

En primer lugar, la normativa por la que se rigen los trabajadores migrantes en materia de protección social es similar a la de los trabajadores canadienses, incluyendo las prestaciones de salud y las asignaciones familiares. En segundo lugar, el Gobierno involucra a los empleados en el diseño y la ejecución del programa, y da libertad a las agencias que lo administran para aplicar las reglas. En tercer lugar, la ley canadiense trata el estatus de no ciudadano en el marco de la legislación contra la discriminación, otorgando a los trabajadores migrantes la misma condición jurídica que a otros grupos que gozan de una protección expresa”.<sup>51</sup>

## Conclusión

La garantía del derecho humano a la seguridad social frente a personas en situación de movilidad, es una obligación internacional de los Estados que se deriva tanto de la prohibición absoluta de discriminación en función de la nacionalidad como de instrumentos como –en concreto– el Convenio 118 de la OIT. Además, su satisfacción se encuentra estrechamente relacionada con voluntad política, diseño a medida de las prestaciones, compromiso financiero y procedimientos administrativos apropiados. Actualmente, la región enfrenta un reto de enormes proporciones frente a la garantía de los derechos humanos de la población venezolana.

La seguridad social no es un derecho anexo al trabajo, sino que es condición para asegurar el bienestar de la población migrante

---

51 *Ibid.* p. 35.

---

por su capacidad de garantizar el acceso a prestaciones de salud, riesgos, vejez, etc. Pero también, como hemos visto, su garantía tiene un enorme potencial para eliminar visos de xenofobia, pues establece una igualdad material frente a la ley en el contexto de la vinculación laboral y la realización de actividades productivas.

