

## El derecho humano a la seguridad social y las obligaciones que surgen de los Tratados Bilaterales de Inversiones: ¿fragmentación o interpretación armónica?

The human right to social security and the obligations arising from Bilateral Investment Treaties: fragmentation or harmonious interpretation?

Por Annabella Sandri Fuentes

**Resumen:** Los Estados están internacionalmente obligados a respetar y garantizar los derechos humanos de las personas, entre los que se incluye el derecho a la seguridad social. Asimismo, los Estados asumieron otros compromisos internacionales para la protección del inversor. Es así como, en regiones tales como América Latina, se ha asistido a un conflicto entre ambas obligaciones que se materializan a partir de los reclamos de los inversores ante los tribunales arbitrales por las medidas adoptadas por los Estados para cumplir con sus obligaciones de derechos humanos.

**Palabras clave:** derechos humanos; seguridad social; obligaciones internacionales; tratados bilaterales de inversiones; fragmentación; interpretación sistémica.

**Abstract:** States are internationally obliged to respect and guarantee the human rights of individuals, including the right to social security. States have also assumed other international commitments for the protection of investors. Consequently, in regions such as Latin America, there has been a conflict between these two obligations that has materialized in the form of investor claims before arbitration tribunals over the measures adopted by states to comply with their human rights obligations.

**Keywords:** human rights; social security; international obligations; bilateral investment treaties; fragmentation; systemic interpretation.

Fecha de recepción: 09/03/21

Fecha de aceptación: 10/05/21

Esta obra se publica bajo licencia Creative Commons 4.0 Internacional. (Atribución-No Comercial-Compartir Igual)



## El derecho humano a la seguridad social y las obligaciones que surgen de los Tratados Bilaterales de Inversiones: ¿fragmentación o interpretación armónica?

Por Annabella Sandri Fuentes\*

### I. Introducción

El 80% de la población mundial carece actualmente de acceso a una seguridad social estructurada, y dentro de ese porcentaje, el 20% vive en situación de pobreza extrema<sup>1</sup>. El *corpus iuris* de los derechos humanos obliga a los Estados a tomar medidas inmediatas y progresivas que garanticen el acceso a la seguridad social a las personas que habitan su territorio, sin discriminación alguna, con especial atención a los adultos mayores por ser grupos que se encuentran en situación de vulnerabilidad (ABRAMOVICH Y COURTIS, 2006, p. 48)<sup>2</sup>.

La administración de la seguridad social ha estado a cargo de actores privados, algunos de ellos extranjeros, que presuntamente cuentan con la protección de los acuerdos internacionales de inversiones. Así, la protección de las inversiones se materializa en tres dimensiones: tratados internacionales, costumbre internacional y principios generales del derecho, aunque sus reglas no son necesariamente coherentes o consistentes (ÁLVAREZ, 2009, p. 211). Los Tratados Bilaterales de Inversiones (en adelante, "TBI's"), si bien varían en el alcance de sus disposiciones, usualmente incluyen referencias al trato justo y equitativo, las garantías contra el trato arbitrario y discriminatorio, la protección y seguridad, junto a una adecuada compensación en casos de expropiación directa o

\* Abogada (Universidad de Buenos Aires), Magíster en Derechos Humanos y Democratización para América Latina y el Caribe (UNSAM-CIEP); docente de la materia Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. [asandrifuentes@derecho.uba.ar](mailto:asandrifuentes@derecho.uba.ar)

<sup>1</sup> Comité DESC. Observación General N° 19, El derecho a la seguridad social (artículo 9), 2008, párr. 7.

<sup>2</sup> Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. Entrada en vigor, 11 de enero de 2017. Ratificada por la República Argentina el 30 de junio de 2017.

indirecta. Algunos incluyen la cláusula del tratamiento de la nación más favorecida y las “cláusulas paraguas”, que hacen referencia al deber del Estado de observar cualquier obligación contraída con el inversor.

En los últimos años, presuntos inversores internacionales que solían administrar el sistema de seguridad social de diferentes Estados Latinoamericanos comenzaron a cuestionar el cumplimiento de estos TBI's. Esencialmente, inician demandas ante los tribunales arbitrales de inversiones en los que reclaman la responsabilidad internacional del Estado por hechos ilícitos con motivo de la sanción de leyes en presunto incumplimiento de TBI's<sup>3</sup>. De esa manera, cuestionan el alcance del deber de los Estados de regular el derecho a la seguridad social.<sup>4</sup> Estos son sucesos sin antecedentes en otras regiones.

Particularmente, la República Argentina reconoce el derecho humano a la seguridad social como derecho constitucional desde mediados del siglo XX. Asimismo, si bien en la República Argentina los tratados internacionales tienen jerarquía superior a las leyes, especialmente los tratados internacionales sobre derechos humanos tienen jerarquía constitucional, es decir son superiores a toda otra normativa y deben ser aplicados en las condiciones de su vigencia.

El tema es de relevancia dado que la solución de estos procesos internacionales de arbitrajes de inversiones está aún pendiente, pero definitivamente interpela y coloca la discusión entre el principio de interpretación sistémica y armónica de los instrumentos internacionales frente a su fragmentación, junto con el sentido de justicia buscado por el derecho internacional.

---

<sup>3</sup> Ver reclamos contra la República Argentina [https://www.clarin.com/economia/anos-estatizacion-ex-afpj-demanda-argentina-banco-mundial\\_0\\_SkR0gsYOb.html](https://www.clarin.com/economia/anos-estatizacion-ex-afpj-demanda-argentina-banco-mundial_0_SkR0gsYOb.html); Reclamos contra Chile: <https://www.diarioconcepcion.cl/economia/2020/08/02/nacionalizar-fondos-de-afp-danaria-mercados-como-el-laboral-y-financiero.html>; reclamos contra Bolivia <https://www.americaeconomia.com/economia-mercados/finanzas/ciadi-forma-el-tribunal-para-arbitraje-planteado-por-el-bbva-contra>; 26; Para deficiencias del sistema de seguridad social administrado por privados, ver Centro de Estudios Legales y Sociales, *Derechos Humanos en Argentina, Informe 2008*, Siglo XXI, Buenos Aires (De los 11 millos de afiliados de las AFJP en la República Argentina, solo aportaban 4.5 millones. En relación a la equidad, quienes resultaban beneficiarios del sistema de capitalización, solo el 15% eran mujeres).

<sup>4</sup> Sobre el derecho a regular de los Estados en relación con las obligaciones que surgen de los TBI's ver Catherine Yannaca-Small (2004), Kingsbury y Schill (2010).

No es menor que ambas teorías encuentran numerosos adeptos entre juristas y doctrinarios.

Por ello, este artículo propone ponderar el alcance actual del derecho humano a la seguridad social, determinado tanto por los órganos de las Naciones Unidas como de la Organización de los Estados Americanos. Asimismo, en el presente trabajo se busca señalar la interpretación a la que insta la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante, "CVDT"), especialmente según los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional, quién a su vez ampara el principio de integración sistémica del derecho internacional. Finalmente, se resumirán los diálogos que han existido entre los órganos de aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos y los tribunales arbitrales de arbitraje de inversiones, con el objeto de establecer una perspectiva actual de la situación para finalmente arribar a una conclusión sobre las soluciones posibles.

## II. El derecho humano a la seguridad social en el marco de las Naciones Unidas

El *corpus juris* de los derechos humanos se inspira en la concepción de derechos inherentes al ser humano, en la noción de garantías colectivas y el carácter objetivo de las obligaciones de protección, que reemplaza las clásicas concesiones de reciprocidad de los Estados. En otras palabras, el carácter de las obligaciones asumidas por el Estado en estos tratados no es el sinalagmático tradicional en el que el cumplimiento de las prestaciones recíprocas determina el ritmo de aplicación del tratado, sino, por el contrario, se trata de obligaciones asumidas *erga omnes* (PINTO, 2009, pág. 58).

El surgimiento del orden internacional posterior a la Segunda Guerra Mundial involucra a los derechos humanos como parte de los cimientos de la Organización de las Naciones Unidas<sup>5</sup> y de la Organización de los Estados Americanos<sup>6</sup>. Desde

---

<sup>5</sup> Carta de la ONU, Conferencia de San Francisco, 8 de agosto de 1945. La República Argentina ratifica la Carta el 24 de septiembre de 1945. De los 50 Estados, 22 eran Latinoamericanos.

<sup>6</sup> La Carta de la OEA fue firmada el 30 de abril de 1948. La República Argentina la ratifica el 19 de enero de 1956.

entonces, los Estados han adoptado particulares obligaciones en materia de derechos humanos.

El artículo 1.3 de la Carta de las Naciones Unidas (en adelante, “Carta de la ONU”) postula el respeto de los derechos humanos y enuncia para su logro el propósito de la cooperación internacional. En este sentido, la doctrina reconoce que “todo el denominado derecho internacional de los derechos humanos encuentra sustento jurídico en la norma del artículo 1.3” (PINTO, 2009, p. 17).

Luego, el artículo 55 de la Carta de la ONU, ubicado en el Capítulo IX “Cooperación internacional económica y social” y con sustento en el Art. 1.3, inscribe que:

“con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, ... la Organización promoverá: ... c. el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades”.<sup>7</sup>

El artículo 56 le otorga a los Estados miembros la obligación directa de adoptar medidas para la realización de estos propósitos,<sup>8</sup> que implica realizar el respeto universal y la *efectividad* de los derechos humanos, en forma separada y en conjunto con la organización. Esta es la primera, y única, obligación concreta de la Carta impuesta a los Estados (PINTO, 2009, p. 20).

La Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>9</sup> (en adelante, “DUDH”) fue

<sup>7</sup> Carta de las Naciones Unidas. En igual sentido, Mónica Pinto, (2009), pág. 22 (“El preámbulo de la Carta dispone que los Pueblos de las Naciones Unidas reconocen que los derechos humanos son solo de las personas físicas “al reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana”, y que la finalidad es “promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad (...)”; “En conclusión, la Carta postula un concepto de derechos humanos con carácter distinto de los precedentes conocidos en la *lege data* anterior: titularidad excluyente de las personas físicas, universalidad, igualdad, no discriminación, tendencia a la efectividad y a la interdependencia, insinuación del orden público en razón de la supremacía de la Carta respecto de todo otro tratado (Art. 103 Carta ONU”).

<sup>8</sup> Carta de las Naciones Unidas, Art. 56 “Todos los Miembros se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el Artículo 55”.

<sup>9</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948; Declaración del Milenio, A/RES/55/2\*, Resolución Asamblea General de la ONU, 13 de septiembre de 2000, Parr. 24 y 25 (Los Jefes de Estado y de Gobierno confirmaron la adhesión a los principios y propósitos de la Carta de la ONU. En el punto V, “Derechos humanos, democracia y buen gobierno No es” determinaron que “no escatimaremos esfuerzo alguno por promover la democracia y fortalecer el imperio del derecho y el respeto de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales internacionalmente

elaborada en el marco de las sesiones de la Comisión de Derechos Humanos, órgano establecido en el artículo 68 de la Carta de la ONU. La Comisión estuvo presidida por Eleanor Roosevelt, miembro de la delegación de los Estados Unidos. Los países de América Latina formaban el bloque más extenso y activo de las sesiones. Dado que entre estos estaban algunos de los que habían adoptado una Constitución de corte social, sus propuestas se centraron en los derechos sociales y económicos (GLEN-DON, 2011, p. 52-53, 60-74). Luego, los proyectos de los países latinoamericanos fueron extensivamente utilizados por Humphrey al preparar el borrador de la Secretaría para la consideración de la Comisión (NIKKEN, 2010, p. 62).

El preámbulo de la DUDH determina que es “esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de derecho” y en su artículo 22 específicamente reconoce que:

**“Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”.**<sup>10</sup>

La DUDH contiene *opinio iuris*, elemento constitutivo de la costumbre internacional, a la que las prácticas internacionales deben adecuarse (PINTO, 2009, p. 35).

El Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales<sup>11</sup> (en adelante “PIDESC”) reconoce en su artículo 2.1 las obligaciones generales de los Estados, especialmente el deber de adoptar *medidas legislativas* que garanticen la plena efectividad de estos derechos<sup>12</sup>.

---

reconocidos, incluido el derecho al desarrollo”; Por ello, decidieron “respetar y hacer valer plenamente la Declaración Universal de Derechos Humanos. Esforzarnos por lograr la plena protección y promoción de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de todas las personas en todos nuestros países”).

<sup>10</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos, Artículo 22, (énfasis agregado). Este instrumento tiene jerarquía constitucional en la República Argentina, ver Constitución Nacional artículo 75, inciso 22.

<sup>11</sup> Adoptado por la Asamblea General de la ONU en 1966. La República Argentina firmó el Tratado el 19 de febrero de 1968 y lo ratificó el 8 de agosto de 1986.

<sup>12</sup> PIDESC, artículo 2.1.

El artículo 9 del PIDESC dispone que los Estados Partes “**reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social**”.<sup>13</sup> En este sentido, el órgano de control del tratado, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (en adelante, “el Comité DESC”), reconoció que “**el derecho a la seguridad social incluye el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales**, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra la falta de ingresos procedentes del trabajo debido la vejez.”<sup>14</sup>

Asimismo, el Comité DESC ha señalado que el PIDESC consagra un conjunto de obligaciones genéricas de los Estados en materia de derechos económicos y sociales, que son: 1) la prohibición de toda discriminación; 2) la obligación de *adoptar medidas* inmediatas; 3) la obligación de garantizar niveles esenciales de los derechos; 4) la obligación de progresividad y prohibición de regresividad, 5) cooperación internacional.<sup>15</sup>

En su Observación General 3, el Comité DESC reconoció que las *medidas legislativas* son muy deseables y, en algunos casos, pueden ser incluso indispensables para la realización de los derechos protegidos por el Pacto<sup>16</sup>. Es por ello que, entre las medidas inmediatas que el Estado debe adoptar se encuentra la derogación de aquellas normas jurídicas que resulten contrarias a sus obligaciones (ABRAMOVICH Y COURTIS, 2006, p. 51).

En su Observación General 19, del año 2008 sobre el derecho humano a la seguridad social, el Comité DESC identificó dentro de las obligaciones de carácter inmediato, el deber de los Estados de “adoptar medidas (...) deliberadas y concretas que tengan por finalidad la plena realización del derecho a la seguridad social”<sup>17</sup>. De allí que reconoció que “se le debe dar la prioridad adecuada en la legislación y en la

<sup>13</sup> PIDESC, artículo 9 (énfasis agregado).

<sup>14</sup> Comité DESC, Observación General N° 19, El derecho a la seguridad social (artículo 9), (énfasis agregado). 2008.

<sup>15</sup> Comité de DESC, Observación general N° 3 La índole de las obligaciones de los Estados Parte (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto).

<sup>16</sup> Comité DESC, OG 3, 3.

<sup>17</sup> Comité DESC. Observación General N° 19, El derecho a la seguridad social (artículo 9), 2008, párr. 40-41.

política del Estado”, y que se “debe elaborar una estrategia nacional”<sup>18</sup>. Principalmente, estableció que “los sistemas de seguridad pueden ser administrados o controlados por terceros. No obstante, el Estado conserva la responsabilidad de administrar y el deber de control sobre los terceros”<sup>19</sup>.

En el mismo año, al resolver el caso *Marcia Cecilia Trujillo Calero vs. Ecuador* el Comité DESC determinó que el derecho a la seguridad social es fundamental para garantizar a todas las personas su *dignidad humana*<sup>20</sup>. Por ello, estableció que los Estados deben adoptar medidas efectivas, y “**revisarlas periódicamente**” en caso de ser necesario<sup>21</sup>.

De esta manera, los trabajos del Comité DESC determinan que son elementos de la seguridad social:

(a) la disponibilidad de un sistema que garantice las prestaciones correspondientes a los riesgos e imprevistos de la vejez, sin discriminación<sup>22</sup>. Incluso, el Comité insta a los Estados a que brinden prestaciones para todas las ramas que integran el derecho a la seguridad social: la atención a la salud, la enfermedad, el desempleo, las acciones laborales, las prestaciones familiares, la maternidad, la discapacidad, los sobrevivientes y los huérfanos<sup>23</sup>.

(b) el nivel de suficiencia en importe y duración. Por ello, los Estados Parte deben respetar plenamente el principio de la dignidad humana, enunciado en el preámbulo del Pacto, y el principio de la no discriminación, a fin de evitar cualquier efecto adverso sobre el nivel de las prestaciones y la forma en que se conceden<sup>24</sup>.

(c) la accesibilidad, con referencia a la cobertura. Todas las personas deben

<sup>18</sup> *Ibid.*

<sup>19</sup> *Ibid.*, párr. 46.

<sup>20</sup> Comité DESC. Dictamen aprobado por el Comité de acuerdo con el Protocolo Facultativo del Pacto con relación a la comunicación núm. 10/2015, 14 de noviembre de 2018. *Marcia Cecilia Trujillo Calero vs. Ecuador*. E/C.12/63/D/10/2015, p. 11.1. Comité DESC. Observación General, El derecho a la seguridad social (artículo 9), 2008, párr. 1.

<sup>21</sup> Comité DESC. Observación General N° 19, El derecho a la seguridad social (artículo 9), (énfasis agregado). 2008, párr. 3.

<sup>22</sup> *Ibid.*, párr. 11.

<sup>23</sup> *Ibid.*, párr. 12-21.

<sup>24</sup> *Ibid.*, párr. 12.



estar cubiertas por el sistema de seguridad social, incluidas las personas pertenecientes a los grupos más desfavorecidos o marginados<sup>25</sup>.

Incluso, en la Observación General 24, sobre las obligaciones de los Estados en virtud del PIDESC en el contexto de las actividades empresariales, el Comité DESC estableció que “la prestación por *agentes privados* de bienes y servicios esenciales para el disfrute de los derechos enunciados en el Pacto no debe condicionar el disfrute de esos derechos a la capacidad de pago” y que “**los Estados tienen en todo momento la obligación de regular la actuación de los agentes privados para velar por que sus servicios sean accesibles para todos y adecuados, se evalúen periódicamente a fin de atender a las necesidades cambiantes de la población y se adapten a esas necesidades**”<sup>26</sup>.

### III. El derecho humano a la seguridad social en el marco de la Organización de los Estados Americanos

La Carta de la Organización de los Estados Americanos (en adelante, “Carta de la OEA”) enuncia en su artículo 3 que los Estados americanos reafirman el principio de que “**la justicia y la seguridad social** son las bases de una paz duradera”.<sup>27</sup> En el artículo 45 los Estados miembros, “convencidos de que el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo”, convienen en realizar sus máximos esfuerzos para aplicar mecanismos que impliquen el “*h) Desarrollo de una política eficiente de seguridad social*”, en el reconocimiento de los siguientes principios:

“a) Todos los seres humanos, sin distinción de raza, sexo, nacionalidad, credo o condición social, tienen derecho al bienestar material y a su desarrollo espiritual, en condiciones de libertad, dignidad, igualdad de oportunidades y seguridad económica;

b) El trabajo es un derecho y un deber social, otorga dignidad a quien lo realiza y

<sup>25</sup> *Ibid.*, párr. 23.

<sup>26</sup> Comité DESC. Observación general núm. 24, Las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales (2017), (énfasis agregado). párr. 22.

<sup>27</sup> Carta de la OEA, art. 3, (énfasis agregado).

debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar”.

Por último, el Artículo 46 dispone que:

“Los Estados miembros reconocen que, para facilitar el proceso de la integración regional latinoamericana, es necesario armonizar la legislación social de los países en desarrollo, especialmente en el campo laboral y de la seguridad social, a fin de que los derechos de los trabajadores sean igualmente protegidos, y convienen en realizar los máximos esfuerzos para alcanzar esta finalidad”.<sup>28</sup>

La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (en adelante “DADyDH”) refleja la doctrina de soberanía popular que forma parte de la tradición jurídica de Latinoamérica, con basamentos en los principios generales de la justicia distributiva que aportan un justificativo para la inclusión de los derechos económicos, sociales y culturales (ESPIELL, 1988, p. 43). ESPIELL (1988) afirmaba que:

“Hacia 1948 era ya valor adquirido en nuestra América que todos los derechos humanos -los civiles, políticos, económicos, sociales y culturales- formaban necesariamente un complejo integral y que, pese a ciertas diferencias, todos eran derechos de la persona humana, enunciación de su dignidad eminente y que todos se condicionaban interdependientemente” (p.44).

De este modo, el artículo XVI de la DADyDH dispone que:

“Toda persona tiene **derecho a la seguridad social** que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”.<sup>29</sup>

El artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, “CADH”) reconoce el deber de los Estado parte de adoptar providencias por *vía legislativa* para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos económicos y sociales<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> Carta de la OEA, Art. 46.

<sup>29</sup> Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre artículo XVI., (énfasis agregado).

<sup>30</sup> CADH, Art. 26: “Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr

El artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante "Protocolo de San Salvador), retoma el concepto establecido en la DADyDH para luego establecer que:

"1) [t]oda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite físicamente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes. 2) [c]uando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto".<sup>31</sup>

La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores reconoce explícitamente en el artículo 17 el derecho a la seguridad social, y nuevamente insta a la adopción de medidas legislativa para garantizar su cumplimiento:

"Toda persona mayor tiene derecho a la seguridad social que la proteja para llevar una vida digna. Los Estados Parte promoverán progresivamente, dentro de los recursos disponibles, que la persona mayor reciba un ingreso para una vida digna a través de los sistemas de seguridad social y otros mecanismos flexibles de protección social. Los Estados Parte buscarán facilitar, mediante convenios institucionales, acuerdos bilaterales u otros mecanismos hemisféricos, el reconocimiento de prestaciones, aportes realizados a la seguridad social o derechos de pensión de la persona mayor migrante. Todo lo dispuesto en este artículo será de conformidad con la legislación nacional".<sup>32</sup>

---

progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados"

<sup>31</sup> Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 9.

<sup>32</sup> Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. Entrada en vigor, 11 de enero de 2017. Ratificada por la República Argentina el 30 de junio de 2017.

En consecuencia, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos determinó que son indicadores de valuación de las capacidades estatales de cumplimiento del derecho seguridad social el porcentaje de población cubierta en materia de seguridad social, siendo indicadores de progreso la “existencia de mecanismos institucionales que promueven la inclusión de grupos sin cobertura en seguridad social”<sup>33</sup>.

### 1 Interpretación y alcance del derecho humano a la seguridad social en los antecedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “Corte IDH”) ha interpretado las obligaciones de los Estados parte derivados de los artículos 1, 2 y 26 de la CADH en varios antecedentes, realizando una interpretación progresiva de la protección.

Así, en el caso *Cinco Pensionistas vs. Perú*, la Corte IDH explícitamente refiere a que:

“Los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. **Su desarrollo progresivo**, sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función de la **creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular**, sobre el conjunto de la población, **teniendo presentes los imperativos de la equidad social**”.<sup>34</sup>

Dos años después, en el caso *Yakye Axa Vs. Paraguay*, la Corte IDH reconoció la estrecha relación entre las obligaciones de los Estados en su posición de garante de los derechos económicos-sociales y el derecho a una vida digna:

“Una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida, es la de

<sup>33</sup> CIDH, *Lineamientos para la Elaboración de Indicadores de progreso en materia de DESC*, Documento Oficial OEA/Ser.L/V/II.132, idioma original español, 19 de julio de 2008, Cuadro página 40.

<sup>34</sup> Corte IDH. Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 47, (énfasis agregado).

**generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana** y a no producir condiciones que la dificulten o impidan. En este sentido, **el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas**, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, **en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad** y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria”.<sup>35</sup>

Posteriormente, en el caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay* la Corte IDH confirmó este alcance del derecho de una vida digna, resaltando “el deber de los Estados de adoptar medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida”,<sup>36</sup> incluso cuándo los hechos se relacionen con la aplicación de un TBI:

“Asimismo, la Corte considera que **la aplicación de acuerdos comerciales bilaterales** no justifica el incumplimiento de las obligaciones estatales emanadas de la Convención Americana; por el contrario, su aplicación **debe ser siempre compatible con la Convención Americana, tratado multilateral de derechos humanos dotado de especificidad propia, que genera derechos a favor de individuos y no depende enteramente de la reciprocidad de los Estados.**”<sup>37</sup>

De esta manera, adoptar medidas legislativas para garantizar el acceso a los medios para el desarrollo de una vida digna es una obligación internacional de los Estados parte de la CADH, cuyo incumplimiento puede conllevar su responsabilidad internacional.

En marzo del año 2019, a través del antecedente *Muelle Flores Vs. Perú*, la Corte IDH se pronunció **“por primera [vez] respecto del derecho a la seguridad social,**

<sup>35</sup> Caso *Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 162, (énfasis agregado).

<sup>36</sup> Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 14613, párrafo 153; Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257, párrafo 172 (“Asimismo, la Corte ha señalado que el derecho a la vida presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa) y que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva) de todos quienes se encuentren bajo su jurisdicción<sup>262</sup>. Ello incluye adoptar las medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida y salvaguardar el derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que garanticen una vida digna.”).

<sup>37</sup> Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 14613, párr. 140, (énfasis agregado).

en particular sobre el derecho a la pensión, de manera autónoma, como parte integrante de los DESCA”<sup>38</sup>.

Para determinar el contenido del derecho humano a la seguridad social la Corte IDH hizo referencia al *corpus iuris* internacional en la materia, que incluye la totalidad de los instrumentos internacionales aquí enunciados y más,<sup>39</sup> incluso el Convenio 102 y el 128, elaborados por la Organización Internacional del Trabajo, junto con sus Recomendaciones 67, 167 y 202<sup>40</sup>.

Así, la Corte IDH confirmó el contenido de la seguridad social descrito *up supra*, su intrínseca relación con el derecho a una vida digna, y el deber de los Estados de adoptar medidas positivas. En sus palabras:

“La seguridad social es 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. En particular y en el caso que nos ocupa, el derecho a la seguridad social busca 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

<sup>38</sup> Corte IDH. *Caso Muelle Flores Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C No. 375, párrafo 171 (De esta forma, la Corte considera que existe una referencia con el suficiente grado de especificidad del derecho a la seguridad social para derivar su existencia y reconocimiento implícito en la Carta de la OEA. En particular, de los distintos enunciados se deduce que el derecho a la seguridad social tiene como finalidad asegurar a las personas una vida, salud y niveles económicos decorosos en su vejez, o ante eventos que las priven de su posibilidad de trabajar, es decir en relación con eventos futuros que podrían afectar el nivel y calidad de sus vidas. En vista de lo anterior, la Corte considera que el derecho a la seguridad social es un derecho protegido por el artículo 26 de la Convención) (El resaltado es propio).

<sup>39</sup> Ver artículo 11 de la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social de las Naciones Unidas; artículos 11 y 13 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de las Naciones Unidas; artículo 26.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño; artículo 5 apartado e), 1), iv) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; artículos 27 y 54 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; artículos 12,13,14 de la Carta Social Europea.

<sup>40</sup> Corte IDH. *Caso Muelle Flores Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C No. 375, párr. 178-185.

aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso”.<sup>41</sup>

En noviembre de 2019 la Corte IDH dicta la sentencia del caso *Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria Vs. Perú*, en dónde retoma el reconocimiento de la *autonomía* del derecho humano a la seguridad social y especifica las obligaciones particulares de los Estados en relación con el derecho a la pensión:

**“Las obligaciones del Estado en relación con el derecho a la pensión son las siguientes: a) el derecho a acceder a una pensión** luego de adquirida la edad legal para ello y los requisitos establecidos en la normativa nacional, para lo cual deberá existir un sistema de seguridad social que funcione y garantice las prestaciones. Este sistema deberá ser administrado o supervisado y fiscalizado por el Estado (en caso de que sea administrado por sujetos privados); **b) garantizar que las prestaciones sean suficientes en importe y duración**, que permitan al jubilado gozar de condiciones de vida adecuadas y de acceso suficiente a la atención de salud, sin discriminación; c) debe haber accesibilidad para obtener una pensión, es decir que se deberán brindar condiciones razonables, proporcionadas y transparentes para acceder a ella. Asimismo, los costos de las cotizaciones deben ser asequibles y los beneficiarios deben recibir información sobre el derecho de manera clara y transparente, especialmente si se tomara alguna medida que pueda afectar el derecho”.<sup>42</sup>

En consecuencia, el derecho humano a la seguridad social es un derecho autónomo que incluye entre sus elementos el derecho a una pensión. Se vincula estrechamente con el derecho a una vida digna. Requiere de la aplicación de *políticas eficientes* para su efectivo cumplimiento. Entre las obligaciones de los Estados americanos se encuentra la de adoptar medidas inmediatas, entre ellas, las medidas legislativas.

---

<sup>41</sup> Corte IDH. *Caso Muelle Flores Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de marzo de 2019. Serie C No. 375, párr. 183; párr. 189 (Los Estados tienen la obligación de facilitar el ejercicio del derecho a la seguridad social, adoptando medidas positivas para ayudar a los individuos a ejercer dicho derecho) (énfasis agregado).

<sup>42</sup> Corte IDH. *Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de noviembre de 2019. Serie C No. 394, párr. 175.

#### IV. Antecedentes de interpretación armónica y fragmentada de los tratados internacionales de derechos humanos y los TBI's

El derecho internacional es un sistema legal completo, que a su vez existe en relación sistémica con otras ramas del derecho (CRAWFORD, 2014, p. 191). Precisamente, un tratado bilateral no se suscribe para mantenerse aislado y excluido del derecho internacional general.

El principio de integridad sistémica en la interpretación de los tratados internacional surge del artículo 31.3.c de la CVDT, que establece que para interpretar un tratado debe tenerse en cuenta “[...] toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes [...]”<sup>43</sup>.

Estas normas pertinentes, entendidas como *lex generalis*, incluyen los principios generales del derecho -al igual que los principios generales del derecho internacional público- y el derecho consuetudinario<sup>44</sup>.

La Comisión de Derecho Internacional (en adelante, “CDI”) cuestiona la afirmación que realizan algunos órganos de arbitraje cuándo deliberan sobre el laudo, en tanto establecen que “no deberían tener en cuenta las normas o principios que no estén incorporados en el tratado en conflicto o en el compromiso pertinente”.<sup>45</sup> El fundamento de la CDI para realizar su crítica es que “todo el derecho internacional existe en relación sistémica con otras ramas del derecho” y que “no se puede realizar dicha aplicación sin situar el instrumento jurisdiccional pertinente en su entorno normativo”:

“Esto significa que, si bien un tribunal puede tener competencia únicamente en relación con un instrumento determinado, siempre debe interpretar y aplicar ese instrumento en su relación con su entorno normativo, es decir, con el “resto” del derecho internacional. Ese es el principio de integración sistémica que se expresa en el apartado c) del párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”.<sup>46</sup>

<sup>43</sup> CVDT, 23 de mayo de 1969, art. 31.3.c.

<sup>44</sup> *Reporte del Grupo de Estudio sobre Fragmentación del Derecho Internacional, finalizado por Martti Koskenniemi en su 58º período de sesiones*, 2006, A/CN.4/L.682, párr. 462.

<sup>45</sup> *Ibid.*, párr. 423.

<sup>46</sup> *Ibid.*



Asimismo, la CDI determinó que no existe una *práctica* en la que los tratados bilaterales sean interpretados de forma aislada:

“Asumir que un tribunal puede no estar facultado para aplicar el derecho internacional general en la interpretación de un tratado es afirmar que cuando los Estados suscriben un tratado bilateral crean un vacío que constituye precisamente una exclusión de este tipo. Como ya hemos visto en la sección C, esta opinión no está respaldada por la práctica internacional. Al contrario, existe una gran cantidad de material que fundamenta la aplicabilidad del derecho internacional general para interpretar cualquier relación jurídica particular, aunque ya se ocupe de ella un tratado bilateral, una costumbre local o una serie de conversaciones oficiosas equivalente a normas vinculantes por aquiescencia o preclusión (*estoppel*)”.<sup>47</sup>

Recordemos que los doctrinarios responsables del trabajo de la CDI, Gerhard HAFNER (2000), y MARTTI KOSKENNIEMI (2007) como sucesor, reconocían entonces que los arbitrajes de inversiones eran los casos de laboratorio para el derecho internacional, en dónde debía limitarse la tendencia hacia la fragmentación.

En este sentido, en el laudo arbitral del caso *Urbaser vs. Argentina*, con argumentos a favor de la protección del derecho humano al agua presentados por la demandada, el tribunal reconoció que un TBI debe interpretarse en armonía con las normas relevantes de derecho internacional, incluidas aquellas relativas a derechos humanos:

“El Tribunal señala, además, que el Pacto debe interpretarse a la luz de las normas establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969 y que el Artículo 31, inciso 3(c) de ese Tratado indica que debe tenerse en cuenta “toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”. **El TBI no puede interpretarse y aplicarse de manera aislada.** El Tribunal debe tener claramente presente el objetivo especial del TBI como un Tratado que promueve las inversiones extranjeras, pero no puede hacerlo sin tener en cuenta las normas relevantes de derecho internacional. **El TBI debe interpretarse en armonía con otras normas de derecho internacional de las**

---

<sup>47</sup> *Ibid.*, párr.460.

**que forma parte, incluidas aquellas relativas a los derechos humanos”<sup>48</sup>**

Igualmente, el tribunal del caso *Tulip Real vs. Turkey* reconoció que,

“En los casos de inversión en los que participan las partes en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, algunos tribunales se han basado en el Convenio y su jurisprudencia. En otros casos en los que no son partes, esa jurisprudencia se ha utilizado como autoridad en una serie de puntos relativos a los derechos individuales. De manera similar, los tribunales de inversión se han basado en la Convención Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y en la práctica de su Corte. En un caso, el tribunal “tuvo presente” la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH). Un tribunal realizó un amplio examen del derecho a un juicio justo en los instrumentos internacionales de derechos humanos, especialmente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), a efectos de interpretar una disposición de un tratado sobre el trato justo y equitativo”<sup>49</sup>.

En el caso *Philip Morris vs. Uruguay*, vinculado con el derecho humano a la salud, el tribunal cuestionó el alcance del deber de indemnizar contenido en TBI, al reconocer que el principio del ejercicio razonable y de buena fe del poder de policía del Estado -en cuestiones tales como el mantenimiento del orden público y la salud- podrían excluir el deber de indemnizar<sup>50</sup>. Es decir, en su interpretación aplicó principios generales del derecho, a su vez fuente del derecho internacional público.

El Comité DESC en la Observación General 24 fue un poco más allá en su argumentación al establecer que “la interpretación de los tratados de comercio y de inversión en vigor debería tener en cuenta las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos” con fundamento en el artículo 103 de la Carta de la ONU -es decir, su particular jerarquía- y “el carácter específico de las obligaciones de derechos humanos”<sup>51</sup>. Este argumento es de utilidad para resolver posibles conflictos,

<sup>48</sup> *Urbaser S.A. Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. Argentina*, Laudo, 8 de diciembre 2016, Párrafo 1200. Miembros del tribunal: profesor Andreas Bucher, (presidente) profesor Pedro J. Martínez-Fraga, Árbitro y profesor Campbell McLachlan QC, Árbitro, (énfasis agregado).

<sup>49</sup> *Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. c. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/11/28, Decision on Annulment, 30 December 2015, párr. 91 (Traducción Libre).

<sup>50</sup> *Philip Morris vs. Uruguay*, Caso CIADI N.º ARB/10/7, Laudo 8 julio 2016, párr. 295-300.

<sup>51</sup> Comité DESC. Observación general núm. 24, Las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales (2017), párr. 13.

si tenemos en cuenta el análisis efectuado *ut supra* en relación con los artículos 1.3, 55 y 56 de la Carta de la ONU.

Sin embargo, debido a la falta de coherencia propia del sistema de resolución de controversias del arbitraje de inversiones, algunos tribunales han cuestionado la existencia de un principio general del derecho internacional que exija una interpretación armónica de los tratados. Por ejemplo, el caso *Electrabel S.A. v. Hungary*, en dónde “[el] Tribunal no acepta que exista un principio general de derecho internacional que obligue a interpretar de forma armoniosa los distintos tratados. Esto puede ser un resultado deseable; pero al final no se establecen los medios para ese fin”<sup>52</sup>.

Con mayor rechazo, apelando a la interpretación del sentido corriente de los términos junto con el principio de *pacta sun servanda*, que surgen de los artículos 31.1 y 26 de la CVDT, el tribunal del caso *Vattenfall AB et al. v. Federal Republic of Germany* determinó que no existe el deber de interpretación sistémica entre la *Energy Charter Treaty* (ECT) y el derecho de la Unión Europea, dado que:

“No es función propia del artículo 31(3)(c) de la CVDT reescribir el tratado que se interpreta, o sustituir una lectura simple de una disposición del tratado por otras normas de derecho internacional, ajenas al tratado que se interpreta, que contradigan el sentido corriente de sus términos. (...) El punto de partida correcto para la interpretación es la regla del artículo 31(1) de la CVDT [y no el artículo 31(3)(c)] de la CVDT].

El enfoque de la Comisión Europea [que ha argumentado que el derecho de la UE forma parte del análisis de la competencia del Tribunal a través de Artículo 31(3)(c) de la CVDT] es **inaceptable, ya que permitiría potencialmente diferentes interpretaciones de la misma disposición [del tratado]**. (...) esto sería un resultado incoherente y anómalo e inconsistente con el objeto y propósito del [tratado] y con las normas del derecho internacional sobre la interpretación y aplicación de los tratados. El preámbulo de la CVDT subraya el reconocimiento universal de “los

<sup>52</sup> *Electrabel S.A. v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19, Laudo (Nov. 25, 2015) párr. 4.130, (traducción Libre) (“[t]he Tribunal does not accept that there is a general principle of international law compelling the harmonious interpretation of different treaties. This may be a desirable outcome; but the end does not establish the means to that end.”) Miembros del tribunal: profesora Gabrielle Kaufmann-Kohler, , profesora Brigitte Stern y V.V. Veeder (presidente).

principios de libre consentimiento y de buena y de buena fe y de la norma *pacta sunt servanda*", también contenidos en el artículo 26 de la CVDT.

[La propuesta de la Comisión Europea] crearía un conjunto de obligaciones aplicables en al menos algunos litigios "intra-UE" y otro conjunto de obligaciones diferentes aplicables a otros litigios. Esto traería incertidumbre y supondría la fragmentación del significado y la aplicación de las disposiciones del tratado y de las obligaciones de las Partes del ECT, en contra del significado simple y ordinario de las propias disposiciones del ECT".<sup>53</sup>

De este modo, las citas al artículo 31 de la CVDT, como reglas de interpretación, se aplican metodológicamente por parte de los tribunales arbitrales, aunque con una tendencia a favor de los inversores (SCHREUER, 2010). Por ejemplo, fue citado también para interpretar el tratado de buena fe y según el sentido corriente de sus términos, por los tribunales de los casos *Siemens v. Argentina*<sup>54</sup> y *Tokios Tokeles v. Ukraine*.<sup>55</sup>

---

<sup>53</sup> En *Vattenfall AB et al. v. Federal Republic of Germany*, ICSID Case No. ARB/12/12, Decision on the Achmea Issue (Aug. 31, 2018), párr. 153-155, 158. (Traducción Libre) (153. The Tribunal notes that the correct starting point for the interpretation of Article 26 ECT is the general rule of interpretation in Article 31(1) VCLT (...); 154. "To the extent that EU law may come into the interpretation analysis, as proposed by the EC, it is to be "taken into account, together with the context" under Article 31(3)(c). It is not the proper role of Article 31(3)(c) VCLT to rewrite the treaty being interpreted, or to substitute a plain reading of a treaty provision with other rules of international law, external to the treaty being interpreted, which would contradict the ordinary meaning of its terms; 155. The EC's approach is unacceptable as it would potentially allow for different interpretations of the same ECT treaty provision. The Tribunal considers that this would be an incoherent and anomalous result and inconsistent with the object and purpose of the ECT and with the rules of international law on treaty interpretation and application. The preamble of the VCLT emphasises the universal recognition of "the principles of free consent and of good faith and the pacta sunt servanda rule", also contained in Article 26 VCLT; 158. While the EC refers to the use of Article 31(3)(c) VCLT as a "systemic or harmonious interpretation", the Tribunal finds that the effects of such an interpretation in the manner proposed in the EC submissions would not ensure "systemic coherence", but rather its exact opposite. It would create one set of obligations applicable in at least some "intra-EU" disputes and another set of different obligations applicable to other disputes. This would bring uncertainty and entail the fragmentation of the meaning and application of treaty provisions and of the obligations of ECT Parties, contrary to the plain and ordinary meaning of the ECT provisions themselves) Professor Albert Jan VAN DEN BERG, President The Honourable Charles N. BROWER Professor Vaughan LOWE. (énfasis agregado).

<sup>54</sup> *Siemens A.G. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/8, Decisión de Jurisdicción, 3 de agosto de 2004, párr. 80.

<sup>55</sup> *Tokios Tokeles v. Ukraine*, Caso CIADI No. ARB/02/18, Decisión de Jurisdicción, 29 de abril de 2004, párr. 80.

Asimismo, el *corpus juris* de los derechos humanos se inspira en la concepción de derechos inherentes al ser humano, en la noción de garantías colectivas y el carácter objetivo de las obligaciones de protección. Reemplaza las concesiones de reciprocidad de los Estados. El carácter de las obligaciones asumidas por las partes en los tratados sobre derechos humanos no es el sinalagmático tradicional en el que el cumplimiento de las prestaciones recíprocas determina el ritmo de aplicación del tratado, sino, por el contrario, se trata de obligaciones asumidas *erga omnes*. (Pinto, 2009, prologo, p.58).

De este modo, el Derecho Internacional de los derechos humanos regula no solo las relaciones entre Estados, sino que penetra directamente en la esfera interna, con el intento de asegurar la vigencia efectiva de la libertad y la vida misma del ser humano (HITTERS Y FAPPIANO, 2007, p. 10-11).

Desde 1982 la Corte IDH estableció que:

“los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, **no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes**. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, **los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción**. El carácter especial de estos tratados ha sido reconocido, entre otros, por la Comisión Europea de Derechos Humanos cuando declaró que las obligaciones asumidas por las Altas Partes Contratantes en la Convención (Europea) son esencialmente de carácter objetivo, diseñadas para proteger los derechos fundamentales de los seres humanos de violaciones de parte de las Altas Partes Contratantes en vez de crear derechos subjetivos y recíprocos entre las Altas Partes Contratantes”.<sup>56</sup>

---

<sup>56</sup> Corte Interamericana De Derechos Humanos Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de setiembre de 1982, El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75) solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, párr. 29, (énfasis agregado).

En otras palabras, el ser humano requiere de la debida protección jurídica a fin de realizarse plenamente como persona. Los derechos humanos constituyen un haz invisible e interdependiente, que merece pareja consideración y tutela jurídica. Los derechos humanos otorgan protección integral de la persona humana como valor en sí misma, y no como simple instrumento. Por ello, uno de los desafíos para la afirmación universal de los derechos humanos es su incorporación en la agenda de las instituciones financieras internacionales, de las organizaciones regionales económicas y del sector privado (HITTERS Y FAPPIANO, 2007, p. 63).

Así, el Comité DESC en su Observación General 24 estableció que:

“Los Estados parte no pueden establecer excepciones a las obligaciones contraídas en virtud del Pacto en los tratados de comercio y de inversión que concluyan.

Se les alienta a los Estados a incorporar, en los tratados futuros, una disposición que se refiera de manera explícita a sus obligaciones de derechos humanos y a asegurar que los mecanismos para el arreglo de controversias entre inversores y Estados tengan en cuenta los derechos humanos en la interpretación de los tratados de inversión o los capítulos sobre inversión de los acuerdos de comercio”.<sup>57</sup>

Por ello, tal como reconoció el comité *ad hoc* del caso *Tulip c. Turquía*, los tribunales de arbitrajes de inversiones no deberían limitarse estrictamente al tratado en el que basan su jurisdicción, sino que deberían integrar el derecho de inversiones con otras normas de derecho internacional aplicables entre las partes, incluido el derecho internacional de los derechos humanos, ya que en palabras del tribunal de anulación del laudo:

“En ocasiones se afirma que los tribunales internacionales u órganos de aplicación (de tratados) no están facultados para "salirse" de la esfera normativa de su instrumento constituyente o que, cuando los órganos de arbitraje deliberan sobre el laudo, no deberían tener en cuenta las normas o principios que no estén incorporados en el tratado en conflicto o en el compromiso pertinente. Sin embargo, si [...] todo el derecho internacional existe en relación sistémica con otras ramas del de-

---

<sup>57</sup> Comité DESC. Observación general núm. 24 (2017) sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales, párr. 13.

recho, no se puede realizar dicha aplicación sin situar el instrumento jurisdiccional pertinente en su entorno normativo. **Esto significa que, si bien un tribunal puede tener competencia únicamente en relación con un instrumento determinado, siempre debe interpretar y aplicar ese instrumento en su relación con su entorno normativo, es decir, con el "resto" del derecho internacional. Ese es el principio de integración sistémica que se expresa en el apartado c) del párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados**.<sup>58</sup>

Asimismo, el desafío que presente esta situación se relaciona con la noción internacional de búsqueda de justicia, reconocida en el preámbulo de la DUDH y el preámbulo de la Carta de la ONU, a su vez identificada como un principio general de derecho en los *travaux préparatoires* del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, THURER (2008).

Igualmente, la situación cuestiona los términos “proceso económico” y existencia de una “humanidad”, como sujeto colectivo de derechos, *the humankind* para algunos autores, como CANÇADO TRINDADE (2020). En otras palabras, la era de una relación únicamente entre soberanías de Estado Nación en el derecho internacional ha terminado (SIMMA, p. 250, 1994).

Por ello, el desarrollo de este artículo pretende responder actualmente a la pregunta que se formulara REINISH (2008) sobre cuánto las instituciones que aplican derecho internacional público han contribuido al desarrollo de un solo cuerpo uniformado de derecho internacional o, por el contrario, han contribuido por sí mismas a generar una mayor fragmentación del derecho. No obstante, la preocupación entonces era el impacto de la proliferación de disputas de arbitraje de inversiones en la fragmentación del derecho internacional, por ejemplo, por la existencia de multiplicidad de procesos ante diferentes foros (*forum shopping*)<sup>59</sup>, y porque tribu-

<sup>58</sup> *Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. c. Turquía*, Caso CIADI N° ARB/11/28, Decisión de Anulación, 30 de diciembre de 2015, párr. 89 (citando a *Reporte del Grupo de Estudio sobre Fragmentación del Derecho Internacional, finalizado por Martti Koskenniemi en su 58º período de sesiones*, 2006, A/CN.4/L.682, párr. 423 (énfasis agregado).

<sup>59</sup> *Ver Lauder v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Laudo Final, 3 de septiembre 2001, y *CME Czech Republic BV v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Laudo parcial, 13 de septiembre de 2001.

nales CIADI arribaron a conclusiones inconsistente, e incluso contradictorias, en relación con la noción de la cláusula de la nación más favorecida (*MNF clauses*)<sup>60</sup> o las cláusulas paraguas (*umbrella clauses*)<sup>61</sup>.

En resumen, este artículo responde cuánto las instituciones que resuelven arbitrajes de inversiones han avanzado en la interpretación armónica de las obligaciones internacionales de los Estados, en relación con derechos humanos, versus el desarrollo que sí han efectuado los órganos de control de los tratados internacional de derechos humanos, en aplicación del artículo 31 de la CVDT.

Sin embargo, concordamos con que los tribunales CIADI mantienen una regla de no necesariamente sentirse obligados por decisiones anteriores (REINISH, 2008), y por ello es común encontrar decisiones que se contradicen.

## V. Conclusión

En consecuencia, el escenario actual refleja una falta de coherencia por parte de los tribunales de arbitraje de inversiones al interpretar el alcance de las obligaciones de un TBI en relación con el derecho internacional general, y especialmente el derecho internacional de los derechos humanos.

La discusión no es menor cuándo los árbitros, miembros del tribunal, analizan políticas públicas -generalmente medidas legislativas - adoptadas por los Estados soberanos con el fin de dar cumplimiento a obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.

Sin embargo, por un lado, los órganos de control de los tratados internacionales de derechos humanos sí han establecido con claridad el estándar de interpretación sistémica e integrada, con sustento en la especificidad de estos tratados y las obligaciones que surgen de la Carta de las Naciones Unidas. Asimismo, han instado

---

<sup>60</sup> Ver *Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain*, Caso CIADI N° ARB/97/7, Decisión de Jurisdicción, 25 de enero de 2000 y *Plama Consortium Ltd. v. Bulgaria*, Caso CIADI N° ARB/03/24, Decisión de Jurisdicción, 8 de febrero de 2005.

<sup>61</sup> Ver *SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. Islamic Republic of Pakistan*, Caso CIADI N° ARB/01/13, Decisión de Jurisdicción, 6 de agosto de 2003 y *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, Caso CIADI N° ARB/02/6, Decisión de Jurisdicción, 29 de enero de 2004.



a los Estados a que incorporen en las negociaciones de los TBI's referencias a las obligaciones que surgen del derecho internacional de los derechos humanos, incluso para los mismos inversores<sup>62</sup>.

Por otro lado, la CDI reconoció explícitamente que no existe una práctica en dónde los tratados bilaterales deban ser interpretados de forma aislada, mucho menos que generen un vacío en relación con el derecho internacional general. Asimismo, estableció que el principio de integración sistémica se expresa en el apartado c) del párrafo 3 del artículo 31 de la CVDT, y que esto conlleva a que los tratados bilaterales deben ser interpretados en su contexto normativo.

Luego, los órganos de control de los tratados internacionales de derechos humanos han reconocido que el derecho humano a la seguridad social está intrínsecamente vinculado con el desarrollo de una vida digna. Así, la Corte IDH estableció que la pensión y prestación por vejez son unos de los elementos integradores del derecho humano a la seguridad, debiéndose garantizar la suficiencia en importe y duración.

En igual sentido, el Comité DESC estableció que entre las obligaciones inmediatas que deben adoptar los Estados para la realización plena del derecho a la seguridad social se encuentran las medidas legislativas. Es decir, los Estados deben darle especial prioridad entre sus políticas públicas. Incluso, si la administración del derecho estuviera gestionada por agentes privados, entonces el Estado debe controlar y evaluar periódicamente esta medida, con el objeto de garantizar que el acceso a la seguridad social sea adecuado y accesible para toda la población.

En consecuencia, parecería que va ganando más adeptos la opinión de que las obligaciones internacionales derivadas de los instrumentos internacionales, como de las diversas fuentes del derecho internacional, deben ser interpretadas de forma sistémica y armónica. Esto conlleva a realizar una interpretación que vuelva a los TBI's compatibles con el derecho internacional general y, especialmente, les permita a los Estados cumplir con sus obligaciones internacionales en materia de

---

<sup>62</sup> Para más información, analizar los TBI de tercera generación de los Estados Unidos y Canadá, cláusulas sobre obligaciones de los inversores en relación con los derechos laborales y derecho ambiental.

derechos humanos. En otras palabras, los TBI's, como instrumentos de derecho internacional, no deberían ser leídos de manera aislada, sino que sería exigible considerar su contexto normativo.

Asimismo, es dable proponernos cuestionar el estándar de revisión apropiado para los tribunales de arbitraje de inversiones, especialmente si son conformados dentro de instituciones tales como la Corte Permanente de Arbitraje o el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, que a su vez poseen reglamentos y convenios. El objetivo debería ser alcanzar un balance idóneo entre la autonomía estatal y la necesidad de cumplir con la totalidad de las obligaciones internacionales, principalmente cuándo se convierten en análisis de políticas públicas vinculadas con el efectivo ejercicio de los derechos humanos.

La resolución de los casos de arbitrajes de inversiones vinculados con el derecho humano a la seguridad social en relación con Estados Latinoamericanos está aún pendiente, pero no serán los únicos casos que planteen en este siglo el cuestionamiento de las obligaciones internacionales del Estado para con los inversores extranjeros junto con las obligaciones en materia de derechos humanos y medio ambiente. Entonces, esperamos que este debate continúe vigente.

### **Bibliografía**

- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian. (2006). *El Umbral de Ciudadanía, El Significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*. Buenos Aires: Editorial del Puerto.
- ALVAREZ, José Enrique (2009). *The Public International Law Regime Governing International Investment*. Leiden: Martinus Nijhoff, Recueil Des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, Tomo 344.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto (2020), *International Law for Humankind*, Third Revised Edition, The Hague Academy of International Law Monographs, Volume 10.
- CRAWFORD, James (2014). *Chance, Order, Change: The Course of International Law. General Course on Public International Law*. La Haya: Hague Academy

of International Law.

GLENDON, Mary Ann (2011). *Un Nuevo Mundo, Eleonor Roosevelt y la Declaración Universal de Derechos Humanos*. México: Fondo de Cultura Económico.

HAFNER, Gerhard (2000). "Risks Ensuing from Fragmentation of International Law", Official Records of the General Assembly, Fifty-fifth Session, Supplement No. 10, UN Doc. A/55/10 (2000), at 321-339.

HENCKELS, Caroline (2013). *Balancing Investment Protection and the Public Interest: The Role of the and the Importance of Deference in Investor—State Arbitration*. Journal of International Dispute Settlement, vol. 4, p. 197-215.

HITTERS, Juan Carlos y FAPPIANO, Oscar L. (2007). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Tomo I, Volumen I/ Buenos Aires: Ediar.

KINGSBURY, Benedict y SCHILL, Stephan W. (2010). *Public Law Concepts to Balance Investor's Rights and State Actions*. International Investment Law and Comparative Public Law, p. 1-30. Recuperado, el 15 de febrero 2021, de: <https://www.iilj.org/publications/public-law-concepts-to-balance-investors-rights-with-state-regulatory-actions-in-the-public-interest-the-concept-of-proportionality/>

KOSKENNIEMI, Martii (2004). 'Study on the Function and Scope of the *lex specialis* Rule and the Question of "Self-Contained Regimes"', UN Doc. A/59/10.

KOSKENNIEMI Martii (2007) "Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law", Report of the Study Group of the International Law Commission.

NIKKEN, Pedro (2010). *La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales*, Revista IIDH, 2010. Vol 52, p.55-141.

PINTO, Mónica (2009). *Temas de Derechos Humanos*. Buenos Aires: Editorial del Puerto.

REINISCH, August (2008). "Fragmentation vs. the Promise of a More Effective System? Some Reflections from the Perspective of Investment Arbitration", *International Law between Universalism and Fragmentation*, ed. Isabelle

*Buffard*, James Crawford, Alain Pellet, Stephan Wittich, Lieden: Martinus Nijhoff, pp. 107-126.

SCHREUER, Christoph (2010). *"Diversity and Harmonization of Treaty Interpretation Investment Arbitration"*, *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 years*, Volume 1, Malgosia Fitzmaurice and Phoebe Okowa (ed), Leiden: Martinus Nijhoff,

SIMMA, Bruno (1994). *"From Bilateralism to Community Interest in International Law"*, *Recueil de Cours*, The Hague, Tomo 229.

TURER, Daniel (2008). *"Boundaries of Justice, An International Law Approach"*, *International Law between Universalism and Fragmentation*, ed. Isabelle Buffard, James Crawford, Alain Pellet, Stephan Wittich, Lieden: Martinus Nijhoff, pp. 127-194.

YANNACA-SMALL, Catherine (2004). *"Indirect Expropriation" and the "Right to Regulate" in International Investment Law*. OECD Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Working Paper on International Investment No. 4, p. 1-23. Recuperado el 7 de febrero de 2021, de: [https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004\\_4.pdf](https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_4.pdf).

#### Normativa

Centro Internacional de Arreglo de Controversias de Inversiones, (2015), *Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. c. Turquía*, N° ARB/11/28, *Decisión de Anulación*.

Centro Internacional de Arreglo de Controversias de Inversiones, (2016) *Philip Morris vs. Uruguay*, Caso CIADI N.º ARB/10/7, Laudo.

Centro Internacional de Arreglo de Controversias de Inversiones, (2015) *Electrabel S.A. v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19, Laudo

Centro Internacional de Arreglo de Controversias de Inversiones, (2017) *Koch Minerals Sárl, Kock Nitrogen Internarional Sárl c. Venezuela*, Caso CIADI N° ARB/11/19, Laudo.

- Centro Internacional de Arreglo de Controversias de Inversiones, (2018) *Vattenfall AB et al. v. Federal Republic of Germany*, ICSID Case No. ARB/12/12, Decision on the Achmea Issue
- Comisión de Derecho Internacional (1973) Informe sobre la labor realizada en su 25° período de sesiones, Capítulo II Responsabilidad De Los Estados.
- Comisión de Derecho Internacional (2006) *Reporte del Grupo de Estudio sobre Fragmentación del Derecho Internacional, Martti Koskenniemi, 58º período de sesiones, A/CN.4/L.682*
- Comisión de Derecho Internacional (2006) *Reporte del Grupo de Estudio sobre Fragmentación del Derecho Internacional, finalizado por Martti Koskenniemi en su 58º período de sesiones, A/CN.4/L.682.*
- Comisión Interamericana de Derecho Internacional (2008). *Lineamientos para la Elaboración de Indicadores de progreso en materia de DESC*, Documento Oficial OEA/Ser.L/V/II.132, idioma original español.
- Comité Derechos Económicos, Sociales y Culturales, (2008) Observación general núm. 19: El derecho a la seguridad social
- Comité Derechos Económicos, Sociales y Culturales, (2017) Observación general núm. 24: las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales.
- Comité Derechos Económicos, Sociales y Culturales, (2018). Dictamen *Marcia Cecilia Trujillo Calero vs. Ecuador*
- Corte Europea de Derechos Humanos (2004) *Connors c. Reino Unido*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (1982). Opinión Consultiva 2, El efecto de las reservas sobre la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2003). Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia. Serie C No. 98
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005). Caso *Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia. Serie C No. 125.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006). *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia. Serie C No. 14613,
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2019). *Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2019). *Caso Muelle Flores Vs. Perú*. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia. Serie C No. 375.
- International Law Commission (2006) *Report on the work of its fifty-eighth session, General Assembly Official Records Sixty-first Session Supplement No. 10, UN Doc. A/61/10 (2006), paras. 233-251;*