

LA PRIVACIÓN ARBITRARIA DE LA DOBLE NACIONALIDAD EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES

Andrés A. Mezgravis*

Abstract: *The Arbitrary Deprivation of Dual Nationality in Investment Arbitration. Recently, some investment tribunals have held that the doctrine of “effective and dominant nationality” is a “relevant rule of international law” according to which a dual national can only invoke the protection of the respective bilateral investment treaty to the extent that it invokes its effective and dominant nationality, in order to sue the State of their non-dominant nationality. However, the idea that multiple nationality is an evil that must be avoided in the interest of States has ceased to be valid. In 1960, less than a third of the States accepted dual nationality. By 2018, already three-quarters of the States allow their nationals to possess another nationality. We are currently witnessing a paradigm shift that some arbitrators are still reluctant to acknowledge. When an investment tribunal claims to apply the “effective and dominant nationality principle,” what it is actually doing is refusing to recognize one of the claimant’s nationalities. The non-recognition of a nationality that does not correspond to an express legal norm and does not respond to a legitimate purpose is arbitrary and, therefore, is prohibited as it violates a fundamental human right.*

I. INTRODUCCIÓN

En un reciente laudo arbitral publicado el 31 de enero de 2022, el Tribunal en el caso UNCITRAL *Fernando Fraiz c. la República Bolivariana de Venezuela*,¹ concluyó que aunque el Tratado Bilateral de Inversiones celebrado entre España y Venezuela no excluye de protección a los dobles nacionales, la *doctrina* de la “*nacionalidad efectiva y dominante*” es una “norma pertinente de derecho internacional” aplicable a la interpretación del término “inversor” cuando el inversor demandante tiene doble nacionalidad y una de esas nacionalidades es la del Estado demandado. En concreto, el Tribunal estimó que un doble nacional puede invocar la protección del respectivo tratado bilateral de inversiones (“TBI”), solo en la medida que invoque su nacionalidad efectiva y dominante, con el objeto de demandar al Estado de su nacionalidad no dominante.

De este modo, dicho tribunal se suma a la postura minoritaria sostenida por los tribunales de los casos *Enrique Heemsen y Jorge Heemsen c. República Bolivariana de Venezuela*,² y *Manuel García Armas y otros c. República Bolivariana de Venezuela*,³ resucitando así una discusión que hasta el 2019 parecía superada.

En el presente artículo nos proponemos demostrar tres cosas: i) que la *doctrina* de la “*nacionalidad efectiva y dominante*”, no es una norma de derecho internacional consuetudinario aplicable al sistema de protección de inversiones, ii) que ni los TBIs aplicables a los referidos casos —*lex specialis*, ni el derecho interno del Estado parte de la controversia —aplicable supletoriamente— regulan la doble nacionalidad como una *penalidad*, ni como impedimento para acceder a la justicia internacional, y iii) que siendo la nacionali-

* Socio Fundador de MEZGRAVIS & ASOCIADOS. Profesor de Medios Alternativos de Resolución de Conflictos, Pregrado y Postgrado de la Universidad Católica Andrés Bello, (2000-2013). El autor tiene triple nacionalidad (venezolana, griega y letona) y reside permanentemente en Nueva York.

1 Integrado por los árbitros Enrique Barros Bourie (Presidente), Alexis Mourre, y Rafael Vinuesa. Caso CPA No. 2019-11.

2 Integrado por los árbitros Yves Derains (Presidente), Brigitte Stern, y Enrique Gómez-Pinzón. Caso CPA No. 2017-18.

3 Integrado por los árbitros José Emilio Nunes Pinto (Presidente), Enrique Gómez-Pinzón, y Santiago Torres Bernárdez. Caso CPA No. 2016-08.

dad un *derecho humano* que no puede ser suprimido arbitrariamente, las normativas internacionales y domésticas que restringen su alcance o efectividad deben estar tipificadas, y no pueden presumirse ni crearse por analogía, ni por vía de interpretaciones extensivas.

II. LA DOCTRINA DE LA “NACIONALIDAD EFECTIVA Y DOMINANTE”

Se ha dicho, y con toda razón, que la nacionalidad confiere el “*derecho a tener derechos*”.⁴ En el campo del régimen de protección de inversiones, la nacionalidad del inversor es relevante por un doble motivo: i) los estándares de protección contenidos en un TBI solo aplicarán a los respectivos nacionales, y ii) la jurisdicción del tribunal internacional es determinada, *inter alia*, por la oferta abierta de arbitraje contenida en el TBI, dada por el Estado receptor de la inversión a los *nacionales* del otro Estado contratante.⁵ En consecuencia, si se le niega arbitrariamente al inversor una nacionalidad que adquirió legítimamente, no solo se le podría estar privando del acceso a la justicia internacional, sino también se le estaría negando todo un cúmulo de derechos de protección otorgados por el derecho internacional.

Para una cabal comprensión del tema y poder percibir el cambio que está ocurriendo actualmente en el derecho internacional contemporáneo, es necesario repasar los antecedentes de la doble nacionalidad. A pesar de que los tribunales de los casos *Heemsen*, *García Armas*, y *Fraiz*, estaban integrados por reconocidos árbitros, quienes han hecho grandes contribuciones al desarrollo del arbitraje internacional, los cambios de paradigma no resultan fáciles de percibir cuando precisamente están ocurriendo y se tienen fuertes concepciones arraigadas.

A. Antecedentes de la doble nacionalidad:

Podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, que la doble nacionalidad ha pasado por tres etapas que son necesarias visualizar para una cabal comprensión del porqué algunos reconocidos árbitros todavía se aferran a posiciones que indiscutiblemente eran mayoritarias hace unas décadas, pero que son incompatibles con la evolución del derecho internacional actual:

- i). Amenaza al orden interestatal: Hasta mediados del siglo XIX, la doble nacionalidad, y más aún las nacionalidades múltiples, no era un tema apremiante en un mundo de baja movilidad y tránsito internacional. La gran mayoría de las personas nacían, vivían y morían en el mismo espacio territorial y se consideraba que nadie podía tener simultáneamente dos nacionalidades.⁶ Se indica que fue la independencia estadounidense y la migración desde Europa las que crearon tales condiciones. A mediados del siglo XIX y principios del siglo XX la doble nacionalidad se consideraba en una grave amenaza para

4 Se le atribuye esta frase a HANNAH ARENDT. Sobre el tema véase HALL, S., “The European Convention on Nationality and the Right to Have Rights”, *European Law Review*, vol. 24, 1999, pp. 586-602. Asimismo, SOTO MOYA, Mercedes: El derecho humano a la nacionalidad: perspectiva europea y latinoamericana. *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, vol. 20, núm. 40, 2018. Universidad de Sevilla.

5 DOLZER, Rudolf y Christoph SCHREUER. *Principles of International Investment Law*. Segunda edición. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 45.

6 La Resolución aprobada por el Instituto de Derecho Internacional en 1895, en su sesión de Cambridge, sobre principios relativos a los conflictos de leyes en materia de nacionalidad (naturalización y expatriación), enunciaba, entre otros, los siguientes: «1.º Nadie debe estar sin nacionalidad; 2.º Nadie puede tener simultáneamente dos nacionalidades». AGUILAR BENÍTEZ de LUGO, Mariano. Doble Nacionalidad. *Boletín de la Facultad de Derecho*, núms 10-11, 1996, pág 219.

el orden interestatal, ya que los Estados presentaban reclamos contrapuestos y de manera más prominente como resultado de la naturalización por parte de los Estados Unidos de América (“EE.UU.”) de personas de Estados que se negaban a reconocer la posibilidad de expatriación. La mayoría de los Estados europeos se negaban a aceptar la naturalización de sus súbditos ante otro Estado soberano y continuaron reclamándolos como propios. El trasfondo era que los Estados no querían liberar a un nacional de su “lealtad” y, por lo tanto, perder a un potencial soldado.⁷ En consecuencia, surgieron conflictos cuando los Estados europeos insistieron en requerir obligaciones de servicio militar de los emigrantes que habían adquirido la ciudadanía estadounidense. La doble nacionalidad se convirtió en esta etapa en un factor irritante para las relaciones bilaterales entre EE.UU. y los Estados europeos. Era común en esa época que los emigrantes regresaban a sus países de origen para realizar visitas temporales y se encontraban sujetos al servicio militar obligatorio. De allí que EE.UU. asumía la posición de proteger a estos ciudadanos naturalizados contra los reclamos de sus países de origen.⁸

- ii). Intentos por eliminar su existencia o reducir sus efectos: En esta segunda etapa se proclamaba el deseo eliminar la doble nacionalidad, lo cual, en teoría, era posible si se armonizaban las prácticas Estatales. Así, el Instituto de Derecho Internacional en su Resolución aprobada en 1928, en su sesión de Estocolmo, sobre nacionalidad, estableció en su art. 1.º que: «*Ningún Estado debe aplicar, en cuanto a la adquisición y la pérdida de su nacionalidad, reglas que tendrían como consecuencia la doble nacionalidad o la ausencia de nacionalidad, si los otros Estados aceptasen las mismas reglas*».⁹ Ante la imposibilidad de lograr en la práctica ese objetivo teórico, se hicieron intentos multilaterales más realistas que tenían por objeto reducir los referidos conflictos estableciendo requisitos determinados para que a través de la *protección diplomática* un Estado pudiera proteger a su nacional contra otro Estado. Conforme a este nuevo sistema, parecía coherente excluir dicha protección diplomática si la persona que se trataba de proteger no era extranjera respecto de este otro Estado, sino nacional de dicho Estado. Este intento quedó reflejado en la Convención de La Haya Concerniente a Determinadas Cuestiones Relativas a Conflictos de Leyes de Nacionalidad del 12 de abril de 1930, convención que en su propio preámbulo se inclina por la *abolición de todos los casos tanto de apátrida, como de doble nacionalidad*. Aunque esta convención aún sigue vigente, fue ratificada, como veremos más adelante, por tan solo 20 Estados. La aplicación de esta Convención se erosionó durante el siglo XX. Un intento regional similar fue hecho con la Convención de Montevideo sobre Nacionalidad, que tan solo fue ratificada por seis Estados.¹⁰ A estos intentos fallidos se une el famoso

7 Relator Especial de la CDI de la ONU, Roberto Córdova, “Informe sobre la nacionalidad múltiple” UN Doc A/CN.4/83.

8 SPIRO, Peter J. *Multiple Nationality*. Oxford International Law. (2008). Published under the auspices of the Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law under the direction of Professor Anne Peters (2021–) and Professor Rüdiger Wolfrum (2004–2020).

9 AGUILAR BENÍTEZ de LUGO, Mariano. Doble Nacionalidad. *Boletín de la Facultad de Derecho*, núms 10-11, 1996, pág 219.

10 Solo fue ratificada por Brasil, Chile, Ecuador, Honduras, México y Panamá, aunque luego Brasil y México presentaron sus denuncias en 1951 y 1997 respectivamente. <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-34.html>.

Caso *Nottebohm* de 1955,¹¹ en el que la Corte Internacional de Justicia determinó que Liechtenstein, no podía presentar un reclamo contra Guatemala, en nombre de una persona que había vivido en Guatemala, donde la persona no tenía vínculos genuinos o efectivos. Aunque *Nottebohm* en sí mismo no implicaba un caso de doble nacionalidad (el propio Nottebohm no era ciudadano de Guatemala), la importancia de este caso radica en que por primera vez se intenta hacer un listado de vínculos genuinos o efectivos, que luego fueron tomados en consideración por el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos en 1984.¹² Durante esta etapa, la doble nacionalidad es considerada como un anómalo e indeseable estatus, sobre todo para aquéllos viejos Estados que, arraigados en su nacionalismo, deseaban conservar una “monocultura”, una sola etnia y la lealtad de los nacionales hacia un solo país.¹³ Todavía en 1974, el Tribunal Constitucional Federal alemán (*Bundesverfassungsgericht*), consideraba que la múltiple nacionalidad era un mal que debía ser evitado o eliminado en interés de los Estados, así como de los ciudadanos afectados.¹⁴ Otros países como EE.UU incorporaron en su modelo de TBI (2004) el concepto de “nacionalidad dominante y efectiva”,¹⁵ el cual también se incorporó en el Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos de América (DR-CAFTA).¹⁶

- iii). La múltiple nacionalidad como derecho individual: Con el aumento de la movilidad internacional y la globalización, finalmente en el siglo XXI se comenzó a comprender —aunque todavía con algunos resabios— que las nacionalidades múltiples no representan una amenaza para el orden interestatal, sino una consecuencia natural del mundo moderno. Se reporta que para el 2018, ya tres cuartas partes de los Estados aceptaban la múltiple nacionalidad, frente a menos de un tercio que la aceptaba en 1960. Esta marcada tendencia es más pronunciada en las Américas, Oceanía y Europa, y menos fuerte en África y Asia.¹⁷

Pocos Estados persisten hoy en exigir que los nacidos con doble nacionalidad elijan una al alcanzar la mayoría de edad. Aunque la ley de muchos Estados (altamente representados entre los principales Estados asiáticos) contempla la terminación de la ciudadanía al naturalizarse en otro país, las cifras han disminuido hasta el punto en que es una práctica minoritaria —donde

11 Caso *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)* Segunda fase, CIJ, Sentencia, (6 de abril de 1955).

12 Decisión No 32-A18-FT 5 Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos.

13 YEUNG, Jessie, CNN, These Asian countries are giving dual citizens an ultimatum on nationality and loyalty. <https://www.abc57.com/news/these-asian-countries-are-giving-dual-citizens-an-ultimatum-on-nationality-and-loyalty>.

14 SPIRO, Peter J. Multiple Nationality. *Oxford International Law*. (2008). Published under the auspices of the Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law under the direction of Professor Anne Peters (2021–) and Professor Rüdiger Wolfrum (2004–2020). Asimismo, Maarten Vink, Arjan H Schakel, David Reichel, Ngo Chun Luk, Gerard-René de Groot. The international diffusion of expatriate dual citizenship, en *Migration Studies*, Volume 7, Issue 3, September 2019, pages 362–383, <https://doi.org/10.1093/migration/mnz011> (2019).

15 USA Model BIT (2004), Section A, Art 1.

16 La adopción del texto para todos los Estados involucrados se concretó en 2004, y el tratado entró en vigencia en distintas fechas para cada país a partir de 2006.

17 Para un detenido análisis de la difusión de la doble nacionalidad véase: Maarten Vink, Arjan H Schakel, David Reichel, Ngo Chun Luk, Gerard-René de Groot. The international diffusion of expatriate dual citizenship, en *Migration Studies*, Volume 7, Issue 3, September 2019, Pages 362–383, <https://doi.org/10.1093/migration/mnz011> (2019).

a mediados del siglo XX era casi universal. La presión de las diásporas de inmigrantes parece estar inevitablemente reduciendo el número de Estados que se niegan a reconocer que un ciudadano puede tener multiplicidad de nacionalidades. Estados reacios a admitir multiplicidad de nacionalidades como México, República Dominicana, y Turquía, realizaron reformas a sus leyes de nacionalidad para permitir la retención de la nacionalidad tras la naturalización en otro Estado. Venezuela, que adoptaba en su Constitución la práctica de que la adquisición voluntaria de una nueva nacionalidad implicaba la pérdida de la nacionalidad venezolana, dio un giro constitucional para consagrar el principio contrario.¹⁸ Por su parte, España, ha celebrado numerosos convenios internacionales de doble nacionalidad.¹⁹

Con todo que el principal foco de resistencia a admitir el principio de múltiple nacionalidad se encuentra en Asia, aún así India y Filipinas, han innovado estatus similares para los emigrantes con nacionalidades múltiples. Otros Estados, como Corea, han revisado sus leyes para admitir dicho principio en ciertas circunstancias. Incluso Alemania, donde la resistencia a la doble nacionalidad era de las más feroces, ha suavizado su posición para aceptarla en muchos casos mediante el ejercicio de la discreción administrativa.²⁰ Un número cada vez mayor de Estados permite el voto en el extranjero, incluso por personas con doble nacionalidad. Solo con respecto a la ocupación de cargos políticos, el estatus doble nacional sigue siendo un obstáculo. El Convenio Europeo sobre Nacionalidad de 1997, marcó los primeros pasos de esta nueva etapa evidenciando enfoques significativamente distintos y favorables hacia las nacionalidades múltiples. A diferencia del convenio antecesor de 1963, que partía de la premisa de que “los casos de nacionalidad múltiple pueden causar dificultades” (Preámbulo del Convenio Europeo para la Reducción de los Casos de Nacionalidad Múltiple y de las Obligaciones Militares en Casos de Nacionalidad Múltiple de 1963), el preámbulo de el Convenio Europeo sobre la nacionalidad de 1997 reconoce que “*en cuestiones relativas a la nacionalidad, deben tenerse en cuenta tanto los intereses legítimos de los Estados como los de las personas*”, destacando “*la conveniencia de encontrar soluciones adecuadas a las consecuencias de la nacionalidad múltiple y, en particular, en lo que se refiere a la derechos y deberes de los nacionales múltiples*”. Dicho Convenio incluye específicamente un capítulo completo (Capítulo V) sobre la nacionalidad múltiple.²¹

-
- 18 Establece el artículo 34 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999): “*La nacionalidad venezolana no se pierde al optar o adquirir otra nacionalidad.*”
- 19 A saber, España ha celebrado convenios de doble nacionalidad con Chile (1958), Perú (1959), Paraguay (1959), Nicaragua (1961), Guatemala (1961), Bolivia (1961), Ecuador (1964), Costa Rica (1964), Honduras (1966), República Dominicana (1968), Argentina (1969), Colombia (1979), y más recientemente con Francia (2021).
- 20 En noviembre de 2021, se reportó que el nuevo gobierno alemán impulsaría una moderna ley de nacionalización permitiendo la nacionalidad múltiple y la doble nacionalidad para personas que no sean ciudadanos de la Unión Europea. <https://www.thelocal.de/20211124/germany-coalition-government-to-allow-dual-nationality/>.
- 21 Chapter V – Multiple nationality
Article 14 – Cases of multiple nationality ex lege
1. A State Party shall allow:
a. children having different nationalities acquired automatically at birth to retain these nationalities;
b. its nationals to possess another nationality where this other nationality is automatically acquired by marriage.
2. The retention of the nationalities mentioned in paragraph 1 is subject to the relevant provisions of Article 7 of this Convention.

Como puede observarse, en esta última etapa se toma conciencia de que actualmente es improbable que las personas con doble nacionalidad provoquen disputas bilaterales entre Estados por protección diplomática, en una era en que los ciudadanos pueden accionar directa e internacionalmente contra los Estados, en materias de derechos humanos o de protección de inversiones. Además, se ha comenzado a comprender que los Estados también pueden tener interés en mantener lazos con grandes (y generalmente relativamente prósperas) poblaciones de la diáspora por razones económicas, lo que explica la decisión de muchos Estados no solo de tolerar sino de adoptar la nacionalidad múltiple.

Por otra parte, los Estados han abandonado el servicio militar obligatorio o lo han supeditado a la residencia (también en el caso de la tributación internacional), las cargas de la ciudadanía se han vuelto más ligeras. Por tanto, las nacionalidades múltiples ahora también pueden concebirse como una condición que sirve a los intereses individuales. La multiplicidad de nacionalidades ha dejado de ser una condición indigna y se ha convertido en un estatus bien visto que un individuo actualmente desea mantener. Por lo demás, las poblaciones de emigrantes se han enfrentado no solo a la elección de lealtades sentimentales, sino también a la perspectiva de perder ciertos derechos en sus países de origen. La doble o múltiple nacionalidad se ha convertido en un factor fundamental para la identidad individual. En la medida en que un individuo quiera identificarse con más de una nación, la múltiple ciudadanía puede enmarcarse, hoy en día, como una cuestión de autonomía individual, en otras palabras, como una cuestión de derechos individuales fundamentales.²²

B. Concepto inadecuado:

Comencemos por precisar que la nacionalidad de un individuo es determinada primeramente por la ley del Estado que la concede.²³ Es competencia de cada Estado soberano fijar en sus legislaciones internas los términos en los que se adquiere, se conserva o se pierde la nacionalidad. Asimismo, cada Estado soberanamente decide si reconoce más de una nacionalidad. Dicho esto, cabe aclarar que desde el punto de vista estrictamente jurídico, no existe tal cosa de “nacionalidad más efectiva”. Las

Article 15 – Other possible cases of multiple nationality

The provisions of this Convention shall not limit the right of a State Party to determine in its internal law whether:

- a. its nationals who acquire or possess the nationality of another State retain its nationality or lose it;
- b. the acquisition or retention of its nationality is subject to the renunciation or loss of another nationality.

Article 16 – Conservation of previous nationality

A State Party shall not make the renunciation or loss of another nationality a condition for the acquisition or retention of its nationality where such renunciation or loss is not possible or cannot reasonably be required.

Article 17 – Rights and duties related to multiple nationality

1. Nationals of a State Party in possession of another nationality shall have, in the territory of that State Party in which they reside, the same rights and duties as other nationals of that State Party.

2. The provisions of this chapter do not affect:
 - a. the rules of international law concerning diplomatic or consular protection by a State Party in favour of one of its nationals who simultaneously possesses another nationality; [...].

22 SPIRO, Peter J. *Multiple Nationality*. Oxford International Law. (2008). Published under the auspices of the Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law under the direction of Professor Anne Peters (2021–) and Professor Rüdiger Wolfrum (2004–2020).

23 *Ibidem*.

nacionalidades se adquieren, y son válidas y efectivas, o simplemente se renuncian o pierden y, por tanto, dejan de ser efectivas.

Como señaló el tribunal del caso *Olguín c. Paraguay*:²⁴

“No ha habido controversia en cuanto a que el señor Olguín tiene las dos nacionalidades, y que ambas son efectivas. Lo que entienda uno de sus dos estados patriales, o el otro, o acaso ambos, sobre, por ejemplo, el ejercicio por parte de esa persona de los derechos políticos, los derechos civiles, la responsabilidad por su protección diplomática y la importancia del domicilio para la determinación de tales derechos carece de importancia ante el hecho jurídico legítimo de que el señor Olguín tiene efectivamente las dos nacionalidades. Al Tribunal le basta la efectividad de su nacionalidad peruana para juzgar que no se le puede excluir del régimen de protección del CBI”.²⁵

Una persona con más de una nacionalidad puede tener más vínculos con un país, pero eso no implica que una nacionalidad sea más efectiva que la otra. Cuando se tienen legítimamente dos certificados de nacionalidad, o dos pasaportes, no existe tal cosa de que un certificado de nacionalidad sea más efectivo que el otro, ni el funcionario de inmigración exige que se le presente el pasaporte “predominante”. Cada Estado regula soberanamente los requisitos de validez y vigencia de ese documento mediante el cual se reconoce la respectiva nacionalidad, y es el beneficiario de esos documentos quien decide discrecionalmente cuándo hacer uso legítimo de uno o del otro. Asimismo, una persona con más de una nacionalidad válida puede ejercer su derecho al voto en cada uno de los Estados democráticos que le ha concedido esa nacionalidad, y el voto que realiza en un país, no es más válido ni más efectivo que el que realiza en otro.

Solo en caso de que la ley aplicable establezca que la adquisición de una nueva nacionalidad implica la renuncia de la anterior —principio que como antes se indicó está en plena decadencia— el uso de una nacionalidad, en principio, no invalida ni le resta eficacia a la otra nacionalidad. Por tanto, no debe ser motivo de alarma que la multiplicidad de nacionalidades genera, en principio, multiplicidad de derechos civiles, políticos, económicos, y por ende, también de protección de inversiones. Por supuesto, el derecho doméstico también puede soberanamente rechazar la doble nacionalidad (tendencia que como se dijo *supra* ha sido abandonada por la generalidad de los Estados), y los tratados internacionales pueden establecer limitaciones jurisdiccionales, cláusulas de denegación de beneficios, o reconocer solo la nacionalidad con mayores vínculos, pero eso es otro asunto muy distinto que requiere, como veremos más adelante, de regulación expresa.

C. Una doctrina no es derecho internacional consuetudinario:

Los tribunales de los casos *Heemsen*, *Manuel García Armas*, y *Fraiz*, se apoyan en distintas fuentes para sostener que la *doctrina* de la “nacionalidad efectiva y dominante” es *derecho internacional consuetudinario* o *principio general de derecho* aplicable al sistema de protección de inversiones.

A continuación una síntesis de lo decidido por cada uno de estos tres tribunales:

- 1) En el caso *Heemsen*, el tribunal declaró primero que no tenía jurisdicción (*ratione voluntatis*) basado en que el TBI celebrado entre Alemania y Venezuela, estable-

24 Integradado por Rodrigo Orearuno, (Presidente), Francisco Rezek, y Eduardo Mayora Alvarado.

25 *Eudoro A. Olguín c. República de Paraguay* (Caso CIADI No. ARB/98/5), Laudo, 26 de julio de 2001, § 61.

cía como foro principal el sistema del CIADI, el cual expresamente excluye a los reclamantes que tengan la nacionalidad del Estado parte de la controversia. A juicio de este Tribunal, aunque las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) no prevén este requisito, debía interpretarse que la voluntad de las partes había sido incluirlo, ya que el sistema CIADI era el foro principal en el esquema jerárquico de mecanismos contenido en el TBI.²⁶ Luego el tribunal agregó “*obiter dicta*”, que tampoco tendría jurisdicción “*ratione personae*”, ya que “[a]plicando **por analogía** el derecho internacional contemporáneo de la protección diplomática al arbitraje de inversiones, se tendría que considerar que solo podrá reclamar el doble nacional que sea más extranjero que nacional, esto es, el inversor cuya nacionalidad dominante y efectiva no es la del Estado en contra del cual reclama.”²⁷ Que esa conclusión estaría respaldada por la Convención de La Haya Concerniente a Determinadas Cuestiones Relativas a Conflictos de Leyes de Nacionalidad de 1930, la cual, en su artículo 5 consagra el principio de la nacionalidad dominante y efectiva,²⁸ reconocido por el Proyecto de artículos de la Comisión del derecho internacional sobre la protección diplomática.²⁹ Añade que ese fue el enfoque elegido por el tribunal de reclamaciones Irán/Estados Unidos en numerosos casos ante un planteamiento similar. Finaliza este tribunal señalando que al aplicarse los criterios el caso *Nottebohm*, habría que concluir “*que la nacionalidad venezolana es la nacionalidad efectiva y dominante de los demandantes*”.³⁰

- 2) En el caso *Manuel García Armas*, el tribunal declaró que no tenía jurisdicción “*ratione voluntatis*” ni “*ratione personae*”. Que en virtud de la jerarquía de foros (que incluyen como opción principal un arbitraje bajo el Convenio CIADI o el Mecanismo Complementario), el Tribunal considera que el TBI no protege a los dobles nacionales hispano-venezolanos frente a España o Venezuela, independientemente de cuál sea su nacionalidad dominante. Que la codificación de la regla que prohíbe a un doble nacional reclamar internacionalmente contra cualquiera de los Estados de los que es nacional (principio de no responsabilidad absoluto) se encuentra en el Convenio de La Haya de 1930. Que el tribunal no es indiferente ni a la evolución ni a las conclusiones a las que han llegado otros tribunales internacionales, y la CDI en la materia tal como lo demuestran el Proyecto sobre Protección Diplomática y las decisiones en los casos *Mergé y A/18*. Pero, incluso, añade el tribunal, que si se admitiera que los dobles nacionales hispano-venezolanos fuesen inversores protegidos por el TBI, solo lo serían en la medida que sus reclamos estuviesen dirigidos contra el Estado al que pertenecen de forma no dominante. Concluye el tribunal señalando que “*en el presente caso los Demandantes han dirigido su reclamo contra Venezuela, es decir contra el Estado de su nacionalidad dominante*”.³¹

26 *Enrique Heemsen y Jorge Heemsen c. República Bolivariana de Venezuela*, (Caso CPA No. 2017-18), Laudo de Jurisdicción, 29 de octubre de 2019. Véase §§ 352-399. Para una crítica sobre la postura adoptada por este tribunal véase: ANZOLA, Eloy: “La doble nacionalidad de personas naturales en el arbitraje de inversiones de Venezuela”, *TH MIS-Revista de Derecho* 77, enero-junio 2020, pp. 409-427.

27 Ídem, *Enrique Heemsen y Jorge Heemsen c. República Bolivariana de Venezuela*, § 433. (Énfasis añadido).

28 Ídem, §§ 424 y 427.

29 Ídem, § 432.

30 Ídem. §§ 439, 441 y 442.

31 *Manuel García Armas y otros c. República Bolivariana de Venezuela* (Caso CPA No. 2016-08), Laudo sobre Jurisdicción, 13 de diciembre de 2019. Para una crítica sobre la postura adoptada por este

- 3) En el caso *Fraiz*, el tribunal declaró que no tenía jurisdicción “*ratione personae*”. El tribunal sustenta esta conclusión en el Proyecto sobre Protección Diplomática, en la Convención sobre Nacionalidad de 1930, en las decisiones en los casos *Mergé*, y del caso A/18 del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos. Sostiene el tribunal que estos principios subsisten en el actual contexto de la protección internacional de inversiones extranjeras, y que así lo muestra, ante todo, el Convenio CIADI, en cuyo artículo 25(2)(a) recoge sin matices el principio de no responsabilidad previsto en el artículo 4 de la Convención sobre Nacionalidad de 1930.³² El tribunal también se apoya en las decisiones de los casos *Heemsen* y *Manuel García Armas*, y aclara que “*en cuanto a la vigencia del principio, tiene especialmente presentes las explicaciones del laudo del caso Hermanos Heemsen c. Venezuela*”.³³ El tribunal afirma que “*la doble nacionalidad plantea cuestiones jurídicas que subsisten en forma análoga tanto en la protección diplomática como en el arbitraje de inversión extranjera, siendo aplicable en ambos sistemas el principio de nacionalidad efectiva y dominante*”.³⁴ El concreto el tribunal estima que “*el principio de nacionalidad efectiva y dominante es una norma pertinente de derecho internacional aplicable a la interpretación del término inversor en el artículo I.1.a) del TBI*”, y que “*un doble nacional puede invocar la protección del TBI, en la medida que invoque su nacionalidad efectiva y dominante, con el objeto de demandar al Estado de su nacionalidad no dominante*”. Y concluye que la nacionalidad efectiva y dominante del señor *Fraiz* es la venezolana, por lo que no se encuentra protegido por el TBI a efectos de demandar a Venezuela.³⁵

Como puede observarse, aunque con distintos razonamientos y distinta prelación de fuentes, los tribunales de los casos *Heemsen*, *Manuel García Armas*, y *Fraiz*, se apoyan fundamentalmente: i) en el texto de la Convención de La Haya Concerniente a Determinadas Cuestiones Relativas a Conflictos de Leyes de Nacionalidad de 1930; ii) en el caso *Nottebohm*, y en el caso *Mergé* (1955); iii) en la decisión del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos en el caso A/18 (1984); iv) en el Proyecto de Artículos sobre la Protección Diplomática de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (2006), y v) en el artículo 25(2)(a) del Convenio CIADI.

Sin embargo, salvo el artículo 25(2)(a) del Convenio CIADI, que analizaremos con detenimiento más adelante, ninguna de esas fuentes constituye **derecho internacional consuetudinario** en el sistema de protección de inversiones. Es bien sabido que el derecho internacional consuetudinario está compuesto por normas que resultan de “*una práctica general aceptada como derecho*”. “El requisito, como elemento constitutivo del derecho internacional consuetudinario, de que la práctica general sea aceptada como derecho (*opinio iuris*) significa que la práctica en cuestión ha de seguirse con el convencimiento de la existencia de una obligación jurídica o un derecho”.³⁶ Como aclara el proyecto de conclusión 2 del Proyecto de Conclusiones sobre la Identificación

tribunal véase: ANZOLA, Eloy: “La doble nacionalidad de personas naturales en el arbitraje de inversiones de Venezuela”, TH MIS-Revista de Derecho 77, enero-junio 2020, pp. 409-427.

32 *Fernando Fraiz c. la República Bolivariana de Venezuela*, Caso CPA núm. 2019-11, Laudo final del 31 de enero de 2022, §§ 374-375, y 390.

33 Ídem, § 374.

34 Ídem, § 393.

35 Ídem, §§ 398, 400, y 415.

36 Conclusión 9 del Proyecto de Conclusiones sobre la Identificación del Derecho Internacional consuetudinario, aprobado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en segunda lectura, en su 70 período de sesiones (2018) <https://legal.un.org/ilc/reports/2018/spanish/chp5.pdf>.

del Derecho Internacional Consuetudinario (2018), la presencia de un solo elemento constitutivo no es suficiente para identificar una norma de derecho internacional consuetudinario. La práctica sin aceptación como derecho (*opinio iuris*), aunque sea generalizada y constante, solo puede tener un uso no vinculante, mientras que la convicción de que algo es (o debe ser) derecho, sin respaldo en la práctica, es una mera aspiración. Deben concurrir ambas condiciones para establecer la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario.³⁷

A continuación analizaremos cada una de esas fuentes para evidenciar que en ninguna concurren ambas condiciones:

i). *La Convención de La Haya Concerniente a Determinadas Cuestiones Relativas a Conflictos de Leyes de Nacionalidad de 1930:*

Como antes indicamos, en el preámbulo de esta convención se establece el deseo de *abolición de todos los casos tanto de apátrida, como de doble nacionalidad*. Aunque esta convención aún sigue vigente, fue ratificada por apenas 20 Estados. Los otros 26 que la suscribieron luego se abstuvieron de ratificarla.³⁸ Esta circunstancia no puede pasar por alto. Un tratado con casi un siglo de vigencia, y con tan solo 20 ratificaciones, demuestra que dicha convención nunca fue de aceptación general. Y si nunca fue de aceptación general no puede aplicarse analógicamente a Estados que no son parte de esa convención. Un tratado *no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento*. Así lo establece expresamente el artículo 34 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (“CVDT”). La Convención de la Haya de 1930, no le resultaba aplicable como tratado al caso *Heemsen*, al caso *Manuel García Armas*, ni al caso *Fraiz*, porque simplemente los Estados partes de dichas controversias – Alemania, Venezuela, y España– no son parte de esa convención. Ciertamente hay tratados que por su “general y reiterada aceptación” pueden ser aplicables frente a Estados no contratantes, bien como *principio general de derecho internacional, o bien como costumbre internacional o norma consuetudinaria*.³⁹ Ese es el caso precisamente de la CVDT, que ha sido ratificada por más de un centenar de Estados. Pero repetimos esa excepcional circunstancia no se da en el caso de la Convención de la Haya de 1930, que fue ratificada por muy pocos Estados. De allí que cuando el texto de un tratado no es de general aceptación, no puede tener rango de “principio general de derecho”, y su aplicación *analógica* a Estados que no son partes contratantes es arbitraria y manifiestamente contraria a la CVDT.⁴⁰

ii). *Caso Nottebohm, y el caso Mergé:*

Resulta muy interesante indagar de dónde proviene el término de “*nacionalidad efectiva y dominante*”. El tribunal del caso *Heemsen* señala que el artículo 5 de la Convención

37 Comentario a la Conclusión 2 del Proyecto de Conclusiones sobre la Identificación del Derecho Internacional consuetudinario, aprobado por la Comisión de Derecho Internacional en su 3444a sesión, celebrada el 6 de agosto de 2018.

38 Ratifications or definitive accessions:
1) Belgium; 2) Brazil; 3) Great Britain and Northern Ireland; 4) Australia; 5) India; 6) China (bajo reserva); 7) Monaco; 8) Netherlands (bajo reserva); 9) Norway; 10) Poland; 11) Sweden (bajo reserva); 12) Cyprus; 13) Eswatini; 14) Fiji; 15) Kribati; 16) Liberia; 17) Malta; 18) Mauritius; 19) Pakistan; and 20) Zimbabwe.
Denuntiation: Canada (1996). https://treaties.un.org/Pages/LONViewDetails.aspx?src=LON&iid=520&chapter=30&clang=_en.

39 Así lo permite el artículo 38 de la CVDT.

40 El tribunal del caso *Heemsen* se refiere “*obiter dicta*” a la aplicación analógica de la Convención de la Haya de 1930, mientras que el tribunal en *García Armas* lo aplica como norma de derecho consuetudinaria al igual que el caso *Fraiz*.

de la Haya de 1930 “*consagra principio de la nacionalidad dominante y efectiva*”.⁴¹ Sin embargo, el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos señala que el artículo 5 de la Convención de la Haya de 1930, reconoce el principio de la nacionalidad con vínculos más fuertes para propósitos de las decisiones de un tercer Estado en casos de dobles nacionales.⁴² Por su parte, el Tribunal del caso *Fraiz*, señala que en el caso *Nottebohm* (1955), la Corte Internacional de Justicia se refirió a dicho principio con los términos “*nacionalidad efectiva y dominante*”.⁴³ Sin embargo, como han reconocido otros tribunales, el caso *Nottebohm* no utiliza la terminología nacionalidad “*efectiva y dominante*” sino “*real y efectiva*”.⁴⁴ Además, la cuestión principal a decidir en *Nottebohm*, era si la nacionalidad otorgada a un individuo por un Estado era vinculante u oponible frente a un tercer Estado, en el contexto de la protección diplomática. El caso *Nottebohm* no aborda el concepto de “*nacionalidad dominante*”, y solo enuncia un listado de vínculos relevantes.⁴⁵

Según el tribunal del caso *Michael Ballantine y Lisa Ballantine c. República Dominicana*, fue la Comisión de Conciliación Italiano-Estadounidense (1955), en el caso *Mergé*, la que se refirió “[a]l principio de nacionalidad efectiva” como “*nacionalidad dominante*” y parece haber equiparado ambos conceptos estableciendo al mismo tiempo que “*nacionalidad efectiva no implica solamente la existencia de un vínculo real, sino que también implica la predominancia de esa nacionalidad por sobre la otra, en virtud de los hechos existentes del caso.*”⁴⁶

Ahora bien, lo que dice un tribunal especial constituido por dos Estados, para resolver determinados reclamaciones de sus nacionales en el ámbito de la protección diplomática, dista mucho de ser una norma de derecho internacional consuetudinario aplicable al sistema de protección de inversiones. No solo eso, se olvida que esa misma Comisión Ítalo-Estadounidense tres años más tarde, en el caso *Flegenheimer* (1958), se negó a aplicar la doctrina de la nacionalidad efectiva y sostuvo que no estaba en su poder negar los efectos en el ámbito internacional de una nacionalidad conferida por un Estado, salvo en los casos de dolo, negligencia o error grave.⁴⁷

iii). Decisión del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos en el caso A/18 (1984):

En este caso un tribunal de arbitraje fue constituido por acuerdo de EE.UU e Irán, (the Iran-United States Claims Tribunal), a los fines de resolver sus diferencias y también los reclamos de sus nacionales, todo ello de conformidad con la “Declaración

41 *Enrique Heemsen y Jorge Heemsen c. República Bolivariana de Venezuela*, (Caso CPA No. 2017-18), Laudo de Jurisdicción, 29 de octubre de 2019, § 424.

42 “*It is also noteworthy that Article 5 of the Hague Convention recognized the principle of the stronger link for purposes of decisions by third States in cases of dual nationality*”. *República Islámica de Irán c. Estados Unidos de América*, Caso IUSCT No. A/18, Decisión, 6 de abril de 1984, § 41.

43 *Fernando Fraiz c. la República Bolivariana de Venezuela*, Caso CPA núm. 2019-11, Laudo final del 31 de enero de 2022, pág 102, Nota 460.

44 *Michael Ballantine y Lisa Ballantine c. República Dominicana* (Caso CPA No. 2016-17), Laudo final, del 3 de septiembre de 2019, pág 162, §545.

45 Se dijo en el caso *Nottebohm*, que la “*importancia de esos vínculos variará de un caso a otro: la residencia habitual de la persona en cuestión es un factor importante, pero hay otros factores como el centro de sus intereses, sus vínculos familiares, su participación en la vida pública, el apego que muestra por un país en particular y que les inculca a sus hijos, etc.*” Sentencia, (6 de abril de 1955), pág. 22.

46 *Manuel García Armas y otros c. República Bolivariana de Venezuela* (Caso CPA No. 2016-08), Laudo sobre Jurisdicción, 13 de diciembre de 2019, pág 163, ¶ 546. Véase, Caso *Florence Strusky Mergé*, Comisión de Conciliación Italiano-Estadounidense, Decisión No. 55, (10 de junio de 1955).

47 Véase 25 I.L.R. 91, 153 (Comisión de Conciliación Italia-Estados Unidos 1958). BLACKMAN Jeffrey L. *State Successions and Statelessness: The Emerging Right to an Effective Nationality Under International Law*. (1998), pág 10160. Nota 62.

de Transacción de Reclamos”, y a la “Declaración de Argelia” adoptada por ambos Estados con rango de tratado.

Irán, sostenía que la doble nacionalidad había sido considerado hasta ese entonces como un estatus anormal (“*abnormal status*”),⁴⁸ y que por tanto, con base a los principios de la “protección diplomática”, los reclamos de los dobles nacionales debían ser excluidos. EE.UU., por su parte, sostenía que no debían ser excluidos, y que si el tribunal consideraba necesario recurrir al derecho internacional consuetudinario, se debía aplicar entonces el principio de la nacionalidad efectiva que se apartaba de la vieja teoría que rechazaba de manera absoluta los reclamos de dobles nacionales (teoría de la no responsabilidad absoluta).

El tribunal resolvió que mantendría su jurisdicción sobre los reclamos de nacionales con doble nacionalidad contra Irán, cuando la nacionalidad dominante y efectiva del reclamante fuese, en las fechas relevantes, la de EE.UU. Contrario a lo señalado por los tribunales de los casos *Heemsen*, *Manuel García Armas*, y *Fraiz*, el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, advirtió que la aplicación de la Convención de la Haya de 1930, a dicho caso, era debatible. Que la interpretación del artículo 4 de dicha convención había que realizarla con mucha cautela, no solo porque tenía más de 50 años y se encuentra en un tratado en el que solo 20 Estados son parte, sino porque desde entonces se han producido grandes cambios en el concepto de protección diplomática, concepto que, a su juicio, se había expandido.⁴⁹ Incluso, el tribunal añadió:

*“Moreover, the negotiating history of Article 4 of the Hague Convention suggests that its application is doubtful in a case, such as the present one, where a dual national, by himself, brings before an international tribunal his own claim against one of the States whose nationality he possesses. Such a proposal was made during the Conference, but it was rejected”.*⁵⁰

Asimismo, el referido tribunal se refirió al artículo 5 de la Convención de la Haya de 1930, rechazando su aplicación en los siguientes términos:

*“It is also noteworthy that Article 5 of the Hague Convention recognized the principle of the stronger link for purposes of decisions by third States in cases of dual nationality. Although this Tribunal is not an organ of a third State, it is also not, as noted above, a tribunal where claims are espoused by a State at its discretion and decided solely by reference to public international law”.*⁵¹

El tribunal arribó a sus conclusiones con base a los casos *Nottebohm*, *Mergé*, y la doctrina moderna dominante para ese momento.⁵² Lo hizo aclarando la naturaleza híbrida de sus funciones, las cuales no podían subsumirse exclusivamente en el ámbito de la *protección diplomática*, ni tampoco excluirse totalmente de esta. Aclaró el tribunal que el objeto y propósito de la Declaración de Argelia, era resolver la crisis de las relaciones entre EE.UU e Irán, más que extender la protección diplomática en el sentido ordinario. Al referirse concretamente a sus funciones el tribunal estableció:

48 *República Islámica de Irán c. Estados Unidos de América*, Caso IUSCT No. A/18, Decisión, 6 de abril de 1984, § 13.

49 *Ídem*, § 38.

50 *Ídem*, § 39.

51 *República Islámica de Irán c. Estados Unidos de América*, Caso IUSCT No. A/18, Decisión, 6 de abril de 1984, § 41.

52 Cita, entre otros, a Basdevant, Rousseau, Batiffol, y Brownlie, § 48.

*“While this Tribunal is clearly an international tribunal established by treaty and while some of its cases involve disputes between the two Governments and involve the interpretation and application of public international law, most disputes (including all of those brought by dual nationals) involve a private party on one side and a Government or Government-controlled entity on the other, and many involve primarily issues of municipal law and general principles of law.”*⁵³

El tribunal finaliza su decisión advirtiendo que en los casos en que encuentre que tiene jurisdicción basado en la nacionalidad dominante y efectiva del demandante, la otra nacionalidad podría mantenerse como relevante para resolver el mérito de la reclamación.⁵⁴

En síntesis:

- a) El tribunal no aplicó la Convención de la Haya de 1930, más bien explica el porqué no resulta aplicable.
- b) El propio tribunal levanta las mismas dudas que tuvieron los redactores de la Convención, al señalar que esta no debía aplicarse en casos en que el doble nacional presentara por sí mismo la reclamación contra el Estado.
- c) No se trataba de un caso típico de *protección diplomática* y mucho menos de *protección de inversiones*. Por tratarse de un tribunal *especial* con funciones *híbridas*, el tribunal recurre a la doctrina de la época y a los principios establecidos en los casos *Nottebohm* y *Mergé*.
- d) El tribunal no desestima por completo la doble nacionalidad, sino que advierte expresamente que la nacionalidad con menos vínculos podría ser relevante a efectos del mérito de la reclamación.
- e) Nótese que esta decisión se dictó hace casi 40 años (1984), en un momento en que todavía la mayoría de los Estados rechazaba la nacionalidad múltiple. Esa decisión, configuró en esa época un avance significativo —no un retroceso— en materia de doble nacionalidad.

iv). El Proyecto de Artículos sobre la Protección Diplomática de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (2006):

Según el tribunal del caso *Heemsen*, dicho proyecto “refleja la evolución del ejercicio de la protección diplomática en el sentido de matizar la aplicabilidad del principio de no responsabilidad en beneficio del principio de nacionalidad dominante y efectiva”.⁵⁵ Mientras que el Tribunal del caso *Fraiz*, sostiene que de ese proyecto de artículos “se desprende que la nacionalidad efectiva y dominante es la regla del derecho internacional consuetudinario vigente [2022] en materia de dobles nacionales”.⁵⁶

Sin embargo, luego de casi dos décadas ese proyecto de artículos no ha sido adoptado por ningún tratado, y por tanto, no puede ser más que eso: un proyecto de normas que no tuvo mayor acogida. Y no la tuvo porque simplemente regulaba un tema que perdió su relevancia. La protección diplomática perdió la importancia y vigencia

53 Ídem, § 40.

54 Ídem, § 52.

55 *Enrique Heemsen y Jorge Heemsen c. República Bolivariana de Venezuela*, (Caso CPA No. 2017-18), Laudo de Jurisdicción, 29 de octubre de 2019, § 432.

56 *Fernando Fraiz c. la República Bolivariana de Venezuela*, Caso CPA núm. 2019-11, Laudo final del 31 de enero de 2022, §§ 377 y 385.

que tuvo en el siglo pasado precisamente por el surgimiento y apogeo del sistema de protección de inversiones. Como afirmó la propia CIJ, *en la práctica solo se recurre a la protección diplomática en los infrecuentes casos donde el régimen de tratados de protección de inversiones no existe o se ha vuelto inoperativo*.⁵⁷

A todo esto, habría que agregar que la vieja creencia de que la doble nacionalidad era algo patológico y que, por tanto, era necesario reconocer solo una, ya había sido abandonada en el 2006 por una gran cantidad de países. Cabe insistir en que la práctica actual, acogida por el 75% de los Estados, es la de reconocer más de una nacionalidad.⁵⁸ Por tanto, mal se puede buscar soporte en un proyecto que no tuvo mayor acogida precisamente por el cambio de circunstancias en el que fue concebido.

D. El artículo 25(2)(a) del Convenio CIADI:

Aparte de esa confusión terminológica, y la peligrosa pretensión de elevar a rango de derecho internacional consuetudinario simples doctrinas, se debe advertir otra cuestión, no menos importante que las anteriores, con la que se busca justificar todo ese proceder. Nos referimos a la invocación que han realizado los tribunales de los casos *Heemsen*, *García Armas*, y *Fraiz* del artículo 25(2)(a) del Convenio CIADI, para justificar que en el sistema de protección de inversiones resulta la aplicable la doctrina de la “nacionalidad efectiva y dominante” desarrollada en el marco del sistema de la protección diplomática.

Lo primero que se debe destacar es que el Convenio CIADI, fue precisamente el tratado multilateral que redujo sustancialmente la protección diplomática y cambió por completo los conceptos en que esta práctica se sustentaba. El Convenio CIADI marcó en 1965 un trascendental avance en el derecho internacional, ya que por primera vez se le permitió a las corporaciones e individuos demandar directamente a los Estados. Al referirse al Convenio CIADI, apunta el profesor LAUTERPACHT: “*For the first time a system was instituted under which non-State entities —corporations or individuals— could sue States directly; in which State immunity was much restricted; under which international law could be applied directly to the relationship between the investor and the host State; in which the operation of the local remedies rule was excluded; and in which the tribunal’s award would be directly enforceable within the territories of the States parties*”.⁵⁹

En este mismo sentido, establece el artículo 27(1) del Convenio CIADI que “[n]ingún Estado Contratante concederá **protección diplomática** ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo”. (Énfasis añadido).

Aclaradas las sustanciales diferencias introducidas por el Convenio CIADI en el ámbito de las reclamaciones internacionales en materia de inversiones, cabe ahora advertir que el artículo 25(2)(a) del Convenio CIADI, no tiene relación alguna con la doctrina de la “nacionalidad efectiva y dominante”. Se trata de dos cuestiones completamente distintas. El artículo 25(2)(a) del Convenio CIADI, no contiene una “prohibición

57 Caso *Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea c. República Democrática del Congo)*, Corte Internacional de Justicia, Sentencia, 24 de mayo de 2007, § 88.

58 *Supra*, Capítulo II (A) iii.

59 LAUTERPACHT, Elihu. Foreword to the second edition of Professor Schreuer’s book: “*The IC-SID Convention: A Commentary*.” Segunda Edición. Cambridge University Press, 2009, p. ix.

absoluta a los reclamos de los dobles nacionales" como sostuvo erradamente el tribunal del caso *Manuel García Armas y otros c. República Bolivariana de Venezuela*,⁶⁰ y el tribunal del caso *Enrique Heemsen y Jorge Heemsen c. República Bolivariana de Venezuela*,⁶¹ y mucho menos establece que un nacional del Estado parte de la controversia pueda demandar a dicho Estado si demuestra que esa es "su nacionalidad no dominante".

Dicho artículo establece, expresamente, que no serán considerados nacionales de otro Estado, quienes, *para la fecha del consentimiento o del registro de la solicitud de arbitraje*, también tenían la nacionalidad del Estado parte de la controversia.⁶² Como señala el Prof. SCHREUER, la ilegitimidad de un inversor, que también posea la nacionalidad del Estado receptor en alguna de esas dos fechas críticas, aplica independientemente de cuál de las distintas nacionalidades es la efectiva.⁶³

Es importante aclarar que conforme al sistema CIADI, un inversor con doble nacionalidad, o múltiple nacionalidad, podría tener acceso a la jurisdicción del CIADI, si ninguna de sus nacionalidades es la del Estado parte de la disputa, y alguna de sus nacionalidades es de algún Estado parte del Convenio CIADI.⁶⁴ Es muy revelador que cuando los redactores del Convenio CIADI, se plantearon incluir el test de la nacionalidad efectiva en ese contexto, se optó por excluirlo.

Al respecto, señala el tribunal de *Saba Fakes c. República de Turquía*:

*"The Tribunal observes, in this respect, that during the negotiations a delegate from Guatemala suggested including the requirement of effective nationality in the Convention, but that suggestion was not adopted by the drafters of the Convention (see Supplemental Expert Opinion of Prof. Dolzer, para 46)".*⁶⁵

Pero no solo eso. Igualmente es importante aclarar que también podría tener acceso a la jurisdicción del CIADI, un inversor con la nacionalidad del Estado parte de la controversia si, (i) antes del perfeccionamiento del consentimiento y (ii) antes del registro de la solicitud de arbitraje, *renuncia* a dicha nacionalidad. La posibilidad de renuncia antes de esas fechas críticas, ha sido reconocida por la doctrina más autorizada y también por tribunales CIADI.⁶⁶

60 Caso CPA No. 2016-08, Laudo sobre Jurisdicción, 13 de diciembre de 2019, ¶ 666.

61 Sostuvo el tribunal del caso *Enrique Heemsen y Jorge Heemsen c. República Bolivariana de Venezuela*, que "la elección del CIADI como foro principal es un claro indicador de que las Partes Contratantes excluyeron la protección a los dobles nacionales." (Caso CPA No. 2017-18), Laudo de Jurisdicción, 29 de octubre de 2019, § 442. Una afirmación similar también se hace en el § 413.

62 "Artículo 25 (2) Se entenderá como "nacional de otro Estado Contratante": (a) toda persona natural que tenga, en la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a conciliación o arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud prevista en el apartado (3) del Artículo 28 o en el apartado (3) del Artículo 36, la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia; **pero en ningún caso comprenderá las personas que, en cualquiera de ambas fechas, también tenían la nacionalidad del Estado parte en la diferencia.**" (Énfasis añadido).

63 SCHREUER, Christoph, Loretta MALINTOPPI, August REINISCH y Anthony SINCLAIR. "The ICSID Convention: A Commentary. Segunda Edición. Cambridge University Press, 2009, p. 272, § 668. En este mismo sentido *Saba Fakes c. República de Turquía* (Caso CIADI No. ARB/07/20), Laudo, 14 de julio de 2010, § 72.

64 *Saba Fakes c. República de Turquía* (Caso CIADI No. ARB/07/20), Laudo, 14 de julio de 2010, § 62.

65 *Saba Fakes c. República de Turquía* (Caso CIADI No. ARB/07/20), Laudo, 14 de julio de 2010, § 63, nota 44.

66 En este sentido, apunta el Prof SCHREUER, junto a Loretta MALINTOPPI, August REINISCH y Anthony SINCLAIR que: "La única oportunidad del inversionista individual de tener acceso al Centro puede ser renunciar a la nacionalidad del Estado sede antes de que se perfeccione el

Estas dos fechas críticas demuestran que la restricción de la nacionalidad del Estado parte de la controversia no es absoluta, y que no existe fundamento alguno para sostener que la nacionalidad con más vínculos es la que debe prevalecer. En efecto, la inversión puede haberla realizado un doble nacional con vínculos estrechos con el Estado receptor de la inversión; la controversia puede haberse suscitado, y todavía el doble nacional que posee la nacionalidad del Estado parte de la controversia, podría *renunciar* a dicha nacionalidad antes de las dos fechas críticas antes indicadas y proceder con su reclamo internacional con la nacionalidad del Estado con el que tenía menos vínculos. Nótese que en este supuesto la nacionalidad con menos vínculos terminaría siendo la única nacionalidad efectiva.

Bajo la aplicación de la doctrina de la “*nacionalidad efectiva y dominante*” pareciera que esa solución —perfectamente lícita— no sería factible, porque dicha doctrina no trata este asunto como una condición para acceder a la jurisdicción (cualidad procesal de parte) en determinadas fechas críticas, sino como un asunto de “nacionalidad”. Por tanto, si la nacionalidad con menos vínculos es la del Estado parte de la disputa, entonces, no solo habría una restricción para acceder a la jurisdicción, sino también un problema de validez de la inversión al ser esta supuestamente realizada por un nacional exclusivamente del Estado parte de la disputa, ya que la “*nacionalidad efectiva y dominante*” termina siendo la única nacionalidad que, según esta tesis, debe ser considerada.⁶⁷

Como puede observarse, la aplicación de la doctrina de la “*nacionalidad efectiva y dominante*” marca una peligrosa tendencia que terminaría siendo más gravosa que la propia aplicación del artículo 25(2)(a) del Convenio CIADI. Y sin una regulación expresa, sin que ello esté previsto en el respectivo TBI, eso, simplemente, no pareciera ser razonable ni lícito.

E. Laudos controvertidos no conforman derecho internacional consuetudinario:

Es un contrasentido afirmar que la doctrina de la “*nacionalidad efectiva y dominante*”, que surgió el siglo pasado, en el ámbito de la protección diplomática, configura una práctica general aceptada actualmente como derecho en el régimen de protección de inversiones, cuando ese criterio ha sido sostenido por muy pocos tribunales de inversiones, ha sido controvertido categóricamente por varios, y también ha sido cuestionado por la doctrina más autorizada.⁶⁸

consentimiento a la jurisdicción del CIADI... []. Igualmente, el inversionista tendría que asegurarse de que la renuncia a la nacionalidad sea válida conforme a la ley del Estado demandado.” (Traducción libre). Ob. cit, p. 274, § 676. El tribunal del caso *Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. Chile* también reconoció la posibilidad lícita de renuncia a la nacionalidad. Véase Caso CIADI No. ARB/98/2 Laudo del 8 de mayo de 2008, §§ 314-322. Asimismo, la propia Convención de la Haya Concerniente a Determinadas Cuestiones Relativas a Conflictos de Leyes de Nacionalidad, consagra en su Art 6 la posibilidad de renuncia, así como todos las Convenciones de Derechos Humanos, incluyendo el artículo 15 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Establece el artículo 36 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: “*Se puede renunciar a la nacionalidad venezolana. Quien renuncie a la nacionalidad venezolana por nacimiento puede recuperarla si se domicilia en el territorio de la República por un lapso no menor de dos años y manifiesta su voluntad de hacerlo. Los venezolanos y venezolanas por naturalización que renuncien a la nacionalidad venezolana podrán recuperarla cumpliendo nuevamente los requisitos exigidos en el artículo 33 de esta Constitución*”.

67 Varios tribunales se han pronunciado sobre la licitud del llamado “*Treaty Shopping*”, siempre y cuando sea *previo* al surgimiento de la disputa. Entre otros, *Venezuela Holdings c. Venezuela* (Caso CIADI No. ARB/07/27). Laudo de jurisdicción de fecha 10 de junio de 2010, §204.

68 El Prof. Schreuer en su opinión como experto en el caso *García Armas*, afirmó “*que es debatible que las reglas aplicables a las personas con doble nacionalidad, desarrolladas en el contexto de la protección diplomática, representen un derecho internacional consuetudinario general relevante a los fines [...] de la*

En efecto, en *Pey Casado c. Chile* el tribunal⁶⁹ estableció:

“En segundo lugar, el tratamiento bajo el APPI de los dobles nacionales es diferente del previsto en el Convenio CIADI en cuanto a su ámbito de aplicación y a su contenido. Para cumplir la condición de la nacionalidad de acuerdo al APPI, basta con que la parte demandante demuestre que tiene la nacionalidad del otro Estado contratante. A diferencia de lo que sostiene la Demandada, el hecho de que la Demandante posea doble nacionalidad, que comprende la nacionalidad de la Demandada, no la excluye del ámbito de aplicación del APPI. En opinión del Tribunal de arbitraje, en este contexto no existe la condición de nacionalidad “efectiva y dominante” de los dobles nacionales. (...). Al contrario, la consideración del objetivo mismo del APPI y su redacción excluyen la idea de que exista un requisito de nacionalidad efectiva y dominante. (...) El APPI no aborda expresamente la cuestión de si los dobles nacionales hispano-chilenos quedan cobijados o no bajo su ámbito de aplicación. En opinión del Tribunal de arbitraje, no estaría justificado (basándose en unas pretendidas normas de derecho internacional consuetudinario) añadir un requisito de aplicación que no se desprenda ni su letra o ni su espíritu. (Énfasis añadido).”⁷⁰

Asimismo, en el caso *Oostergetel c. República Eslovaca* el tribunal⁷¹ sentenció:

“The Tribunal further observes that the BIT merely requires an investor to have ‘nationality of one of the Contracting Parties’, which is moreover conferred upon such investor in accordance with the Contracting Party’s national law. The TBI does not require such nationality to be ‘effective’ or imposes any further conditions such as the existence of a genuine link to the respective Contracting Party. Nor, as a matter of fact, does the TBI require that the investor hold only one nationality.”⁷² (Énfasis añadido).

En *Saba Fakes c. República de Turquía* el tribunal⁷³ indicó:

“Similarly, the text of the BIT leaves no room as to the question of whether the Contracting Parties intended such effectiveness test to be applied in the context of the BIT. Pursuant to Article 1(a)(i) of the Netherlands-Turkey BIT, for the purposes of this BIT “investor” means: (i) a natural person who is a national of a Contracting Party under its applicable law.” It clearly results from this definition that the Netherlands-Turkey BIT does not require an investor’s nationality to be effective for him or her to bring a claim against the host State on the basis of the BIT.”⁷⁴

CVDT”. Manuel García Armas y otros c. República Bolivariana de Venezuela (Caso CPA No. 2016-08), Laudo sobre Jurisdicción, 13 de diciembre de 2019, § 646. Asimismo, véase SCHREUER, Christoph, Loretta MALINTOPPI, August REINISCH y Anthony SINCLAIR. “The ICSID Convention: A Commentary. Segunda Edición. Cambridge University Press, 2009, p. 266, § 644.

69 Integrado por los árbitros Pierre Lalive, (Presidente), Mohammed Chemloul, y Emmanuel Gaillard.

70 Victor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. República de Chile (Caso CIADI No. ARB/98/2), Laudo, 8 de mayo de 2008, § 415.

71 Integrado por los árbitros Gabrielle Kaufmann-Kohler, (Presidente) Mikhail Wladimiroff, y Vojtech Trapl.

72 Jan Oostergetel y Theodora Laurentius c. República Eslovaca (CNUDMI), Decisión sobre Jurisdicción, 30 de abril de 2010, § 130.

73 Integrado por los árbitros Emmanuel Gaillard, (Presidente), Hans van Houtte, y Laurent Lévy.

74 Saba Fakes c. República de Turquía (Caso CIADI No. ARB/07/20), Laudo, 14 de julio de 2010, § 64.

Similar postura asumió el tribunal⁷⁵ del caso *Bahgat c. Egipto*:

*“Some academic writing indicates that where an underlying BIT does not clarify whether dual nationals might bring claims, **principles of international law on effective nationality might be considered** by a tribunal in order to determine its jurisdiction based on the dominant nationality of the claimant- investor. However, any developments in international law must yield to the *lex specialis* of the investment treaty [...]*

*On the basis of the considerations above (paragraphs 228 to 230), the Tribunal comes to the conclusion **that general international law principles concerning the consequences of dual nationality in respect of jurisdiction *ratione personae* do not trump the explicit language of the BITs**, according to the Tribunal’s finding as set out above at paragraph 227.”⁷⁶ (Énfasis añadido).*

Más recientemente el tribunal⁷⁷ en el caso *Pugachev c. Rusia* estableció:

*“Having thoroughly examined the arguments submitted by both Parties, the Tribunal observes that Article 1.2(a) of the Treaty merely requires an investor to be a national of one of the Contracting Parties and be allowed, in accordance with the laws of the non-host State, to make investments in the territory of the other party. **The Treaty does not require that the investor hold only one nationality, nor does it impose further conditions.** In other words, from a reading of the Treaty in accordance with the ordinary meaning of its terms, there is no reason to conclude that dual nationals are excluded. The expressions “one” and “other” in Article 1.2(a) only seek to establish that an investor must have at least one nationality different from the home state of the investment.*

*Moreover, the Tribunal notes that, contrary to the ICSID Convention, which expressly excludes dual nationals in its Article 25, the **UNCITRAL Rules do not contain any such restriction.** The issue of dual nationality should be resolved considering the Treaty, as it is the *lex specialis* between the Parties [...]*

*For the reasons set out above, the Tribunal concludes that **dual nationals are not excluded from the Treaty’s scope of protection.** Even if Claimant held the nationality of France and the nationality of Russia, it does not disqualify him as an investor under the Treaty”. (Énfasis añadido).⁷⁸*

A los laudos anteriormente citados se suman: *Olgúin c. Paraguay*⁷⁹; y *Serafín García Armas y Karina García Gruber c. Venezuela*.⁸⁰

75 Integrado por los árbitros Rüdiger Wolfrum (Presidente), W. Michael Reisman y Francisco Orrego Vicuña (opinión separada en algunos puntos).

76 *Mohamed Abdel Raouf Bahgat c. República Árabe de Egipto* (Caso CPA No. 2012-07), Decisión sobre Jurisdicción, 30 de noviembre de 2017, §§ 231 y 232.

77 Integrado por los árbitros Eduardo Zuleta Jaramillo (Presidente), Thomas Clay y Bernardo Cremades.

78 *Sergei Viktorovich Pugachev c. Federación Rusa* (CNUDMI), Laudo sobre Jurisdicción, 18 de junio de 2020, §§ 384 y 388.

79 *Eudoro A. Olgúin c. República de Paraguay* (Caso CIADI No. ARB/98/5), Laudo, 26 de julio de 2001, § 61.

80 *Serafín García Armas y Karina García Gruber c. Venezuela* (Decisión sobre jurisdicción), Caso CPA No. 2013-3. Un análisis de esta decisión y su posterior anulación por las cortes francesas, puede verse en ANZOLA, Eloy: “La doble nacionalidad de personas naturales en el arbitraje de inversiones de Venezuela”, *TH MIS-Revista de Derecho* 77, enero-junio 2020, pp. 409-427.

Puede entenderse que los tribunales de los casos *Heemsen*, *García Armas*, y *Fraiz*, se aparten de la posición mayoritaria adoptada por todos los tribunales antes citados, ya que las decisiones de los tribunales de inversiones no son vinculantes para otros tribunales.⁸¹ Lo que resulta difícil de justificar es que esos tribunales sostengan que la tesis de “*la nacionalidad efectiva y dominante*”, controvertida por un gran número de tribunales, y por ende sin ser “*opinio iuris*”, constituya derecho internacional consuetudinario, o principio general de derecho en el sistema de protección de inversiones.

III. LAS NORMAS PRIVATIVAS DE DERECHOS DEBEN ESTAR TIPIFICADAS Y NO PUEDEN PRESUMIRSE NI CREARSE POR ANALOGÍA NI POR VÍA DE INTERPRETACIONES EXTENSIVAS

A) La nacionalidad es un derecho humano:

Se señala que “*las personas con dos o más nacionalidades son más vulnerables a la pérdida o la privación que aquellas con una sola*”.⁸² Si bien la apatridia es una condición mucho más grave, el hecho de que se le prive o desconozca a una persona una de sus nacionalidades no está exento de graves consecuencias, ya que ello podría acarrear la pérdida no solo de derechos de propiedad o de intereses económicos, sino también causar indefensión en el ámbito internacional.

Si como dijimos al inicio, la nacionalidad confiere el “*derecho a tener derechos*”,⁸³ la privación o desconocimiento de la nacionalidad es una medida punitiva que impide tener derechos. De allí que la privación o desconocimiento de una nacionalidad debe realizarse respetando determinados parámetros.

A tales fines se debe tener presente que la nacionalidad no es sólo una “*concesión*” del Estado –que de manera soberana determina quiénes son sus nacionales– sino que es un derecho, y no cualquier derecho, es un *derecho humano fundamental* reconocido por diversos tratados internacionales, incluyendo la Declaración Universal de Derechos Humanos,⁸⁴ y la Convención Americana de Derechos Humanos, que establecen:⁸⁵

“A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad”.

La nacionalidad es un derecho fundamental porque permite tener acceso a otros derechos de pertenencia y de protección. “*Toda interferencia en el disfrute de la nacionalidad tiene una incidencia significativa en el ejercicio de los derechos*.”⁸⁶ Por ello, la pérdida o la privación de la nacionalidad debe respetar determinadas condiciones para cumplir con el derecho internacional, en particular la prohibición de la privación arbitraria de la nacionalidad. Entre otras condiciones, se exige que responda a una

81 Al respecto en *Saipem S.p.A. v. Bangladesh*, se estableció: “*The Tribunal considers that it is not bound by previous decisions. At the same time, it is of the opinion that it must pay due consideration to earlier decisions of international tribunals*”. Decision on Jurisdiction of March 21, 2007, § 67.

82 Ídem, § 6.

83 Supra Capítulo II.

84 Artículo 15.

85 Artículo 20.

86 En A/HRC/19/43 figura un informe detallado de las repercusiones de la privación de la nacionalidad en el disfrute de los derechos humanos.

finalidad legítima, constituya el instrumento menos perturbador para lograr el resultado deseado y sea proporcional a los intereses que hayan de protegerse".⁸⁷

B) Legalidad:

"Las medidas que pueden llevar a la pérdida o la privación de la nacionalidad deben calificarse como tales y están sujetas a las normas internacionales pertinentes".⁸⁸ Como antes mencionamos, las decisiones que privan o desconocen la nacionalidad son medidas *punitivas*. Es un principio universal que las medidas punitivas deben estar previstas en la ley y sus términos deben ser claros, precisos, completos y previsibles, con el fin de garantizar la seguridad jurídica.⁸⁹

Por tanto, debe haber una base jurídica clara y articulada para cualquier privación o desconocimiento de la nacionalidad.⁹⁰ Esto requiere, entre otras cosas, que las facultades y los criterios para la privación o desconocimiento de la nacionalidad estén previstos en la ley, estén accesibles al público, sean claros, precisos, completos y previsibles, con el fin de garantizar la seguridad jurídica.⁹¹

Diversos autores han señalado:

*"First of all, in light of the requirements stemming from the rule of law, deprivation of nationality must have a firm legal basis in national law, as a precondition to making this harsh intervention into a person's life predictable. In other words, in order to avoid an allegation of arbitrariness, nationality may, first and foremost, only be deprived as prescribed by law."*⁹²

Asimismo, en las conclusiones de la Reunión de expertos convocada por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Túnez, Túnez, 31 de octubre a 1 de noviembre de 2013, se estableció:

*"Loss or deprivation of nationality needs to have a firm basis in national law. Loss and deprivation provisions must be predictable. They may not be interpreted by analogy (i.e. applied to facts which are not evidently covered by the wording of the provisions concerned)."*⁹³

87 A/HRC/13/34, § 25; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, demanda N° 31414/96, *Karashev and Family v. Finland*, 12 de enero de 1999; Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto C135/08, *Janko Rottman c. Freistaat Bayern*, 2 de marzo de 2010. En cuanto a la noción de "arbitraria" según el derecho internacional, por ejemplo en el contexto de la privación de libertad, véase A/HRC/22/44, § 61, en particular la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, citada en la nota 28 de dicho documento.

88 A/HRC/25/28, Naciones Unidas, Los derechos humanos y la privación arbitraria de la nacionalidad. Informe del Secretario General, 19 de diciembre de 2013, p. 4.

89 Incluso se sostiene que: *"the scope of arbitrariness is clearly broader than illegal, suggesting rather an abuse of power that is either outside the law or is indeed achieved through the law, where the law itself is arbitrary"*. VAN WAAS Laura, *Nationality Matters: Statelessness under International Law*, Intersentia, Antwerpen, 2008, p. 94.

90 Principios sobre la Privación de la Nacionalidad como Medida de Seguridad Nacional. Los principios fueron redactados por el Instituto sobre Apatridia e Inclusión (2020).

91 Ídem, p. 13 (7.3).

92 MOLNÁR Tamás, "The Prohibition of Arbitrary Deprivation of Nationality under International Law and EU Law: New Perspectives", p. 76. VAN WAAS Laura, *Nationality Matters: Statelessness under International Law*, Intersentia, Antwerpen, 2008, p. 94.

93 UNHCR, 'Tunis Conclusions', §16.

Por tanto, un tribunal de inversiones mal puede desconocer una nacionalidad con base a disposiciones inexistentes en el derecho aplicable o con base a la analogía *iuris* o *legis*.

Cabe recordar que, el derecho internacional no propugna un conjunto de requisitos de nacionalidad para ser promulgados por todos los estados. Simplemente el derecho internacional establece ciertos límites a la libertad de los estados para establecer sus propias condiciones para la atribución y pérdida de la nacionalidad. En este sentido, se ha dicho:

“First of all, the conditions that must be met for an individual to acquire the nationality of a particular state are set by the municipal law of that state. International law does not espouse a clear set of citizenship requirements to be enacted by all states, it merely prescribes certain limits on the freedom of states to lay down their own conditions for nationality attribution.”⁹⁴

En los casos *Heemsen*, *García Armas*, y *Fraiz*, irónicamente el derecho doméstico aplicable no solo no prohibía la doble nacionalidad, sino que admitía la posibilidad de nacionalidades múltiples. En efecto, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) establece que “[l]a nacionalidad venezolana no se pierde al optar o adquirir otra nacionalidad.”⁹⁵

Asimismo, la *lex specialis*, conformada por los TBIs aplicables a dichas controversias (Alemania-Venezuela, para el caso *Heemsen*, y España-Venezuela, para los casos *García Armas* y *Fraiz*) tampoco excluye la posibilidad de nacionalidades múltiples, y ambos TBIs contemplan la aplicación del derecho interno del Estado receptor de la inversión.⁹⁶

En síntesis, la posibilidad de desconocer alguna de las nacionalidades del reclamante no estaba prevista ni en la *lex specialis*, ni en el derecho interno aplicable. Por tanto, aplicar de manera analógica principios contenidos en otros tratados para alterar los términos de dichos TBIs y el derecho doméstico aplicable, y con ello negar una de las nacionalidades del reclamante, resulta contrario al derecho internacional y violatorio de un derecho humano fundamental.

C) Cuestionamiento mal formulado:

Se pretende atenuar las gravísimas consecuencias antes indicadas sosteniendo que no existe norma internacional evidente sobre el derecho a la doble nacionalidad.⁹⁷

94 VAN WAAS Laura, *Nationality Matters: Statelessness under International Law*, Intersentia, Antwerpen, 2008, p. 97.

95 Artículo 34 de la Constitución de 1999. La Constitución de Venezuela de 1961, sí establecía que *la nacionalidad venezolana se pierde por la adquisición voluntaria de otra* (Art 39). Pero paradójicamente, de aplicarse esa norma los tribunales en cuestión tendrían que haber concluido que las únicas nacionalidades efectivas eran la alemana y española, respectivamente, por haber sido adquiridas con posterioridad a la venezolana.

96 Art 10 (3) del TBI Alemania-Venezuela, y Art. XI (4. C) del TBI España-Venezuela.

97 Corte Permanente de Arbitraje, Comisión de Reclamaciones Eritrea-Etiopía, *Partial Award, Civilians Claims, Eritrea's Claims 15, 16, 23 and 27-32, between the State of Eritrea and the Federal Democratic Republic of Ethiopia*, 17 de diciembre de 2004.

Precisamente el tribunal del caso *Fraiz* hace este cuestionamiento para justificar su proceder.⁹⁸

Comencemos por aclarar que el cuestionamiento relativo a que no existe una norma internacional evidente sobre *el derecho a la doble nacionalidad* está mal formulado. Está mal formulado porque la nacionalidad es un derecho individual, como lo es también, por ejemplo, la propiedad. No existe una norma internacional evidente sobre el “derecho a la doble o múltiple propiedad”, pero evidentemente toda persona puede adquirir más de un bien, mueble o inmueble —al menos en los sistemas democráticos y de libre mercado— y cada una de esas adquisiciones, de ser legítimas, involucra por sí misma todos los atributos del derecho de propiedad.

La idea de que la nacionalidad es solo un beneficio concedido por el Estado, ha perdido vigencia. Como estableció la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

*“The classic doctrinal position, which viewed nationality as an attribute granted by the State to its subjects, has gradually evolved to a conception of nationality which, in addition to being the competence of the State, is a human right.”*⁹⁹

En el mismo sentido, la Comisión de Derecho Internacional en sus comentarios al Borrador de Artículos sobre la Nacionalidad de Personas Naturales en relación con la Sucesión de Estados apuntó:

*“The evolution of international human rights law has significantly altered the classical doctrine on the preponderance of States’ interests over the interests of individuals”.*¹⁰⁰

De allí que, la cuestión no es si existe en el derecho internacional un hipotético “derecho a la doble nacionalidad”, sino si cada una de esas nacionalidades ha sido adquirida de manera legítima convirtiéndose en un derecho individual con rango de derecho humano fundamental.

D) Indebida aplicación del sistema de protección diplomática:

La CIJ en el caso *Ahmadou Sadio Diallo* indicó el declive del sistema de la protección diplomática en los siguientes términos:

“The Court is bound to note that, in contemporary international law, the protection of the rights of companies and the rights of their shareholders, and the settlement of the associated disputes, are essentially governed by bilateral or multilateral agreements for the protection of foreign investments, such as the treaties for the promotion and protection of foreign investments, and the Washington Convention of 18 March 1965 on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, which created an International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID),

98 *Fernando Fraiz c. la República Bolivariana de Venezuela*, Caso CPA núm. 2019-11, Laudo final del 31 de enero de 2022, § 387: “No obstante, el Demandante no ha alegado, ni este Tribunal ha podido identificar, una regla de derecho internacional distinta de la de nacionalidad efectiva y dominante que sea relevante a fines del artículo 31 de la CVDI. En cualquier caso, este Tribunal tiene la convicción de que esa hipotética regla no es la protección a todo evento de dobles nacionales.”, § 387.

99 Advisory Opinion OC-4/84 of January 19, 1984. Series A No. 4, § 35. Cf. *Proposed Amendments to the Naturalization Provision of the Constitution of Costa Rica*. Asimismo, *Case of the Girls Yean and Bosico v. Dominican Republic*, Judgment of September 8, 2005, § 138.

100 MOLNÁR Tamás, “The Prohibition of Arbitrary Deprivation of Nationality under International Law and EU Law: New Perspectives”, pp. 70-71.

and also by contracts between States and foreign investors. In that context, the role of diplomatic protection somewhat faded, as in practice recourse is only made to it in rare cases where treaty régimes do not exist or have proved inoperative".¹⁰¹

El propio tribunal del caso *Heemsen* reconoce que: "*la sociedad internacional ha evolucionado desde los inicios del pasado siglo y que el principio de irresponsabilidad internacional del Estado respecto de sus propios nacionales se aplica cada vez menos, en particular debido a la adopción de varios convenios internacionales de protección de los derechos humanos*".¹⁰²

Sin embargo, el Tribunal del caso *Fraiz* "*estima que las reglas pertinentes para interpretar el TBI en materia de dobles nacionales no son las de derechos humanos, sino las reglas generales de derecho internacional recogidas en el ámbito de la protección diplomática*".¹⁰³ Con esta aseveración, se omite que el sistema de protección diplomática no consagra derechos individuales, pues, son los Estados quienes deciden discrecionalmente si la ejercen o no. Se olvida que la protección diplomática confiere una potestad a los Estados, y no un derecho a sus nacionales. En cambio, en el sistema de protección de inversiones, los nacionales sí tienen derechos y estándares de protección de sus inversiones, y conforme a ellos pueden demandar directamente a un Estado ante un foro internacional.

Esta diferenciación cobra importancia cuando se trata de aplicar principios. Los Estados, y los organismos públicos en general, tienen potestades o atribuciones en la medida en que estas estén consagradas en normas jurídicas (principio de legalidad), mientras que en la esfera de los derechos del individuo rige el principio de que estos pueden realizar todo aquello no esté prohibido ("*nullum crimen nulla poena sine lege*"). De allí que, cuando el derecho internacional, y específicamente un tratado, contempla, por un lado, potestades estatales, y por otro, derechos individuales, resulta incompatible aplicar a la esfera de los derechos del individuo doctrinas o principios aplicables a las potestades o prerrogativas estatales.

En el arbitraje de inversiones, los derechos del inversor —incluido el derecho fundamental de la nacionalidad— deben ser analizados a la luz de los principios aplicables a los *derechos individuales* y no con base los principios aplicables a las *prerrogativas estatales*.

IV. CONCLUSIÓN

- 1) La idea de que la múltiple nacionalidad es un mal que debe ser evitado o eliminado en interés de los Estados, ha dejado de tener vigencia.
- 2) En 1960, menos de un tercio de los Estados aceptaban la doble nacionalidad. Para el 2018, ya tres cuartas partes de los Estados aceptaban la multiplicidad de nacionalidades. Un nueva etapa está en pleno desarrollo evidenciando enfoques significativamente distintos y favorables hacia la multiplicidad de nacionalidades. En la actualidad estamos presenciando un cambio de paradigma que algunos árbitros todavía se resisten a reconocer.

101 *Case Concerning Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea c. Democratic Republic of the Congo)* (preliminary objections), I.C.J. Reports 2007, ¶ 88.

102 *Enrique Heemsen y Jorge Heemsen c. República Bolivariana de Venezuela*, (Caso CPA No. 2017-18), Laudo de Jurisdicción, 29 de octubre de 2019, § 429.

103 *Fernando Fraiz c. la República Bolivariana de Venezuela*, Caso CPA núm. 2019-11, Laudo final del 31 de enero de 2022, § 344.

- 3) Cuando un tribunal de inversiones dice aplicar el "*principio de la nacionalidad efectiva y dominante*," en realidad lo que está haciendo es desconociendo una de las nacionalidades del reclamante.
- 4) La nacionalidad es un derecho humano fundamental.
- 5) El desconocimiento de la nacionalidad que no se corresponda con una norma legal expresa y no responda a una finalidad legítima es arbitrario y, por consiguiente, está prohibido por ser violatorio de un derecho humano fundamental.