

**Asamblea General**

Distr. general
20 de abril de 2000
Español
Original: francés/inglés

Comisión de Derecho Internacional**52° período de sesiones**

Ginebra, 1° de mayo a 9 de junio y

10 de julio a 18 de agosto de 2000

Primer informe sobre la protección diplomática**John R. Dugard, Relator Especial****Adición****Índice**

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
Nacionalidad continua y transferibilidad de las reclamaciones	1–30	2
Artículo 9	1–30	2
Comentario	1–30	2
1. La formulación clásica de la regla y su justificación	2–4	3
2. Posición de la regla.	5–11	4
3. Incertidumbre acerca del contenido de la norma	12–17	10
4. Objeciones en materia de jurisprudencia y de política a la norma de la continuidad	18–23	13
5. Conclusión.	24–30	16

Nacionalidad continua y transferibilidad de las reclamaciones

Artículo 9

1. Cuando una persona perjudicada haya sufrido un cambio de nacionalidad de buena fe después de un perjuicio, el nuevo Estado de nacionalidad podrá ejercer la protección diplomática en nombre de esa persona con respecto al perjuicio, siempre que el Estado de la nacionalidad original no haya ejercido ni esté ejerciendo la protección diplomática respecto de la persona perjudicada en el momento en que se produjo el cambio de nacionalidad.
2. Esta regla vale cuando la reclamación se ha transferido de buena fe a una persona o a personas que poseen la nacionalidad de otro Estado.
3. Ni el cambio de nacionalidad de la persona perjudicada ni la transferencia de la reclamación a un nacional de otro Estado afectan el derecho del Estado de la nacionalidad original a presentar una reclamación en su propio nombre por perjuicio de sus intereses generales sufridos en virtud del daño hecho a la persona perjudicada cuando ésta todavía era nacional de ese Estado.
4. La protección diplomática no podrá ser ejercida por un nuevo Estado de nacionalidad contra un Estado de nacionalidad anterior con respecto a un perjuicio sufrido por una persona cuando ésta era nacional del Estado de la nacionalidad anterior.

Comentario

1. Oppenheim enuncia la regla relativa a la continuidad de la nacionalidad como sigue:

“Desde el momento en que ocurrió el perjuicio hasta el momento del laudo, la reclamación debe haber pertenecido continuamente y sin interrupción a una persona o a una serie de personas a) que tengan la nacionalidad del Estado que presenta la reclamación y b) que no tengan la nacionalidad del Estado contra quien se presenta.”¹

Aunque esta regla está bien establecida en la práctica de los Estados y ha recibido apoyo en muchas decisiones judiciales, puede causar grave injusticia cuando el individuo perjudicado ha sufrido de buena fe un cambio de nacionalidad, no relacionado con la presentación de una reclamación internacional, después que ha ocurrido el perjuicio, como consecuencia, por ejemplo, de naturalización voluntaria o involuntaria (por ejemplo por matrimonio), cesión de territorio o sucesión de Estados. Doctrinalmente es difícil conciliar la regla con la ficción de Vattel de que un perjuicio a un nacional es un perjuicio al Estado mismo, porque esto asignaría la reclamación al Estado de la nacionalidad una vez que el perjuicio a un nacional se hubiera hecho. La regla también está en conflicto con la tendencia moderna a ver al individuo como

¹ R. Y. Jennings y A. Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, novena edición (1992), pág. 12 (en lo sucesivo *Oppenheim's International Law*).

sujeto del derecho internacional. Por tanto es necesario reevaluar la regla de la continuidad de la nacionalidad. Este es el propósito del artículo 9.

1. La formulación clásica de la regla y su justificación

2. La regla de la nacionalidad continua se ve como “un corolario del principio de que la protección diplomática depende de la nacionalidad del individuo”². El árbitro Parker explicó la regla en *Administrative Decision No. V* en los siguientes términos:

“Es sin duda la práctica general de las naciones no patrocinar una reclamación privada contra otra nación a menos que en el punto de origen la reclamación posea la nacionalidad de la nación demandante. La razón de la regla es que la nación sufre perjuicio mediante el perjuicio hecho a su nacional y sólo ella puede demandar reparación, pues ninguna otra nación sufre perjuicio. Entre naciones, la que inflige el perjuicio de ordinario escucha sólo la demanda de la nación perjudicada. Una tercera nación no sufre perjuicio por la asignación de la reclamación a uno de sus nacionales o por la adquisición de la nacionalidad por el demandante mediante naturalización. La naturalización transfiere lealtad, pero no lleva consigo las obligaciones estatales vigentes.”³

3. La regla se justifica principalmente con el argumento de que previene el abuso por los individuos (que de lo contrario podrían elegir la protección del Estado más conveniente) y de los Estados (que de lo contrario podrían adquirir reclamaciones antiguas para ejercer presión política sobre el Estado demandado)⁴. En *Administrative Decision No. V*, el árbitro Parker declaró que:

“cualquier otra regla abriría la puerta de par en par a los abusos y podría tener el resultado de convertir a una nación fuerte en una agencia de reclamaciones en nombre de las personas que, tras sufrir perjuicios, asignaran sus reclamaciones a nacionales de esa nación o aprovecharan sus leyes de naturalización para obtener el patrocinio de sus reclamaciones.”⁵

A esto Moore añade el comentario exagerado de que la ausencia del requisito de la nacionalidad continua

“permitiría [a la persona] recurrir sucesivamente a una docena de gobiernos, a cada uno de los cuales podría transferir su lealtad, para promover su reclamación. Con tal regla el presunto gobierno deudor nunca sabría cuándo cesaría el

² W. K. Geck, “Diplomatic Protection”, en *Encyclopedia of Public International Law (E.P.I.L.)* (1992), pág. 1.055; G.I.F. Leigh, “Nationality and Diplomatic Protection” (1971) 20 *I.C.L.Q.*, pág. 456. Véase también el asunto *Ferrocarril Panevezys–Saldutiskis* (Estonia contra Lituania), 1939 *P.C.I.J.*, Serie A/B, No. 76, pág. 16.

³ (1925) *A.J.I.L.*, págs. 613 y 614.

⁴ E. M. Borchard, “The Protection of Citizens Abroad and the Change of Original Nationality” (1934) 43 *Yale Law Journal*, págs. 377a 380 (en lo sucesivo Borchard, *Change of Original Nationality*); I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, quinta edición (1998), pág. 483; E. Wyler, *La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international* (1990), págs. 35 y 36, 253 a 259; Geck, *supra*, nota 2, pág. 1.056.

⁵ *Supra*, nota 3, pág. 614. Véase también el asunto *Ambiati* (Estados Unidos contra Venezuela), J. N. Moore, 3 *International Arbitrations*, pág. 2.348.

debate sobre la reclamación. Por tanto, todos los gobiernos están interesados en restringir tales pretensiones.”⁶

4. Otra explicación del origen de la regla es que las comisiones mixtas de reclamaciones establecidas para decidir sobre los perjuicios causados a extranjeros tenían una jurisdicción limitada por los términos del convenio especial en virtud del cual habían sido establecidas y que una “interpretación estricta de los términos del convenio en general tenía por resultado la desestimación de la reclamación a menos que el demandante pudiera probar que poseía la nacionalidad del Estado demandante en el momento de presentar la reclamación”⁷. No había necesidad de insertar en los términos del convenio una cláusula relativa al requisito de la nacionalidad continua, porque las reglas ordinarias de interpretación de tratados aseguraban que la nacionalidad de la persona perjudicada era necesaria tanto en el momento del perjuicio como en el momento en que la reclamación se presentaba al adjudicador⁸.

2. Posición de la regla

5. Se afirma a menudo que la regla de la continuidad de la nacionalidad se ha vuelto una regla consuetudinaria por haber sido apoyada por tratados, la práctica de los Estados, decisiones judiciales, intentos de codificación y los escritos de los publicistas.

6. La regla ha “aparecido en innumerables tratados, por ejemplo en casi todos los 250 acuerdos sobre pagos únicos firmados después de la segunda guerra mundial”⁹. Aparece en la Declaración de Argel, que establece el Tribunal Iraní–Estadounidense de Reclamaciones, que dice que:

“por reclamaciones de nacionales del Irán o de los Estados Unidos, según corresponda, se entiende reclamaciones que pertenecen continuamente, desde la fecha en que surgió la reclamación hasta la fecha en que el presente acuerdo entre en vigor, a nacionales de ese Estado ...”¹⁰

Aparece también en las reglas de práctica de los Estados Unidos¹¹ y del Reino Unido¹². Ha sido confirmada por las decisiones de comisiones mixtas de reclamaciones,

⁶ *Digest of International Law* (1906) 633. Véase también D. C. Ohly, “A Functional Analysis of Claimant Eligibility”, en R. Lillich (ed.), *International Law of State Responsibility for Injuries to Aliens* (1983), pág. 285.

⁷ I. M. Sinclair, “Nationality of Claims: British Practice” (1950) 27 *B.Y.I.L.*, pág. 127. Véase también R. Y. Jennings, “General Course on Principles of International Law” (1967 II), pág. 121, *Recueil des Cours*, págs. 476 y 477. Jennings, basándose en Sinclair, dice que hay buenas razones para sostener que la regla de la nacionalidad continua de las reclamaciones es de procedimiento y no de fondo.

⁸ Wyler, *supra*, nota 4, págs. 259 a 262; D. P. O'Connell, *International Law*, segunda edición (1970), pág. 1.037.

⁹ Geck, *supra*, nota 2, pág. 1.055. Véase también Sinclair, *supra*, nota 7, pág. 142; Wyler, *supra*, nota 4, págs. 43 a 48.

¹⁰ Declaración del Gobierno de la República Argelina Democrática y Popular sobre la determinación de reclamaciones del Gobierno de los Estados Unidos de América y del Gobierno de la República Islámica del Irán (1981), 20 *I.L.M.*, pág. 230.

¹¹ En 1982 el Subsecretario de Estado para las Relaciones con el Congreso, Powell A. Moore, escribió una carta al presidente de la Comisión de Relaciones Exteriores de la Cámara de Representantes, en la que decía que “según la regla largamente establecida de la nacionalidad continua, un reclamante no tiene derecho a la protección diplomática del Estado cuya asistencia solicita a menos que dicho reclamante haya sido nacional de ese Estado en el momento en que

tribunales arbitrales y tribunales internacionales¹³. Por ejemplo, en la reclamación de *Kren*, la Comisión Yugoslavo–Estadounidense de Reclamaciones sostuvo en 1953 que:

“Es un principio bien establecido del derecho internacional que para justificar el patrocinio diplomático una reclamación debe tener origen nacional; que debe, en su comienzo, pertenecer a las personas a quienes el Estado debe protección y que deben lealtad al Estado (Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, pág. 666). Además, aunque el carácter nacional sea inherente a una reclamación perteneciente a un ciudadano de un Estado en su comienzo, ordinariamente la reclamación debe seguir siendo nacional en el momento de su presentación, según la mayoría de las autoridades (Borchard, *supra*, pág. 666), y hay acuerdo general en que debe tener continuidad de nacionalidad hasta que se presente (Feller, *The Mexican Claims Commission*, pág. 96)”¹⁴.

nació la reclamación y continuamente después hasta la presentación de la reclamación. De hecho, la reclamación debe ser una reclamación nacional no sólo en el momento de la presentación, sino también en el momento en que se sufrió el daño o pérdida” ((1982) 77 A.J.I.L., pág. 836).

- ¹² En 1985, el Gobierno británico publicó sus reglas aplicables a las reclamaciones internacionales. Entre ellas están las siguientes reglas:

“Regla I

El Gobierno de Su Majestad no aceptará la reclamación a menos que el reclamante sea nacional del Reino Unido y lo haya sido en el momento del perjuicio.

Observación. Para que una reclamación sea sostenible, el derecho internacional requiere que el reclamante haya sido nacional del Estado que presenta la reclamación en el momento en que ocurrió el perjuicio y continuamente después hasta la fecha de presentación oficial de la reclamación. Sin embargo, en la práctica ha sido suficiente hasta ahora demostrar la nacionalidad en el momento del perjuicio y en el momento de la presentación de la reclamación (véase ‘Nationality of Claims: British Practice’, de I. M. Sinclair: (1950) XXVII B.Y.B.I.L. 125–144) ...

Regla II

Cuando el reclamante se ha hecho o deja de ser nacional del Reino Unido después de la fecha del perjuicio, el Gobierno de Su Majestad puede en un caso adecuado aceptar su reclamación de acuerdo con el Gobierno del país de su nacionalidad anterior o posterior ...

Regla XI

Cuando el reclamante ha muerto desde la fecha del perjuicio sufrido por él o en sus bienes, sus representantes personales pueden solicitar alivio o reparación por el perjuicio en nombre de su patrimonio. Esta reclamación no debe confundirse con una reclamación hecha por una persona a cargo de la persona difunta por razón de los daños resultantes de su muerte.

Observación. Cuando los representantes personales tienen nacionalidad diferente del reclamante original, las reglas enunciadas probablemente se aplicarán como si se tratara de un sólo reclamante que había cambiado su nacionalidad.”

Véase (1988) 37 I.C.L.Q., págs. 1.006 a 1.008. Véase además sobre la práctica británica, Sinclair, *supra*, nota 7, pág. 131 a 144.

- ¹³ *Minnie Stevens Eschauzier* (Gran Bretaña contra los Estados Unidos Mexicanos), 5 R.I.A.A., pág. 209; reclamación *Stevenson*, 9 R.I.A.A., pág. 494; asunto *Milani*, 10 R.I.A.A., pág. 591; asunto *Gleadell*, 5 R.I.A.A., pág. 44; reclamación *Bogovic*, 21 I.L.R., pág. 156.

- ¹⁴ 20 I.L.R., pág. 234.

La Corte Permanente de Justicia Internacional fue menos explícita en su apoyo de la regla en el asunto *Ferrocarril Panevezys–Saldutiskis*, pero indicó claramente en un asunto relacionado con la regla de la continuidad de la nacionalidad que la protección diplomática estaba limitada a la protección de los nacionales y que “cuando el perjuicio se ha hecho al nacional de otro Estado, la reclamación que resulte de tal perjuicio no entra en el ámbito de la protección diplomática”¹⁵. En fecha más reciente la regla ha sido reafirmada por el Tribunal Iraní–Estadounidense de Reclamaciones¹⁶.

7. Se han hecho muchos intentos de codificar la regla de la continuidad de la nacionalidad. Uno de los primeros fue el Proyecto No. 16, sobre la protección diplomática, del Instituto Americano de Derecho Internacional, que en 1925 propuso que:

“Para que una reclamación diplomática sea aceptable es preciso que el individuo por el cual ha sido presentada haya sido nacional del país reclamante en la época en que se produjo el acto o hecho que da lugar a la reclamación y que lo sea también en la época en que la reclamación se presente.”¹⁷

El Proyecto de convención de 1929 sobre la responsabilidad internacional de los Estados por daños causados en su territorio a la persona o los bienes de los extranjeros preparado por la Harvard Law School decía que:

“a) Un Estado no es responsable respecto de otro Estado que interpone una reclamación a favor de uno de sus nacionales, más que cuando la reclamación ha entrañado permanentemente un interés para uno de dichos nacionales hasta el momento de ser presentada.

b) Un Estado sólo es responsable ante otro Estado que deduce una reclamación a favor de una persona que no es nacional suyo:

1) Si el beneficiario ha perdido su nacionalidad por ministerio de la ley, o

¹⁵ *Supra*, nota 2, págs. 16 y 17. En este caso la Corte declinó decidir sobre la objeción preliminar relativa a la nacionalidad continua alegando que pertenecía al fondo del asunto.

¹⁶ El requisito se ha impuesto a la reclamación más bien que al reclamante. Cuando la nacionalidad de la reclamación ha cambiado entre la fecha límite jurisdiccional mencionada en la Declaración de Argel (es decir, el 19 de enero de 1981, la fecha de entrada en vigor de la Declaración sobre la Determinación de Reclamaciones) y la fecha de presentación, la prueba de nacionalidad en la fecha límite se ha considerado suficiente a los efectos de la jurisdicción (*Gruen Associates, Inc.*, contra *Iran Housing Co. y otros* (1983), 3 I.U.S.C.T.R., pág. 97; *Sedco, Inc.*, y otros, contra *National Iranian Oil Co.* (1985) 9 I.U.S.C.T.R., pág. 248). El Tribunal ha sostenido que la fecha del perjuicio y no la fecha de la firma del contrato infringido es la fecha de comienzo necesario para la jurisdicción (*Phelps Dodge Corp. y Overseas Private Investment Corp.* contra *la República Islámica del Irán* (1986), 10 I.U.S.C.T.R., págs. 121, 126). Cuando estos requisitos no se habían cumplido, el Tribunal desestimó la reclamación por falta de jurisdicción (por ejemplo *James Ainsworth* contra *la República Islámica del Irán* (1988), 18 I.U.S.C.T.R., pág. 95; *International Systems and Controls Corporation* contra *Organización de Desarrollo y Renovación Industrial del Irán* (1986), 12 I.U.S.C.T.R., pág. 259). Sobre la jurisprudencia pertinente del Tribunal, véase G. H. Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran–United States Claims Tribunal* (1996), págs. 45 y 46, y C. N. Brower y J. D. Brueschke, *The Iran–United States Claims Tribunal* (1998), págs. 76 a 80.

¹⁷ Artículo VIII. El texto aparece en el *Anuario... 1956*, vol. II, pág. 223.

2) Si el interés en la reclamación se ha transmitido de un nacional al beneficiario por ministerio de la ley.”¹⁸

Un año después, el Comité Preparatorio de la Conferencia de La Haya de 1930 de Codificación del Derecho Internacional formuló una regla más restrictiva en la Base de discusión No. 28:

“El Estado no puede reclamar una indemnización pecuniaria respecto del daño sufrido por un particular en el territorio de un Estado extranjero, a menos que dicho particular tenga la nacionalidad del Estado demandante en el momento en que se haya causado el daño y la conserve hasta tanto se decida la reclamación.

...

En caso de fallecimiento de la persona lesionada, la reclamación de una indemnización pecuniaria que ya haya sido presentada por el Estado de la nacionalidad de dicha persona, solamente puede mantenerse en beneficio de aquellos causahabientes que sean nacionales de ese Estado y en la medida de su interés.”¹⁹

El requisito de continuidad apareció nuevamente en el tercer informe sobre la responsabilidad de Estados presentado por García Amador a la Comisión de Derecho Internacional, que enuncia la siguiente regla:

“1. El Estado podrá ejercitar el derecho a reclamar a que se refiere el artículo anterior siempre que extranjero tuviera su nacionalidad al momento de recibir el daño y la mantenga hasta tanto se decida la reclamación.

2. En caso de fallecimiento del extranjero, el derecho del Estado a reclamar en nombre de los sucesores o causahabientes está sujeto a las mismas condiciones.”²⁰

En 1932 el Instituto de Derecho Internacional se negó, por pequeña mayoría, a aprobar la regla tradicional sobre la continuidad de la nacionalidad²¹. Sin embargo, en 1965, el Instituto adoptó una resolución que reafirma la regla tradicional subrayando que la reclamación debe tener el carácter nacional del Estado demandante tanto en la fecha de su presentación como en la fecha del perjuicio. Por otro lado, abandonó el requisito de la continuidad entre las dos fechas. La resolución decía así:

“*Artículo 1*

a) Una reclamación internacional presentada por un Estado por perjuicio sufrido por un individuo podrá ser rechazada por el Estado al cual se presente a menos que posea el carácter nacional del Estado demandante tanto en la fecha de su presentación como en la fecha del perjuicio. Ante un tribunal (*jurisdiction*) que conozca de tal reclamación, la falta de tal carácter nacional es razón de inadmisibilidad.

¹⁸ Artículo 15; *ibíd.*, pág. 226.

¹⁹ *Ibid.*, pág. 221.

²⁰ *Anuario ... 1958*, vol. II, documento A/CN.4/111, pág. 61, artículo 21.

²¹ (1932) *Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol. 37, pág. 278. Véase además Wyler, *supra*, nota 4, pág. 41. Cf. Borchard, *Change of Original Nationality*, *supra*, nota 4. Borchard era el Relator Especial cuya propuesta de que se reafirmara la regla tradicional se rechazó.

b) Una reclamación internacional presentada por un nuevo Estado por perjuicio sufrido por uno de sus nacionales antes que dicho Estado hubiera alcanzado la independencia no puede rechazarse ni declararse inadmisibles en virtud del párrafo precedente simplemente porque el nacional era antes nacional del Estado anterior.

Artículo 2

Cuando el beneficiario de una reclamación internacional sea una persona distinta del individuo originalmente perjudicado, la reclamación podrá ser rechazada por el Estado al cual se presente y será inadmisibles ante el tribunal que conozca de ella a menos que posea el carácter nacional del Estado demandante tanto en la fecha del perjuicio como en la fecha de presentación.

Artículo 3

a) ...

b) Por fecha del perjuicio se entiende la fecha de la pérdida o detrimento sufrido por el individuo.

c) Por fecha de presentación se entiende, en el caso de una reclamación presentada por conductos diplomáticos, la fecha de la presentación oficial de la reclamación por un Estado y, en el caso de un recurso a un tribunal internacional (*jurisdiction*), la fecha de iniciación de la reclamación ante él.”²²

8. La mayoría de los autores son en el mejor de los casos equívocos en su apoyo a la regla de la continuidad. Pocos demuestran el entusiasmo sin reservas por la regla manifestado por Edwin Borchard, en cuya opinión las razones para sostenerla son “de validez fundamental e inexpugnable”²³. La mayoría de las opiniones varían entre un cuestionamiento del carácter consuetudinario de la regla²⁴ y la crítica de la justicia de la regla desde el punto de vista del Estado y del individuo²⁵. Wyler, en su

²² Resolución sobre el carácter nacional de una reclamación internacional presentada por un Estado por perjuicio sufrido por un individuo, período de sesiones de Varsovia, 1965, *Resolutions de l’Institut de Droit International, 1957–91* (1992), págs. 55 y 56, (1965 II) *Annuaire de l’Institut de Droit International*, vol. 51, págs. 260 a 262.

²³ Change of Original Nationality, *supra*, nota 4, pág. 373. Véanse también págs. 300 y 377 a 380. Véase además E. M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims* (1915), págs. 660 a 667 (en lo sucesivo Borchard, *Law of International Claims*).

²⁴ O’Connell, *supra*, nota 8, pág. 1.036.

²⁵ G. Balladore-Pallieri, “La determinazione internazionale della cittadinanza ai fini dell’esercizio della protezione diplomatica”, en *Scritti di diritto internazionale in onore di Tomaso Perassi* (1957), vol. 1, pág. 123; Geck, *supra*, nota 2, págs. 1.055 y 1.056; H. F. van Panhuys, *The Role of Nationality in International Law: An Outline* (1959), pág. 90; C. Joseph, *Nationality and Diplomatic Protection — The Commonwealth of Nations* (1969), pág. 29; Ohly, *supra*, nota 6, pág. 72; Brownlie, *supra*, nota 4, pág. 483.

Ohly ha sostenido que

“dejando sin reparación tales reclamaciones, la aplicación estricta de la doctrina de la nacionalidad continua permite que la conducta internacional ilícita quede sin castigo, recompensando al Estado cuyos actos dieron origen a la reclamación con un nuevo incentivo para conducirse en forma análogamente ilícita en el futuro.” (*supra*, nota 6, pág. 286)

amplio estudio, concluyó correctamente que pocos juristas estaban dispuestos a defender la regla sin reservas²⁶.

9. La regla de la continuidad de la nacionalidad ha sido apoyada por *algunas* decisiones judiciales, *algunas* prácticas de Estados, *algunos* intentos de codificación y *algunos* escritores académicos. Por otro lado, hay fuerte oposición a ella.

10. En *Administrative Decision No. V*, el árbitro Parker declaró repetidamente que el requisito de la nacionalidad continua no era un principio general del derecho internacional. Dijo:

“No siempre se ha seguido la práctica general de las naciones de no patrocinar una reclamación privada contra otra nación que no posea en su punto de origen la nacionalidad de la nación demandante. Y esa parte de la supuesta regla invocada por el agente alemán que requiere que la reclamación posea continuamente la nacionalidad de la nación que la presenta, desde su origen hasta el momento de la presentación o incluso hasta el momento de la adjudicación definitiva por el tribunal autorizado, no está de ningún modo tan claramente establecida como la que se refiere a la nacionalidad original. Algunos tribunales han declinado seguirla. Otros la han seguido, pero han impugnado su justificación.”²⁷

En 1932 el Instituto del Derecho Internacional no pudo llegar a un acuerdo sobre la regla de la continuidad. La propuesta del Relator Especial Borchard de que se apoyara la regla fue impugnada enérgicamente por Politis, que declaró:

“El Relator se basa en la práctica de la diplomacia y la jurisprudencia para enunciar la regla de que no se debe dar protección o de que la protección ya no puede ejercerse cuando la persona perjudicada ha cambiado de nacionalidad desde la fecha del perjuicio. La situación real es completamente diferente. En gran número de casos se ha aplicado una teoría contraria. En verdad, la protección debería ejercerse en favor del individuo, sin tener en cuenta el cambio de nacionalidad, salvo cuando el individuo hace una reclamación contra el gobierno de su origen, o ha decidido adquirir una nueva nacionalidad sólo con un fin fraudulento, solicitando la protección de un gobierno fuerte, capaz de ejercer más influencia en favor de su reclamación. La objeción presentada por el Relator de la dificultad de probar el fraude no es concluyente. La práctica diplomática presenta muchos casos en que ha sido posible presentar una prueba de este tipo; hay casos famosos, principalmente en materia de divorcio, en los cuales el fraude se consideró demostrado y por consiguiente no se tuvo en cuenta el cambio de nacionalidad, que se había efectuado.”²⁸

Esta falta de consenso influyó en la opinión disidente de van Eysinga en el asunto *Ferrocarril Panevezys–Saldutiskis* de que la práctica de la continuidad no había “cristalizado” en una regla general²⁹.

²⁶ *Supra*, nota 4, págs. 228 a 231. Véase también Joseph, *supra*, nota 25, págs. 26 a 29.

²⁷ *Supra*, nota 3, pág. 614.

²⁸ (1932) *Anuaire de l'Institut de Droit International* (período de sesiones de Oslo), págs. 487 a 488. Para la respuesta de Borchard véase *supra*, nota 4. Para una exposición de esta cuestión, véase el informe de Brigg al período de sesiones de 1965 del Instituto de Derecho Internacional: (1965 II) *Anuaire de l'Institut de Droit International* (período de sesiones de Varsovia), págs. 108 a 114.

²⁹ *Supra*, nota 15, págs. 34 y 35.

11. Las propuestas de codificación son análogamente divergentes en el apoyo a la regla. El proyecto de convención de Harvard sobre la responsabilidad internacional de los Estados por los daños causados a extranjeros, de 1960, proponía que:

“Un Estado tiene el derecho de presentar o sostener una reclamación en nombre de una persona sólo mientras dicha persona sea nacional de ese Estado. No se impedirá a un Estado presentar una reclamación en nombre de una persona por razón del hecho de que la persona se haya hecho nacional de ese Estado después del perjuicio.

El derecho de un Estado de presentar o sostener una reclamación termina si en cualquier momento del período comprendido entre el perjuicio original y el laudo o solución definitivo, el extranjero perjudicado, o el beneficiario del interés en la reclamación en que tiene tal interés, se vuelve nacional del Estado contra el cual se presenta la reclamación.”³⁰

En época más reciente, Orrego Vicuña, Relator Especial del Comité sobre Protección Diplomática de la Asociación de Derecho Internacional, ha hecho la siguiente propuesta:

“8. Puede prescindirse de la continuidad de la nacionalidad en el contexto de los mercados mundiales financieros y de servicios y de las operaciones relacionadas con ellos o en otras circunstancias especiales. En tal contexto, el perjuicio sigue al individuo a pesar de los cambios de nacionalidad y lo mismo vale para su derecho a presentar la reclamación.

...

9. La transferibilidad de las reclamaciones debe facilitarse a fin de cumplir la norma enunciada en el párrafo 8 *supra*.

...

10. Sólo el Estado de la última nacionalidad debe poder presentar una reclamación en virtud de la regla enunciada en el párrafo 8 *supra*. Esta reclamación no se hará contra el Estado de la nacionalidad anterior. Es necesario que los cambios de nacionalidad y la transferibilidad de las reclamaciones se hagan de buena fe.”³¹

3. Incertidumbre acerca del contenido de la norma

12. La dudosa situación del requisito de la continuidad de la nacionalidad como norma consuetudinaria queda recalcada por las incertidumbres que rodean su contenido. No está claro qué debe entenderse por fecha del perjuicio, nacionalidad,

³⁰ Párrafos 6 y 7 del artículo 23, en L. B. Sohn y R. R. Baxter, “Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens”, (1961) 55 *A.J.I.L.*, pág. 579. Véase también el párrafo 2 del artículo 24, que dice así:

“Un Estado no queda relevado de su responsabilidad por haber impuesto su nacionalidad, total o parcialmente, al extranjero perjudicado o a cualquier otro beneficiario del interés en su reclamación, salvo cuando la persona interesada haya dado su consentimiento o cuando la nacionalidad se haya impuesto en relación con una transferencia de territorio. No es necesario que tal consentimiento sea expreso ...”

³¹ *The Changing Law of Nationality of Claims*: informe final presentado al Comité sobre Protección Diplomática de la Asociación de Derecho Internacional. Manuscrito no publicado, pág. 27, reglas 8 a 10.

continuidad y *dies ad quem* (la fecha hasta la que se requiere la continuidad a efectos de la reclamación).

13. Por “fecha del perjuicio”³² se entiende usualmente la fecha en que tuvo lugar el acto lesivo o la omisión del demandado que causó daños a un nacional del Estado reclamante. El inciso b) del artículo 3 de la resolución 1965 del Instituto de Derecho Internacional confirmó esta interpretación. Sin embargo, se ha expuesto otro argumento en virtud del cual el *dies a quo* es aquel en que se produjo el acto delictivo internacional, es decir, la fecha en que el Estado demandado no pagó la indemnización o la fecha de la denegación de justicia³³. Sin embargo, los tribunales internacionales se han negado a establecer una distinción de esa índole³⁴.

14. Otra cuestión que se ha planteado con respecto al requisito de la nacionalidad en el momento de producirse el perjuicio es la definición de nacional. Se ha mantenido ante distintas comisiones de reclamación que una declaración de intenciones de hacerse nacional, emitida en el momento de producirse el perjuicio, debería ser suficiente para satisfacer la norma de la nacionalidad continua. Aunque la Comisión de Reclamaciones Generales Estados Unidos–México aceptó en cierta ocasión esta declaración de intenciones, apoyada por la residencia en el nuevo Estado de la nacionalidad, como equivalente a la nacionalidad de origen a efectos de la reclamación, subsiguientes comisiones de reclamaciones internacionales no han considerado esta tesis satisfactoria³⁵.

15. El término “continuidad de la nacionalidad” puede resultar confuso, ya que en la práctica pocos intentos se hacen por establecer la continuidad de la nacionalidad, desde la fecha del perjuicio hasta la fecha de presentación de la reclamación. Sólo se consideran estas dos fechas³⁶. Por consiguiente, las propuestas del Instituto Americano de Derecho Internacional, de 1925³⁷, y del Instituto de Derecho Internacional de 1965³⁸, requieren que el titular de la reclamación haya sido nacional del Estado reclamante en el momento de producirse el perjuicio y al presentar la reclamación, únicamente. De este modo, una reclamación puede ser patrocinada por el Estado de la nacionalidad original si, tras subsiguientes cambios de nacionalidad del titular de la reclamación o la transferencia de ésta a nacionales de otros Estados, la reclamación termina teniendo como titular a un nacional del Estado cuya nacionalidad tenía la persona perjudicada en el momento de producirse el hecho lesivo. Sin embargo, la importancia práctica de esta norma es cuestionable. Esta circunstancia fue subrayada por Briggs en su informe al Instituto de Derecho Internacional de 1965:

“Si la jurisprudencia de los tribunales internacionales ha establecido de este modo la norma de que una reclamación, para ser admitida, tiene que tener la nacionalidad del Estado demandante, tanto en el origen como en la fecha de la presentación a un tribunal internacional, ¿existe acaso una condición suplementaria, es decir: que una reclamación de esa índole debe haber tenido *continuamente* la nacionalidad entre estas dos fechas? Es raro que un problema de

³² En general véase para este tema, Wyler, *supra*, nota 4, pág. 53.

³³ Joseph, *supra*, nota 25, pág. 25.

³⁴ Bochar, *Law of International Claims*, *supra*, nota 23, pág. 663.

³⁵ *Ibid.*, 662 y 663; Wyler, *supra*, nota 4, pág. 91.

³⁶ Véase Joseph, *supra*, nota 25, págs. 24 a 26, que considera la continuidad como un tercer requisito aparte.

³⁷ *Supra*, nota 17.

³⁸ *Supra*, nota 22.

ese género se plantee ante los tribunales. En la mayor parte de los asuntos en los que un tribunal internacional ha declarado, *in expressis verbis*, que una reclamación debería ser “continuamente” nacional, desde el origen hasta su presentación, se tenía que decidir la cuestión de determinar si una reclamación poseía o no la nacionalidad del Estado demandante en alguna de las dos fechas críticas, o en ambas (véanse los asuntos *Gleadell* e *Flack*, *infra*, y el asunto *Benchiton*, *supra*). Raros y controvertidos han sido los asuntos en que un tribunal se ha encontrado con una reclamación cuyo titular poseía la nacionalidad requerida en cada una de las dos fechas críticas, pero que, entre ambas fechas, había perdido o readquirido dicha nacionalidad.”³⁹

16. La falta de acuerdo sobre el contenido de la norma de la continuidad se pone especialmente de relieve en la controversia sobre el significado que ha de darse al *dies ad quem*, la fecha hasta la cual se necesita la nacionalidad continua del titular de la reclamación. Se han sugerido y empleado las fechas siguientes como *dies ad quem*: la fecha en la que el gobierno hace suya la reclamación de su nacional, la fecha del inicio de negociaciones diplomáticas sobre la reclamación, la fecha de inicio de la reclamación, la fecha de la firma, ratificación o entrada en vigor del tratado mediante el que se remite la controversia a un tribunal de arbitraje, la fecha de presentación de la reclamación, la fecha de conclusión de la vista oral, la fecha del fallo y la fecha del arreglo⁴⁰. La importancia práctica de la controversia sobre el *dies ad quem* queda patente en el asunto de *Minnie Stevens Eschauzier*, cuya reclamación fue rechazada porque había perdido su nacionalidad británica al casarse con un nacional americano entre la presentación de la reclamación y el laudo⁴¹. La falta de acuerdo sobre el *dies ad quem* puede explicarse en gran medida por el hecho de que se han interpretado diferentes convenciones, cada una de las cuales establecía una fecha diferente. Esto fue aclarado por el árbitro Parker en la *Administrative Decision No. V*:

“Cuando se analizan las decisiones de la mayoría en estos casos, es evidente que el tribunal encargado de decidir estaba bajo el control del lenguaje del protocolo específico que regía sus actuaciones, lenguaje que limitaba su jurisdicción a reclamaciones que tenían la nacionalidad de la nación que las entablaba no sólo originalmente, sino de manera continua —en algunos casos hasta la fecha de *entablar la reclamación*, en otros hasta la fecha de su *presentación* al tribunal, en otros hasta la fecha del *fallo*, e incluso hasta la fecha del *arreglo*. Esta falta de uniformidad respecto del período de continuidad de la nacionalidad exigido a efectos jurisdiccionales viene impuesta por el lenguaje de la convención específica que se aplica en cada caso.”⁴²

Aunque esta explicación puede resultar satisfactoria, apenas ofrece evidencia de una práctica estatal establecida que pudiera constituir la base de una norma consuetudinaria.

³⁹ “La Protection Diplomatique des Individus en Droit International: La Nationalité des Reclamations”, (1965 I) *Annuaire de l’Institut de Droit International*, págs. 72 y 73. Subrayado en el original.

⁴⁰ Wyler *supra*, nota 4, págs. 75 a 80; Briggs, *supra*, nota 39, pág. 24 y siguientes; Sinclair, *supra*, nota 7, págs. 128 a 130. Brownlie *supra*, nota 4, págs. 483 y 484; G. Schwarzenberger, *International Law*, tercera edición, (1957), vol. 1, págs. 597 y 598; F. V. García Amador, *The Changing Law of International Claims* (1984), pág. 504.

⁴¹ *Supra*, nota 13.

⁴² *Supra*, nota 3, págs. 616 y 617. Subrayado en el original.

17. El elemento de la norma de la nacionalidad continua que ha suscitado menos controversia es el requisito de que la reclamación debe haberse originado en un perjuicio infligido a un nacional del Estado reclamante. En opinión de Borchard:

“Pocos principios de derecho internacional están más firmemente establecidos que la norma de que una reclamación, a fin de justificar apoyo diplomático, debe haber tenido en su origen como titular a un ciudadano ... Este principio de que la reclamación debe ser nacional en origen dimana de la relación recíproca entre el gobierno y sus ciudadanos, de sus deberes respectivos de protección y fidelidad. Apoyar una reclamación, originalmente extranjera, por el simple hecho de que fue a parar a un ciudadano convertiría al gobierno en una especie de agente de reclamaciones.”⁴³

Por consiguiente, un Estado no puede presentar una reclamación en nombre de un individuo que se hizo nacional por naturalización después de la fecha del perjuicio. Varias decisiones coinciden en que en ese caso se permitiría que el nuevo Estado de nacionalidad actuara como un agente de reclamaciones⁴⁴. La naturalización no produce efectos retroactivos, transfiere fidelidad, y no obligaciones. Sin embargo, cuando el perjuicio es de carácter continuo, el nuevo Estado de la nacionalidad puede presentar una reclamación⁴⁵. El mismo principio se ha aplicado a las reclamaciones de herederos extranjeros de nacionales fallecidos, la cesión de reclamaciones a cesionarios extranjeros⁴⁶ y la subrogación en materia de seguros⁴⁷. Inevitablemente, esto resulta en una falta de equidad en algunos casos.

4. Objeciones en materia de jurisprudencia y de política a la norma de la continuidad

18. Las objeciones que se formulan a la norma de la continuidad no se limitan a lo incierto de su contenido y a la falta de equidad que puede producir. Desde el punto de vista teórico, se aparta tanto de la ficción de Vattel de que el perjuicio sufrido por el individuo representa una lesión al Estado mismo como de la tendencia cada vez mayor a considerar al individuo como sujeto de derecho internacional. Además,

⁴³ *Supra*, nota 23, pág. 660. Subrayado en el original. Véase también págs. 462, 627, 628, 629, 637 y 638; Geck, *supra*, nota 2, pág. 1.055; M. N. Shaw, *International Law*, cuarta edición (1997), pág. 565; Brownlie, *supra*, nota 4, pág. 483; Joseph, *supra*, nota 25, págs. 24 y 25; C. Parry, “Some Considerations upon the Protection of Individuals in International Law” (1956 II) *Recueil des Cours*, pág. 702; Sinclair, *supra*, nota 7, pág. 126; *Benchiton case*, en *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases 1923–1924*, pág. 189.

A este respecto, Schwarzenberger opina:

“A menos que en el instrumento que rige el caso se prevea una interpretación diferente, el individuo, la sociedad o el buque deben tener la nacionalidad del Estado reclamante en el momento de producirse el perjuicio (*dies a quo*). La reclamación pertenece al sujeto de derecho internacional que es quien la presenta. Si en el momento de producirse el perjuicio el individuo afectado tenía otra nacionalidad o era apátrida, no se supone que el Estado reclamante haya sufrido perjuicio alguno.” (*supra*, nota 40, pág. 597)

⁴⁴ *Decisión administrativa No. V*, *supra*, nota 3, pág. 614; caso *Ambiati*, *supra*, nota 5, pág. 2.348.

⁴⁵ Borchard, *Law of International Claims*, *supra*, nota 23, pág. 661. La noción de “acto ilícito continuo” fue planteada por Austria para proteger a los checos-germanos naturalizados en Austria después de la segunda guerra mundial, como consecuencia de la confiscación de sus bienes por Checoslovaquia; van Panhuys, *supra*, nota 25, pág. 95.

⁴⁶ Stevenson ..., *supra*, nota 13, pág. 494.

⁴⁷ Borchard, *Law of International Claims*, *supra*, nota 23, págs. 627a 629, 636 a 638; Brownlie, *supra*, nota 4, págs. 484 y 485.

existen firmes objeciones de política que se oponen al concepto. Por estas razones, el momento es idóneo para proceder a una reevaluación de la norma.

19. La protección diplomática parte de la afirmación de Vattel de que el perjuicio que sufre un nacional representa una lesión al Estado mismo⁴⁸. La lógica parecería indicar que el perjuicio que sufre un extranjero se transmite al Estado de su nacionalidad inmediatamente, en el momento que se produce el perjuicio, y que los cambios subsiguientes de persona o nacionalidad del individuo carecen de pertinencia a efectos de la reclamación⁴⁹. Sin embargo, en el asunto *Stevenson*⁵⁰ este argumento fue rechazado por la Comisión de Reclamaciones Británico–Venezolana de 1903. En ese caso, un súbdito británico, durante mucho tiempo residente en Venezuela, había sufrido un perjuicio por parte de las autoridades venezolanas. Antes de que la reclamación se sometiera a arbitraje, el nacional perjudicado falleció, y, en virtud de la ley, su reclamación pasó a su viuda, súbdita venezolana de acuerdo con la ley de Venezuela, y a sus 12 hijos, 10 de los cuales eran también súbditos venezolanos de acuerdo con la legislación de Venezuela. El agente británico adujo que en una reclamación presentada por un Estado contra otro, el Estado reclamante trata de reparar el perjuicio que ha sido infligido a él mismo, y no actúa como representante de su nacional perjudicado. Por consiguiente, el hecho de que el nacional perjudicado hubiera adquirido la nacionalidad del Estado demandado no debería resultar en un rechazo de la reclamación, que se basa en un perjuicio infligido al Estado reclamante *por conducto* de su nacional. El árbitro Plumley rechazó este argumento:

“El árbitro no tiene constancia de ningún caso en que los responsables del arbitraje entre naciones hayan recibido una petición para que se establezca el valor monetario de un perjuicio cometido a una nación, en cuanto a tal, ni de que se les haya permitido hacer una declaración en ese sentido. Aunque la posición del ilustre agente de la Gran Bretaña es indudablemente correcta, es decir, que en la base de toda reclamación de indemnización ante tribunales internacionales figura siempre el perjuicio que se ha cometido a una nación, por conducto de su nacional, como consecuencia de un acto del gobierno demandado, en las actuaciones de comisiones encargadas de estos casos existe siempre un nacional perjudicado con derecho a reclamar y recibir una compensación monetaria del gobierno infractor y demandado. En todos los casos señalados a la atención del árbitro —que ha realizado una investigación diligente en busca de antecedentes— los tribunales han exigido la presencia de un beneficiario nacional de la nación reclamante, con legítimo derecho a percibir las cantidades debidamente establecidas. Han exigido que este derecho debe concurrir en el beneficiario hasta el momento de formalizarse el tratado en que se establece y prevé el tribunal internacional ante el que ha de sustanciarse la reclamación.”⁵¹

⁴⁸ Véase el comentario al artículo 3 *supra*, A/CN.4/506, párr. 62.

⁴⁹ O’Connell, *supra*, nota 8, pág. 1.034; Geck, *supra*, nota 2, pág. 1.056; Jennings, *supra*, nota 7, págs. 475 y 476.

⁵⁰ *Supra*, nota 13, pág. 494.

⁵¹ *Ibíd.*, pág. 506.

Otras comisiones de reclamación han hecho suyo este enfoque⁵².

20. Existen razones lógicas firmes para rechazar la norma de la continuidad y reconocer simplemente como Estado reclamante al Estado de la nacionalidad en el momento de producirse el perjuicio. En efecto, esta es la solución propugnada por Wyler en *La Règle Dite de la Continuité de la Nationalité dans le Contentieux International* (1990)⁵³. Sin embargo, dicha solución no deja de tener sus puntos débiles, que son admitidos por el mismo Wyler⁵⁴. En particular, no tiene en cuenta el nuevo papel del individuo en el orden jurídico internacional.

21. Aunque el individuo todavía no esté considerado plenamente como sujeto de derecho internacional⁵⁵, los derechos fundamentales de la persona se reconocen actualmente en el derecho internacional convencional y consuetudinario. Ni la norma de la continuidad de la nacionalidad ni la noción de Vattel, que confiere exclusivamente al Estado de la nacionalidad en el momento de producirse el perjuicio el derecho de presentar una reclamación, reconocen el lugar que ocupa el individuo en el orden jurídico internacional contemporáneo. Esta circunstancia fue subrayada ya en 1932 por Politis cuando cuestionó con éxito la propuesta de Borchard de que el Instituto de Derecho Internacional adoptara la norma tradicional de la continuidad de nacionalidad⁵⁶. Subsiguientemente, algunos juristas, tales como Geck⁵⁷, O'Connell⁵⁸ y Jennings⁵⁹ han criticado la norma por motivos similares. Por consiguiente, parece preferible rechazar la doctrina de la nacionalidad continua como norma sustantiva de derecho internacional consuetudinario. Aunque la doctrina de la nacionalidad continua crea dificultades particulares en el caso de cambio involuntario de nacionalidad, como sucede en los casos de sucesión de Estados, no sería acertado rechazarla únicamente en esas circunstancias. El matrimonio, por ejemplo, puede presuponer un cambio de nacionalidad de carácter involuntario, pero no parece existir una buena razón por la que debería afectar al funcionamiento de la norma de la nacionalidad de las reclamaciones de manera diferente a los casos de sucesión de Estados⁶⁰.

22. El artículo 3 del presente proyecto de artículos afirma el derecho exclusivo del Estado de la nacionalidad de ejercer la protección diplomática en nombre de un nacional ilegalmente perjudicado, principalmente sobre la base de que es la manera más eficaz de proteger a la persona. El artículo 9 no se aparta de este principio al permitir al nuevo Estado de la nacionalidad incoar procedimientos en nombre del individuo. Sin embargo, al permitir que la reclamación se adapte al cambio de circunstancias de la persona, introduce un elemento de flexibilidad en la

⁵² En el caso *Milani*, la Comisión italo-venezolana declaró:

“Aunque es cierto que un perjuicio infligido a un ciudadano equivale a un perjuicio a la nación, sin embargo, el reclamante ante un tribunal internacional ordinariamente es la nación en nombre de su ciudadano. Rara vez cabe afirmar que la nación tiene a ese respecto un derecho que sobrevive incluso cuando la persona deja de ser nacional suyo.” (*supra*, nota 13, pág. 591) Véase también el asunto *Studer* examinado por Hurst, en (1926) 7 *B.Y.I.L.*, pág. 168.

⁵³ *Supra*, nota 4, pág. 264.

⁵⁴ *Ibíd.*

⁵⁵ *Supra*, párr. 1.

⁵⁶ *Supra*, nota 28. Véase también F. V. García Amador, primer informe, *Yearbook ...*, 1956, vol. II, documento A/CN.4/96, pág. 194.

⁵⁷ *Supra*, nota 2, pág. 1.055.

⁵⁸ *Supra*, nota 8, págs. 1.034 a 1.036.

⁵⁹ *Supra*, nota 7, págs. 476 y 477.

⁶⁰ O'Connell, *supra*, nota 8, pág. 1.036; van Panhuys, *supra*, nota 25, págs. 92 a 94.

interposición de reclamaciones que concede un mayor reconocimiento de los derechos del individuo, reconociendo al mismo tiempo que el Estado es probablemente el protector más eficaz de los derechos individuales.

23. La principal razón de política en que se sustenta la norma de la nacionalidad continua es que impide el abuso de la protección diplomática⁶¹. Actualmente, la sugerencia formulada por Moore en el sentido de que sin esta norma una persona perjudicada “puede pedir sucesivamente a una docena de gobiernos, a cada uno de los cuales puede transferir su fidelidad, que insistan en su reclamación”⁶² se considera, con razón, extravagante. Los Estados modernos observan mucha cautela al otorgar la nacionalidad y generalmente exigen períodos prolongados de residencia antes de que pueda considerarse la naturalización. Es ridículo dar por sentado, o incluso sugerir, que las poderosas naciones industrializadas, que son las más capaces de llevar a efecto una reclamación de protección diplomática, podrían de manera fraudulenta conceder la naturalización a fin de “adquirir” una reclamación⁶³. Incluso en ese caso, el Estado demandado podría la mayoría de las veces plantear con éxito la falta de un vínculo genuino, como sucedió en el asunto *Nottebohm*⁶⁴, como una causal para paralizar la acción del Estado reclamante⁶⁵. En su opinión separada en el asunto *Barcelona Traction*, Sir Gerald Fitzmaurice declaró:

“Una aplicación demasiado rígida y generalizada de la norma de la continuidad puede llevar a situaciones en que importantes intereses no quedan protegidos, personas perjudicadas no pueden hacer valer sus derechos, y los daños quedan sin reparar, y ello no por cuestiones relativas al fondo de la reclamación, sino por consideraciones puramente formales que hacen que ningún Estado tenga un título legítimo para actuar. Esta situación resulta menos aceptable hoy en día, ya que lo que se ha considerado siempre como otra gran justificación de la norma de la continuidad (incluso a veces como la fuente y el origen mismos de esta norma) ha perdido una gran parte de su valor: deseo referirme a la necesidad de impedir los abusos que se producirían si las reclamaciones pudieran cederse a título oneroso a los súbditos de Estados poderosos, de manera que los gobiernos de esos últimos Estados pudieran imponer la aceptación al Estado demandado.”⁶⁶

5. Conclusión

24. La “norma” tradicional de la nacionalidad continua ha perdido su utilidad. No tiene lugar en un mundo en que los derechos del individuo se reconocen en el ámbito del derecho internacional y en donde no es fácil cambiar de nacionalidad. Es difícil no coincidir con el comentario final de Wyler:

“En todo caso, la protección diplomática vería cómo aumenta su eficacia de manera notable si se la despojara de la norma de la continuidad.”⁶⁷

⁶¹ *Supra*, párr. 3.

⁶² *Supra*, nota 6.

⁶³ Van Panhuys, *supra*, nota 25, pág. 92.

⁶⁴ 1955, *I.C.J. Reports*, pág. 23.

⁶⁵ Véase Ohly, *supra*, nota 6, págs. 288 y 289.

⁶⁶ Asunto *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited*, 1970 *I.C.J. Reports*, págs. 101 y 102. Véase también Ohly, *supra*, nota 6, pág. 286.

⁶⁷ *Supra*, nota 4, pág. 268.

El artículo 9 trata de liberar a la institución de la protección diplomática de las trabas que le impone la norma de la continuidad y de establecer un régimen flexible que se ajuste al derecho internacional contemporáneo, pero, al mismo tiempo, tiene en cuenta los temores y los posibles abusos que motivaron la aceptación de esa norma.

25. El párrafo 1 del artículo 9 permite a un Estado interponer una reclamación en nombre de una persona que ha adquirido su nacionalidad de buena fe tras haber sufrido un perjuicio atribuible a un Estado que no sea su Estado de la nacionalidad anterior, siempre que el Estado de la nacionalidad original no haya ejercido o no esté ejerciendo protección diplomática respecto del perjuicio.

26. Varios factores aseguran que la norma no conducirá a la inestabilidad y al abuso. En primer lugar, se reconoce, de conformidad con la ficción de Vattel que debe darse prioridad a la reclamación interpuesta por el Estado de la nacionalidad original. Sólo cuando no se da este supuesto y el individuo cambia de nacionalidad cabe afirmar que la reclamación sigue al individuo. En segundo lugar, la persona perjudicada que cambia de nacionalidad no puede elegir al Estado que debe actuar en su nombre: el Estado de la nacionalidad original o el nuevo Estado de la nacionalidad. Sólo el nuevo Estado de la nacionalidad puede interponer una reclamación, y ello únicamente cuando dicho Estado decida ejercer esa opción.

27. En tercer lugar, la nueva nacionalidad debe haber sido adquirida de buena fe⁶⁸. Cuando se adquiere una nacionalidad con el único propósito de obtener un nuevo Estado protector, normalmente se considerará como prueba de naturalización de mala fe⁶⁹. La crítica de Borchard, formulada en 1934, de que de ese modo “se confunde el motivo con la ilegalidad o la mala fe”⁷⁰ no deja de plantear una cuestión de fondo. Sin embargo, en un mundo posterior al asunto *Nottebohm* no es probable que un Estado incoe procedimientos en nombre de un nacional naturalizado cuando haya indicios de que la naturalización no se ha obtenido de buena fe, ni cuando no existe un factor de vinculación entre el individuo y el Estado.

28. El párrafo 2 del artículo 9 extiende el principio anterior a la transferencia de reclamaciones.

29. El párrafo 3 del artículo 9 asegura el derecho del Estado de la nacionalidad original de presentar una reclamación cuando sus propios intereses nacionales se han visto afectados por el perjuicio infligido a su nacional. La condición estipulada en el párrafo 1 también reconoce los derechos especiales del Estado de la nacionalidad original. Esto reafirma el principio contenido en el artículo 3 del presente proyecto de artículos.

30. La abolición de la norma de la continuidad no debe producir como resultado que el Estado de la nueva nacionalidad pueda presentar una reclamación en nombre de su nuevo nacional contra el Estado de la nacionalidad anterior, respecto de un perjuicio atribuible a este Estado cuando la persona de que se trate era todavía nacional de dicho Estado. La respuesta hostil a la legislación Helms–Burton⁷¹, cuyo

⁶⁸ Este requisito se incluye en la propuesta de Orrego Vicuña a la Asociación de Derecho Internacional: *supra*, nota 31, artículo 10.

⁶⁹ Véase Politis, *supra*, nota 28.

⁷⁰ Change of Original Nationality, *supra*, nota 4, págs. 383 y 384.

⁷¹ Cuban Liberty and Democratic Solidarity (Libertad) Act of 1996, Public Law, págs. 104 a 114, de 12 de marzo de 1996, reproducida en (1996) 35 I.L.M., pág. 357.

objetivo es permitir que los cubanos naturalizados en los Estados Unidos incoen procedimientos para la reparación de las pérdidas en que les hizo incurrir el Gobierno cubano en un momento en que todavía eran nacionales cubanos⁷², ilustra la inacceptabilidad de dicha consecuencia. El párrafo 4 del artículo 9 que asegura que el anterior supuesto no pueda suceder, recibe apoyo de la propuesta de Orrego Vicuña a la Asociación de Derecho Internacional⁷³.

⁷² Véase V. Lowe “US Extraterritorial Jurisdiction: The Helms–Burton and D’Amato Acts”, (1997) 46 *I.C.L.Q.*, págs. 386 a 388.

⁷³ *Supra*, nota 31, artículo 10. Véase también la declaración de Politis dirigida al Instituto de Derecho Internacional, *supra*, nota 28.