



**Santo Domingo, República Dominicana**  
**16 de diciembre de 2005**

## **Los fallos del fallo: Análisis de la sentencia de la Suprema Corte de Justicia sobre la constitucionalidad de la Ley de Migración**

Ramón Emilio Núñez *Presidente*  
Nassef Perdomo Cordero *Vicepresidente*

En todos los ordenamientos jurídicos, la Constitución es el punto donde lo político y lo jurídico están más íntimamente unidos, propiciando que con frecuencia se les confunda. Sin embargo, son esferas distintas que requieren ser analizadas separadamente.

Por lo general, lo político nos plantea lo deontológico (el deber ser), mientras que lo jurídico nos plantea lo ontológico (el ser). Esto tiene muchas razones, pero la más elemental es que los cambios políticos son siempre futuros y, por lo tanto, las acciones políticas también lo son. Lo jurídico, por el contrario, nos conmina a enfrentar los problemas actuales con las normas jurídicas ya existentes. Es decir, nos obliga a resolver los problemas que tenemos hoy con las normas que creamos ayer. Para modificar la solución jurídica a un problema deben crearse nuevas normas y éstas no pueden tener nunca carácter retroactivo.

Si una institución debe tener claras estas cosas, esa es la Suprema Corte de Justicia, cuya responsabilidad constitucional es tener la última palabra en todo lo relativo al sistema jurídico. Facultad particularmente relevante cuando actúa como Tribunal Constitucional pues decide, en última instancia, cuál es el significado de nuestra Carta Magna.

La importancia de las decisiones constitucionales implica que cuando se discuten conflictos en el marco constitucional hay que tener muy en cuenta qué es lo discutido: si lo que dice la Constitución o lo que uno quisiera que la Constitución diga. Lamentablemente, la Suprema Corte no superó ese examen crucial al fallar, el 14 de diciembre recién pasado, el recurso de acción en inconstitucionalidad de la Ley de Migración.

Después aun de la decisión del alto tribunal, sigue abierto el debate político generado por la inmigración haitiana. Empero, lo que sigue es un análisis crítico de la sentencia de la Suprema Corte, tomando siempre en cuenta qué dicen la Constitución y sus principios fundamentales. Aunque es imposible que un análisis de este tipo sea axiológicamente neutro, lo que aquí presentamos no es una interpretación acomodaticia de la Constitución. Eso ya lo hizo la Suprema Corte. Nuestro propósito es resaltar las

violaciones flagrantes a los principios del Derecho y a los límites de la interpretación constitucional en los que incurrió para llegar a un resultado previamente determinado.

### *Constitución, ley y nacionalidad*

Para abordar el tema de la nacionalidad y su regulación, los jueces de la Suprema Corte empiezan diciendo algo que puede parecer una obviedad: que cada Estado tiene el derecho de decidir a quiénes reconoce la nacionalidad (con límites que no vienen al caso). Por tanto, según el argumento de la Suprema Corte, nadie puede impedir que el Estado dominicano tome las decisiones que le parezcan convenientes en este ámbito.

Si examinamos el argumento de cerca, nos daremos cuenta de que los jueces se han aferrado al salvavidas equivocado. Y esto por dos razones: primero, porque no es eso lo que está en discusión; segundo, porque incluso el Estado tiene límites internos al respecto.

Para entender nuestra afirmación basta con fijarse en qué tipo de recurso enfrentaba la Suprema Corte. Se trataba de una acción directa en inconstitucionalidad. Es decir, una acción cuyo fin es alegar que una ley dominicana viola la Constitución de nuestro país. En caso de que sea así, el artículo 46 de la Constitución establece que la ley que la viola es nula de pleno derecho. Este es el principio de la supremacía de la Constitución sobre todas las demás normas jurídicas internas.

Quienes elevaron el recurso no buscaban negarle al Estado la capacidad de decidir a quiénes reconoce la nacionalidad. Su objetivo era demostrar que ya la Constitución había tomado una decisión en ese sentido (que el *jus soli* incluye incluso a los hijos de los inmigrantes indocumentados) y que la Ley de Migración viola esa decisión constitucional. La insistencia de la Suprema Corte en defender lo que nadie ha atacado apunta más bien a una sensibilidad poco usual causada por su incompreensión del reciente fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Esto nos lleva al segundo punto, el de los límites del Estado para determinar quién es su nacional y quién no. Existen límites externos, como la prohibición contenida en las convenciones internacionales de Derechos Humanos de que un Estado tenga reglas por las resulten apátridas personas nacidas en su territorio. Pero esas las discutiremos más tarde. Las que nos interesan ahora son los límites internos.

Como ya vimos, el artículo 46 de la Constitución anula toda ley que le sea contraria. Si se pretende negar por medio de una ley la nacionalidad a los hijos de indocumentados, la supremacía constitucional crea un grave problema. Esto es así porque el artículo 11.1 de la Constitución establece que son dominicanos: *“Todas las personas que nacieren en el territorio de la República, con excepción de los hijos legítimos de los extranjeros residentes en el país en representación diplomática o los que están en tránsito en él”*. Es este el famoso principio de *jus soli*, que sólo establece dos excepciones y ninguna de ellas incluye a los hijos de indocumentados.

Es decir, en principio la Constitución reconoce la nacionalidad dominicana a los hijos de extranjeros indocumentados nacidos en territorio dominicano. Evidentemente, no es lo mismo tener la condición legal de extranjero en tránsito que estar en el país sin

permiso legal alguno. Es ese el problema que no quiere reconocer la Suprema Corte, que el Estado dominicano ya tomó una decisión y esa decisión está en la Constitución: sí le reconoce la nacionalidad dominicana a los hijos de indocumentados.

Pero como la intención de la Ley de Migración es “solucionar” el problema de la nacionalidad de los hijos de los haitianos indocumentados, establece en su artículo 36 que los extranjeros indocumentados son extranjeros en tránsito. De esta forma, se intenta “enmendar la plana” a la Constitución misma. Y distinguir donde la Constitución no ha distinguido.

Para argumentar la constitucionalidad de este despropósito jurídico, la Suprema Corte se embarca en un argumento con el que tuerce y retuerce la Constitución hasta hacerla perder su sentido de norma suprema.

### *Tránsitos, migraciones e interpretaciones*

La prueba de que la disposición del artículo 36 de la Ley de Migración tiene como fin excluir de la nacionalidad a los hijos de indocumentados es evidente en la norma misma: “*Los no residentes son considerados personas en Tránsito, para los efectos de aplicación del Artículo 11 de la Constitución de la República*” (art. 36 párrafo 10). Resulta claro que el legislador ha intentado cambiar por medio de una ley lo que establece la Constitución. De su parte, la Suprema Corte, en lugar de aplicar el artículo 46 ya mencionado, buscó la forma de hacer valer una ley contraria a la Constitución. Y ahí es que las cosas se ponen verdaderamente interesantes.

El Tribunal procura justificar su decisión con dos argumentos. Primero dice que esto es admisible porque, supuestamente, en la doctrina moderna se admite que el legislador dictamine por medio de una ley cuál es la interpretación correcta de la Constitución. En el caso dominicano, esto es falso. Pretender introducir ese elemento a las malas en una sentencia constitucional dominicana demuestra desconocimiento de esa institución y de la Constitución dominicana misma.

De lo que hablan los jueces de la Suprema Corte es del llamado *referé legislatif*, bastante antiguo y progresivamente en desuso, además de ser absolutamente inaplicable en la República Dominicana. Más aún: está prohibido. El artículo 46 de la Constitución no puede ser más claro: una norma legal que contradiga a la Constitución no es aplicable bajo ninguna circunstancia. Por la relación jerárquica que predomina en el sistema constitucional dominicano, donde la Constitución es norma suprema y la ley emana de ella, una ley no puede, bajo ningún concepto, decidir cambiar el significado de lo que la Constitución dice. Donde manda capitán, no manda soldado.

Pero lo que es aún peor: los jueces decidieron ignorar el hecho de que la interpretación constitucional con carácter obligatorio sólo la tiene propia Suprema Corte de Justicia. Sorprende que los jueces no repararan en ello, no obstante ocupar numerosas páginas al inicio de la sentencia para explicar por qué son competentes para conocer el recurso. ¡Tanto analizar el artículo 67.1 para justificar su competencia y luego olvidarlo!

En los considerandos de la sentencia hay uno que dice lo siguiente: “*Considerando, que ciertamente, el artículo 67, inciso 1 de la Constitución de la República, dispone,*

*entre otras cosas, que corresponde exclusivamente a la Suprema Corte de Justicia, sin perjuicio de las demás atribuciones que le confiere esa Constitución y la ley, conocer en única instancia de la constitucionalidad de las leyes*". Si la competencia es exclusiva, ¿cómo es posible que, de repente, el legislador sea competente para decidir por medio de una ley el contenido de la Constitución? ¿En qué texto constitucional fundamenta la Suprema Corte esa nueva facultad del Congreso? En los países en que sí existe el *referé legislatif* este está expresamente contemplado en la Constitución. En nuestro país estuvo presente en las primeras constituciones, pero fue eliminado para implantar el actual sistema de interpretación y control de la constitucionalidad.

En definitiva, la Suprema Corte se sacó esta facultad del sombrero de los trucos. Pero no sólo eso, sino que a la violación expresa de los artículos 46 y 67.1 de la Constitución, le suma otra aún más grave: delegar en el Congreso una facultad que la Constitución le reconoce exclusivamente a ella. El artículo 4 de la Constitución dice: *"El gobierno de la Nación es esencialmente civil, republicano, democrático y representativo. Se divide en Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial. Estos tres poderes son independientes en el ejercicio de sus respectivas funciones. Sus encargados son responsables y no pueden delegar sus atribuciones, las cuales son únicamente las determinadas por esta Constitución y las leyes"*. Al otorgarle al Congreso capacidad de interpretar la Constitución, la Suprema Corte viola el principio de separación de poderes. Ningún poder puede hacer algo para lo que no esté expresamente facultado.

Los jueces de la Suprema Corte han confundido la interpretación de la Constitución con el desarrollo de la Constitución. La actividad legislativa no tiene un carácter jurídico de interpretación, puesto que lo que busca es tomar decisiones en el marco de la Constitución. El Poder Legislativo tiene un ámbito de acción definido por la Constitución, pero no puede jamás ampliarlo o reducirlo por sí mismo. Produce el sistema legal que da brazos y piernas a la Constitución, facultad muy poderosa, pero distinta a la interpretación constitucional. Esta, según el sistema de separación de poderes, le corresponde a la Suprema Corte, que no puede delegar esa responsabilidad. En nuestro sistema constitucional, si el Congreso intenta "interpretar" la Constitución, la está violando.

Pero además, la Suprema Corte expone al país al peligro de la inseguridad jurídico-constitucional. Al sacarse del sombrero esta facultad "interpretativa" de la Constitución que supuestamente tiene el Congreso, deja abierto el camino para que este decida, por medio de leyes, empezar a revocar los fallos de la Suprema Corte, lo que nos abocaría a una "guerra interpretativa" de consecuencias imprevisibles.

Como segundo argumento, en caso de que no funcione el invento del *referé legislatif*, la Suprema Corte propone una interpretación insólita del artículo 37.9 de la Constitución. Conforme este artículo, es facultad del Congreso *"Dispone[r] todo lo relativo a la migración"*. Por ende, dice la Suprema Corte, corresponde al Congreso *"la determinación por el legislador de los extranjeros residentes permanentes y temporales; de los no residentes y las personas consideradas en tránsito"*.

Hasta ahí suena bonito. Pero otra vez surgen dos problemas (la Suprema Corte parece equivocarse siguiendo el método cartesiano). Primero, eso que dice la Suprema Corte no es lo que hace el artículo 36.10 de la Ley de Migración. Ese artículo dice lo siguiente: *"Los no residentes son considerados personas en tránsito, para los efectos*

*de aplicación del Artículo 11 de la Constitución de la República*”. Es decir, que sólo se considerará a los indocumentados en tránsito para lo relativo al reconocimiento de la nacionalidad dominicana. Se trata de una regulación de la nacionalidad y no de la migración, que son dos cosas muy distintas. La nacionalidad es el derecho de las personas a participar de la comunidad política dominicana; la migración es, fundamentalmente, la regulación de la entrada, salida y permanencia de los extranjeros. Esta definición es la que usa la misma Suprema Corte en otra parte del fallo.

Y es ahí donde entra el segundo problema con que se enfrenta la Suprema en este caso. Si la migración y el reconocimiento de la nacionalidad no son la misma cosa, entonces no es aplicable para el caso el artículo 37.9 de la Constitución porque eso ya está regulado por su artículo 11.1. Es evidente que las facultades que la Constitución otorga al Congreso para regular la migración no pueden ser utilizadas para cambiar la decisión sobre el reconocimiento de la nacionalidad que ya la Constitución ha tomado.

En aras de fortalecer el muy débil argumento anterior, la Suprema Corte se embarca en un esfuerzo con dos ejes fundamentales (volvemos a lo cartesiano): primero, intenta establecer que la ilegalidad de la permanencia de los padres del niño de alguna manera se le contagia al recién nacido; y luego justifica la equiparación de la ilegalidad y la transitoriedad, con resultados verdaderamente sorprendentes.

*Yo soy ilegal, tú eres ilegal, nosotros somos ilegales*

Al justificar la medida tomada por el Congreso de equiparar la permanencia ilegal en el país con la transitoriedad, la Suprema Corte decide utilizar el argumento de que “quien puede lo más, puede lo menos”. Afirma que si “*por mandato de la misma Constitución, no nace dominicano [el hijo de padres en tránsito]; que, con mayor razón, no puede serlo el hijo (a) de la madre extranjera que al momento de dar a luz se encuentra en una situación irregular y, por tanto, no puede justificar su entrada y permanencia en la República Dominicana*”. Es decir, asume que la transitoriedad es una categoría “superior” a la ilegalidad. Y que por esto, si el Estado dominicano puede negarles la nacionalidad a los hijos de personas que se encuentran en tránsito, con mayor razón puede hacerlo con los hijos de ilegales.

Para opinar lo anterior, la Suprema Corte tiene que saltar con una pértiga todo el Derecho. ¿Por qué decimos esto? Porque, en el Derecho, la existencia de relaciones jerárquicas está sujeta a que los dos conceptos formen parte del orden normativo. Evidentemente, ese no es el caso de la permanencia *ilegal* en un país. El nombre lo dice, está fuera del sistema jurídico y, por tanto no puede tener una relación jerárquica con la transitoriedad. Es decir, pasamos de “el que puede lo más puede lo menos” a “el que puede esto, puede lo otro”. Y ya hemos visto que el artículo 4 de la Constitución prohíbe expresamente que los poderes públicos se salgan de las competencias que ella les ha marcado.

Pero aún si no fuera este el caso, el razonamiento de la Suprema Corte tampoco sería válido. La ilegalidad migratoria no se contagia. No puede argumentarse que el hijo de una persona en estado de ilegalidad migratoria es también un ilegal por la sencilla razón de que la relación del neonato con el Estado es directa e independiente de la que tengan los padres con ese mismo Estado. El jus soli establece que el hecho que determina el

reconocimiento de la nacionalidad es el nacimiento en el territorio del país en cuestión. Y sólo el niño nace. Ni el padre ni la madre “nacen” (ella da a luz, seguro que los magistrados saben que no es lo mismo).

No ha cometido ninguna violación a la ley ni se encuentra en estado de ilegalidad. Para estar ilegal en un país determinado hay que haber entrado en él. Si se entra de forma ilegal, entonces se está en falta desde el principio. También es posible entrar en falta si se supera el permiso de estadía. Pero un niño que nace en la República Dominicana no ha entrado desde ningún sitio. No ha cruzado jamás la frontera. En todo caso, son sus padres quienes están violando la Ley de Migración, pero eso no puede tener jamás consecuencias adversas para el recién nacido.

Por todo lo anterior, no es aceptable el argumento de que “la ilegalidad no puede generar legalidad”. Si el niño nace en el país no se encuentra nunca al margen de la ley, por la sencilla razón de que las consecuencias de su nacimiento están claramente establecidas en el artículo 11.1 de la Constitución. Ningún niño nace con un “pecado original” de corte jurídico.

Una cosa en la que no repararon los magistrados de la Suprema Corte es que, al decir que hay algún tipo de relación jerárquica entre la transitoriedad y al ilegalidad, están reconociendo que no son la misma cosa. Salvo que tenga carácter esquizofrénico, una institución jurídica no puede estar en dos niveles jerárquicos distintos al mismo tiempo.

### *La transitoriedad infinita*

El hecho de admitir, como acabamos de señalar, que los conceptos de transitoriedad e ilegalidad no son equivalentes, no impide a la Suprema Corte esforzarse luego en demostrar exactamente lo contrario. Recordemos: primero dice que están en tránsito aquellas personas que “*han sido de algún modo autorizadas a entrar y permanecer por un determinado tiempo en el país*”, y sobre la ilegalidad opina que una persona en situación irregular “*no puede justificar su entrada y permanencia en la República Dominicana*”.

Pues bien, después de dicho lo anterior, la Suprema Corte afirma que todas las personas que estén en el país sin permiso de residencia, son transeúntes. Lo justifica diciendo que se ha juzgado “*que no es extranjero transeúnte aquel que ha sido provisto de un permiso de residencia expedido por la Dirección General de Migración, [...] de lo que resulta, como lógica consecuencia, que para no ser transeúnte en el país, es preciso estar amparado del permiso de residencia correspondiente, antes aludido, caso contrario se reputaría No Residente, conforme a la ley y, por tanto, en tránsito, criterio que hace suyo este Pleno*”. Es decir, para la Suprema Corte existen sólo dos tipos de estadía para extranjeros en el país: aquella en que Migración otorga un permiso de residencia y aquella en la que no lo hace. Y que quienes carecen de este permiso son transeúntes, incluyendo los indocumentados. Es decir, todo el que no es liceísta es aguilucho.

Si esto es así, nos encontramos frente a una sentencia que verdaderamente sienta jurisprudencia innovadora. Según la Suprema Corte las personas que entran al país sin permiso de residencia, ni visa ni nada más son transeúntes. Y como la transitoriedad en

el paso es una categoría jurídica, estas personas no están en el país de forma ilegal. Como consecuencia de esto, los inmigrantes haitianos indocumentado ya no son ilegales. Son transeúntes y no necesitan que se les emita ningún permiso o documento para que se les reconozca como tales. De un plumazo, la Suprema Corte “resolvió” el problema de la inmigración ilegal: la legalizó toda. Parece que de tanto apretar, se le pasó de rosca.

### *Aplicando la Constitución haitiana*

Más adelante, la Suprema Corte se dedica a demostrar que no se le está negando a nadie el derecho a la nacionalidad, protegido por la *Convención para Reducir los casos de Apatridia* de Naciones Unidas y el artículo 20 de la *Convención Interamericana sobre Derechos Humanos* (que curiosamente, la Suprema Corte no menciona en su sentencia). El problema que se le presenta a al Corte es que quiere decir lo que la Constitución no la deja: que ante el Estado dominicano los hijos de indocumentados haitianos son, sólo y antes que nada, haitianos. Para ello se ve obligada a hacer, con los efectos previsibles, el equivalente jurídico a un triple salto mortal con doble voltereta hacia atrás sin cable de seguridad ni malla de protección.

Veamos. Dice que la única forma en que se puede constreñir al Estado dominicano a reconocer la nacionalidad de un “*extranjero que se encuentre al margen de la ley*” es si corre el riesgo de quedar apátrida.

Esta declaración sobre la situación del recién nacido tiene dos elementos. Primero, los jueces asumen que el recién nacido se encuentra “al margen de la ley”, y ya hemos visto que nacer en un sitio no es ilegal. Que, en todo caso, los que se encuentran ilegalmente en el país (en tránsito, según la Suprema Corte) son sus padres y no él.

Pero la Suprema también afirma que es un “extranjero”. Es decir, asume que antes de que se pueda determinar si es dominicano, es extranjero. Y eso lo fundamenta acudiendo a la más extraña de las fuentes: una Constitución extranjera. Decide que lo mejor es afirmar el hecho de que la Constitución haitiana establece el jus sanguinis y que el negarles la nacionalidad dominicana a los hijos de haitianos indocumentados no les deja en estado de apatridia.

Según la Suprema Corte, al momento de decidir si se les reconoce la nacionalidad dominicana, hay que tomar en cuenta que ya tienen la nacionalidad haitiana. Por consiguiente, en nuestro país la aplicación de la Constitución haitiana precede en el tiempo y el Derecho a la aplicación de la Constitución dominicana. Dicho de otra forma, la Suprema Corte afirma que, como la Constitución haitiana ya les ha reconocido la nacionalidad de ese país en virtud del jus sanguinis, el Estado dominicano puede darse el lujo de desconocer su propia legalidad y negarles la nacionalidad dominicana que les corresponde en virtud del jus soli.

Esto es desconocer un principio elemental (elementalísimo diríamos) del Derecho: la territorialidad de la aplicación de las normas jurídicas. Al momento de determinar el reconocimiento o no de la nacionalidad dominicana de un niño nacido en el país, el Estado dominicano no puede considerar como un hecho previo que el niño tiene una nacionalidad extranjera. Además, si los padres son indocumentados ¿cómo puede

garantizar el Estado dominicano que sus padres son ciertamente haitianos? ¿Por el color de la piel? Esto se acerca peligrosamente a una forma jurídica de reclamarles que “digan perejil”.

Pero el problema jurídico subsiste. Para llegar a su conclusión, la Suprema Corte parte de la premisa de que, antes que nada, las disposiciones de la Constitución haitiana ya han entrado en vigor.

Además de resultar inexplicable que la Suprema Corte dominicana se dedique a aplicar la Constitución haitiana en nuestro territorio, la inseguridad jurídica que este argumento genera es enorme. Bastaría, por ejemplo, con que Haití elimine el jus sanguinis para que se caiga el castillo de barajas que ha armado la Suprema Corte. Quedaría demostrada la fragilidad de un razonamiento que quiere hacer decir a la Constitución lo que ella no dice. Y de hacerlo dándole prioridad a la aplicación de una Constitución extranjera.

### *Conclusiones*

Decíamos al principio que la actividad de interpretar la Constitución implica descubrir lo que ella dice, no lo que uno quiere que diga. Aún cuando se puede interpretar de diversas maneras, esa flexibilidad tiene un límite. No es posible, ni conveniente, hacer interpretaciones medalaganarias simplemente porque queremos llegar a un resultado que la Constitución no acepta. Con la sentencia sobre la nacionalidad de los hijos de inmigrantes indocumentados, la Suprema Corte intentó hacer precisamente eso. El resultado es el siguiente:

- Reconoce al Congreso la facultad (inexistente e inconstitucional) de decidir por vía legislativa el contenido de la Constitución, lo que representa un peligro para la seguridad jurídica y para la idea misma de la supremacía constitucional;
- Aplica directamente en el país la Constitución haitiana, con el consiguiente debilitamiento de la capacidad normativa de nuestra propia Constitución;
- Confunde las categorías jurídicas relativas a la migración, llegando incluso a cubrir legalmente la inmigración ilegal;
- Desconoce el derecho de miles de niños a que se les reconozca la nacionalidad dominicana que constitucionalmente les corresponde;
- Deja el problema jurídicamente más confuso de lo que lo encontró.

La sentencia de la Suprema Corte es la última palabra sobre la constitucionalidad de la Ley de Migración. Jurídicamente hay que aceptarla, aunque sea absurda. Sin embargo, las interpretaciones constitucionales pueden cambiar con el tiempo. Esperamos que la Suprema Corte tenga la oportunidad de revisar el entuerto que ha creado con esta decisión. También, que la próxima vez se abstenga de intentar imponer por la vía de la interpretación forzada una solución contraria a la Constitución misma. Mientras tanto, los dominicanos debemos seguir dialogando, ya con más calma, para llegar a un acuerdo sobre el problema de la inmigración ilegal.