

DERECHOS HUMANOS Y COMPETENCIA EXCLUSIVA
DEL ESTADO EN MATERIA DE NACIONALIDAD
(La Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos
Humanos de 28 de agosto de 2014: caso *Personas dominicanas
y haitianas expulsadas c. República Dominicana*)

Sixto A. SÁNCHEZ LORENZO
Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad de Granada

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—1. LOS HECHOS Y EL CONTEXTO.—2. LA DECISIÓN DE LA CIDH.—3. UNA CRÍTICA.—3.1. El alcance de la competencia exclusiva del Estado en materia de nacionalidad y el *ius soli*: el ejemplo europeo.—3.2. Un argumento endeble: la confusión entre personalidad jurídica y nacionalidad.—3.3. Un argumento capcioso: el principio de no discriminación.—3.4. Un argumento escamoteado: apatridia y prueba de la nacionalidad.—4. MORALEJA: EN DERECHO NO CONVIENE MATAR MOSCAS A CAÑONAZOS, NI GIGANTES CON MATAMOSCAS.

INTRODUCCIÓN

1. Más allá del comprensible revuelo mediático y político, la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) de 28 de agosto de 2014¹ merece un análisis jurídico de sus fundamentos jurídicos y, más allá, invita a una reflexión perfectamente trasladable a la jurisprudencia del TEDH acerca de los riesgos implícitos en el propio sistema de protección internacional de derechos humanos. Conviene no olvidar que el modelo de protección de la Convención Americana de Derechos Humanos de

¹ Serie C, núm. 282.

1969, también conocida como Pacto de San José de Costa Rica, se inspiró en buena medida en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, y en particular mantiene el papel que ésta atribuyó originalmente a la Comisión, cuyo filtro fue eliminado, por fortuna, del mecanismo europeo a través del Protocolo núm. 11 de 1998.

Comparativamente, el Pacto de San José pareció desde un principio apostar por un modelo ambicioso en la formulación misma de los derechos humanos, más extensa que la europea, pero ha sido especialmente la jurisprudencia de la CIDH la que ha apostado por una lectura de ciertos derechos fundamentales que, más allá del desarrollo progresivo del Derecho internacional, ha sido tildado en ocasiones de excesivamente «politizado», en particular por el alcance de algunas decisiones recientes en materias políticamente sensibles, como la medioambiental. Las características de la OEA, institución en la que se incardina la Convención, tampoco han ayudado a acallar las protestas de algunos Estados ni a disipar todas las dudas sobre el funcionamiento del sistema.

La protección de los derechos humanos constituye un ámbito políticamente sensible. La propia debilidad de los sistemas de protección, amparados en realidad en el valor ejemplificativo de los informes y en la aceptación por los Estados de la eficacia obligatoria de las decisiones adoptadas por los órganos jurisdiccionales, implica la necesidad de conformar un consenso y una implicación fuerte de los Estados con el mecanismo de protección. La imparcialidad y buen juicio de los jueces constituye una pieza maestra del sistema, pues cualquier mancha en una exquisita división de poderes puede generar una merma de la reputación que se espera de un modelo de protección internacional. De ahí que la dependencia política de órganos como la Comisión constituya un déficit democrático importante en la gestión del sistema. El éxito del modelo europeo en los últimos tiempos sin duda se asienta en el prestigio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en la aceptación de sus decisiones en el marco europeo, si bien el colapso del Tribunal, incumpliendo los propios plazos con que mide las garantías procesales en las jurisdicciones nacionales, hace peligrar el modelo, que amenaza con morir de éxito.

El modelo interamericano, más audaz en buena medida, se encuentra actualmente en entredicho, y la Sentencia de 28 de agosto de 2014 no coadyuva en modo alguno al crédito que merece el mecanismo. Para comprender su alcance, que ha acabado con una sorprendente decisión del Tribunal Constitucional dominicano declarando la nulidad de la aceptación por el gobierno dominicano de la jurisdicción de la CIDH, conviene hacer mención a los hechos y, sobre todo, al contexto de la decisión.

1. LOS HECHOS Y EL CONTEXTO

2. La sentencia, en concreto, trae causa o se relaciona, siguiendo la calificación de la Comisión, con la detención arbitraria y expulsión sumaria del

territorio de República Dominicana de presuntas víctimas haitianas y dominicanas de ascendencia haitiana, incluidos niñas y niños, sin el seguimiento del procedimiento de expulsión normado en el Derecho interno. La Comisión formuló conclusiones imputando a la República Dominicana la violación de los derechos a la personalidad jurídica, a la integridad personal, a la libertad personal, a las garantías judiciales, a la protección a la familia, a los derechos del niño, a la nacionalidad, a la propiedad, a la circulación y residencia, a la igualdad y no discriminación, y a la protección judicial, consagrados en los arts. 3, 5, 7, 8, 17, 19, 20, 21, 22.1, 22.5, 22.9, 24 y 25 de la Convención Americana. En particular, la Comisión consideró que existían una serie de impedimentos para que los migrantes haitianos pudieran inscribir a sus hijos e hijas nacidos en territorio dominicano, y para la obtención de la nacionalidad dominicana por parte de las personas de ascendencia haitiana nacidas en la República Dominicana. Entre otras consideraciones, la Comisión hizo referencia a «los impedimentos existentes para conceder la nacionalidad a las personas nacidas en territorio dominicano, a pesar de que el Estado recepta el principio de *ius soli*». Éste fue el punto del litigio que originaría el fallo más controvertido de la CIDH, sobre el que versará la presente nota.

3. El contexto demográfico en las relaciones de vecindad entre Haití y la República Dominicana es esencial para comprender el alcance político de la decisión. Haití es un Estado fallido, que arrastra las consecuencias de una política colonial lamentable. En términos jurídicos, cabría plantearse si se dan en Haití las condiciones elementales para merecer la consideración jurídica de «Estado», que requiere, además de un territorio y una población, un elemento de mínima organización, que cabe poner en duda. Haití y la República Dominicana se reparten el territorio de La Española. Con poblaciones muy similares, Haití ocupa un tercio de la superficie de la isla, por lo que su densidad de población es casi el doble. Ambos países presentan credenciales económicas muy diferentes y están separados por más de sesenta Estados en la lista relativa al índice de desarrollo humano.

Como consecuencia, la República Dominicana ha recibido oleadas de migración ilegal de cientos de miles de haitianos, asentados como braceros en «bateyes», poco a poco erigidas en comunidades permanentes, muchas veces marginales. En el año 2000, se calculaba ya en un 6 por 100 la población haitiana en la República Dominicana, buena parte de ella compuesta por trabajadores temporales indocumentados. Hoy en día, la población de origen haitiano se cifra en el entorno de 1.200.000 personas.

4. En el momento en que ocurren la mayoría de los hechos litigiosos, a finales de los años noventa, la Constitución de la República Dominicana de 1994 (art. 11) reconocía el derecho a la nacionalidad dominicana por *ius soli* a los nacidos en territorio dominicano, salvo que se tratara de hijos de personas en representación diplomática o «en tránsito» en el país. La STC dominicana 0168/13, de 23 de septiembre², distinguió el concepto de extranjero «en

² <http://www.tribunalconstitucional.gob.do/node/2601>.

tránsito» y «transeúnte»: mientras que transeúnte es el extranjero que se encuentra de paso por territorio dominicano con destino al exterior (sección V del Reglamento de Migración núm. 279, de 12 de mayo de 1939), el concepto de extranjero «en tránsito» es más amplio, y se refiere a los extranjeros «no inmigrantes», tales como los jornaleros temporeros ayunos de identificación personal. Semejante distinción implicó el no reconocimiento del *ius soli* a los hijos de extranjeros que residían ilegalmente en territorio dominicano. La Constitución de 2010 despejó cualquier duda, añadiendo a las excepciones tradicionales al *ius soli* la referida a las «hijas o hijos de extranjeros que residan ilegalmente en territorio dominicano» (art. 18.3).

5. En República Dominicana la expedición de la cédula de identidad y electoral se lleva a cabo sobre la base del acta de nacimiento, que conforme al art. 46 de la Ley 659 de Actos de Estado Civil obliga a hacer constar a su vez la identificación y la cédula personal de identidad de los progenitores. La práctica habitual en muchos registros de no comprobar la identidad y residencia legal de los progenitores extranjeros dio lugar a actas de nacimiento claudicantes, que posteriormente amparaban emisiones de cédulas de identidad incorrectas, circunstancia que atajaron resoluciones y circulares de 2007, fecha en que se abrió además un Libro del Registro específico para nacidos de madre extranjera no residente. La STC 0168/2013, de 23 de septiembre, abordó esta cuestión y ordenó una auditoría minuciosa de los libros-registros de nacimientos y, a resultas, una lista de extranjeros irregularmente inscritos y documentados en una situación anterior, que se beneficiarían de un programa de regularización. El mandato dio lugar en 2013 a un Decreto de regularización de extranjeros y a la Ley 169-14, de 23 de mayo de 2014, que, junto a su desarrollo reglamentario por Decreto 250-14, de 23 de julio de 2014, procedió a regularizar las actas del estado civil y a crear un registro de extranjeros conforme asimismo a la Ley General de Inmigración 285-14.

2. LA DECISIÓN DE LA CIDH

6. La Corte resuelve en primer término las excepciones preliminares por falta de agotamiento de recursos internos e incompetencia de la Corte *ratione temporis* y *ratione personae*, así como ciertas cuestiones previas relativas a la legitimación de ciertos peticionarios y al marco fáctico acreditado por la Comisión.

7. Buena parte de la relación de hechos de la sentencia se detiene en la eventual discriminación contra la población haitiana por parte de la sociedad dominicana, en particular desde el punto de vista de la discriminación racial (§§ 159-162). Otro aspecto esencial se refiere al problema endémico de mal funcionamiento del Registro Civil dominicano, cuya corrección por parte tanto del Tribunal Constitucional como por el legislador dominicano será considerada por la CIDH contraria a las normas de la Convención Americana.

8. La CIDH analiza la cuestión de la competencia exclusiva del Estado en materia de nacionalidad fundamentalmente sobre la base de la Sentencia de

8 de septiembre de 2005, dictada asimismo contra la República Dominicana en el *Caso de las Niñas Yean y Bosico c. República Dominicana*³ (de aquellos polvos, estos lodos), y formula dos límites a dicha competencia sobre la base de las normas y principios del Derecho internacional en materia de derechos humanos: a) el deber de los Estados de prevenir, evitar y reducir la apatridia, y b) su deber de brindar a los individuos una protección igualitaria y efectiva de la ley y sin discriminación.

9. El primero de los principios implica el deber de prevenir, evitar y reducir la apatridia, eludiendo normas o prácticas que impliquen un incremento de estas situaciones, en particular implementando el *ius soli*, de conformidad con los convenios y normas internacionales en la materia, en aquellos supuestos en que el niño nacido en el territorio de un Estado de otro modo sería apátrida (art. 24.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; art. 7 de la Convención de NU de 1989 sobre derechos del niño, y art. 20.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, todos ellos ratificados por la República Dominicana). En tal sentido, la Corte impone al Estado de nacimiento la «certeza» de que el nacido «podrá efectivamente adquirir la nacionalidad de otro Estado» (§ 259). En particular la Corte no se conforma con la aseveración genérica de la vigencia del *ius sanguinis* conforme a la normativa haitiana, particularmente por las restricciones a la atribución de dicha nacionalidad cuando únicamente la filiación materna está atribuida y en razón a la ausencia de documentación acreditativa de su nacionalidad.

10. Por lo demás, la Corte vincula este derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, protegido en el art. 3 de la Convención Americana. La CIDH afirma que la personalidad jurídica «implica la capacidad de ser titular de derechos (capacidad y goce) y de deberes». Por tanto, el Estado debe respetar y procurar los medios y condiciones jurídicas para que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica pueda ser ejercido libre y plenamente por sus titulares. Dicho reconocimiento determina su existencia efectiva ante la sociedad y el Estado, lo que le permite ser titular de derechos y obligaciones, ejercerlos y tener capacidad de actuar, lo cual constituye un derecho inherente al ser humano, que no puede ser en ningún momento derogado por el Estado de conformidad con la Convención Americana. Asimismo, la Corte sostiene que «[u]na persona apátrida, *ex definitione*, no tiene personalidad jurídica reconocida, ya que no ha establecido un vínculo jurídico-político con ningún Estado» (§ 265).

11. Respecto del principio de no discriminación, contenido en los arts. 1 y 24 de la Convención Americana, la Corte señala que dicho principio se extiende a los demás derechos recogidos en la Convención, de forma que, en relación al derecho a la nacionalidad, «el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados, al regular los mecanismos de otorgamiento de la nacionali-

³ Serie C, núm. 130.

dad, deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos», y que «los Estados tienen la obligación de garantizar el principio de la igualdad ante la ley y no discriminación independientemente del estatus migratorio de una persona en un Estado, y dicha obligación se proyecta en el ámbito del derecho a la nacionalidad». Gráficamente, añade la Corte, «el estatus migratorio de los padres no puede transmitirse a sus hijos» (§§ 264 y 318).

En consecuencia, la Corte considera en su § 469, que «en República Dominicana la irregularidad migratoria de los padres extranjeros como un motivo de excepción a la adquisición de la nacionalidad en virtud del *ius soli* resulta discriminatoria y por tanto vulnera el art. 24 convencional», no encontrando motivos «para apartarse de lo dicho en su sentencia sobre el caso de las Niñas Yean y Bosico, en relación con República Dominicana, en el sentido de que el estatus migratorio de una persona no se transmite a sus hijos», de forma que «la aplicación de este criterio, priva a las personas de seguridad jurídica en el disfrute de derecho a la nacionalidad [...], lo que vulnera los arts. 3, 18 y 20 de la Convención, y por el conjunto de esas violaciones, el derecho a la identidad».

12. Consecuentemente, la Corte establece en el punto resolutivo 19 del fallo: «El Estado debe adoptar, en un plazo razonable, las medidas necesarias para dejar sin efecto toda norma de cualquier naturaleza, sea ésta constitucional, legal, reglamentaria o administrativa, así como toda práctica, o decisión, o interpretación, que establezca o tenga por efecto que la estancia irregular de los padres extranjeros motive la negación de la nacionalidad dominicana a las personas nacidas en el territorio de República Dominicana, en los términos del párrafo 469 de la presente sentencia».

3. UNA CRÍTICA

3.1. El alcance de la competencia exclusiva del Estado en materia de nacionalidad y el *ius soli*: el ejemplo europeo

13. La crítica a la decisión de la CIDH desborda con mucho las peculiaridades del caso concreto. Interesa más el alcance y las implicaciones que derivan de sus argumentos, que acaban poniendo abiertamente en cuestión la competencia exclusiva del Estado en materia de nacionalidad.

No está de más recordar que el principio jurídico sigue siendo, aún hoy en día, dicha competencia exclusiva del Estado a la hora de delimitar quiénes son sus nacionales. Se trata de un principio del Derecho internacional general que viene establecido ya en la jurisprudencia del TPJI (Dictamen de 7 de febrero de 1923 relativo a los Decretos de nacionalidad promulgados en Túnez y Marruecos y Dictamen de 15 de septiembre de 1923 relativo a la adquisición de la nacionalidad polaca), y reconocido expresamente en el

Convenio de La Haya de 1930 sobre ciertas cuestiones relativas a los conflictos de leyes sobre nacionalidad, en el art. 9 del Código de Bustamante (del que son parte Haití y la República Dominicana) y en el Convenio bilateral entre Haití y la República Dominicana de 1939⁴. Los fundamentos de este principio se encuentran bien sistematizados en los fundamentos recogidos en la Sección 2.ª de la STC dominicana núm. 0168/13, de 23 de septiembre de 2013. Ni siquiera en espacios integrados, que reconocen una ciudadanía específica, como la ciudadanía europea, se limita la competencia exclusiva del Estado en materia de nacionalidad, más allá de las puntuales exigencias impuestas por el Derecho internacional general: el TJUE lo ha manifestado así en múltiples ocasiones⁵.

Ciertamente, el Derecho internacional impone algunos límites y principios a este principio general, algunos de los cuales constan expresamente en algunas normas internacionales⁶, que en su mayoría tienen que ver con la consideración de la nacionalidad como un derecho humano. En efecto, la nacionalidad es un derecho con múltiples facetas: desde el punto de vista del Derecho privado interno, es un estado civil; el sistema constitucional configura a la nacionalidad, en cuanto vínculo jurídico-público entre un individuo y un Estado, como un derecho fundamental que refleja los derechos y deberes de la «ciudadanía»; en un espacio integrado, como la Unión Europea, dicho vínculo es además condición para ostentar un vínculo supranacional, como es la ciudadanía europea; finalmente, desde la perspectiva del Derecho internacional se configura como un derecho humano, sobre el que se edifican ciertas limitaciones a la competencia exclusiva del Estado.

El primer límite deriva del derecho de todo individuo a ostentar una nacionalidad. Sobre este derecho se justifican los principios y las normas de Derecho internacional destinados a prevenir o evitar las situaciones de apatridia, incluyendo el derecho a no ser privado de la nacionalidad de origen ni arbitrariamente de la nacionalidad adquirida. El derecho se extiende, en segundo lugar, a la facultad de cambiar de nacionalidad, que es un derecho dirigido a las limitaciones que pueda imponer el Estado de origen, y no a la obligación de los Estados de admitir las solicitudes de naturalización o adquisición derivativa. En tercer lugar, el Derecho internacional impone una re-

⁴ Al margen de estos textos internacionales, en un ámbito regional el principio viene confirmado asimismo en el art. 3 del Convenio del Consejo de Europa sobre nacionalidad, hecho en Estrasburgo el 6 de noviembre de 1997.

⁵ STJCE de 7 de julio de 1992 (as. C-369/90, *Micheletti y otros*), rec. I-4258, apartado 10; STJCE de 11 de noviembre de 1999 (as. C-179/98, *Mesbah*), rec. I-7955, apartado 29; STJCE de 19 de octubre de 2004 (as. C-200/02, *Zhu y Chen*, C-200/02), rec. I-9925, apartado 37; STJUE de 2 de marzo de 2010 (as. C-135/08, *Rotmann*), rec. I-1449, apartado 39; STJUE de 8 de marzo de 2011 (as. C-34/09, *Zambraño*), rec. I-1177, apartado 40.

⁶ Art. 15 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 24.3 del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos de 1966; art. 34 Convenio NU sobre estatuto de los refugiados de 1951; art. 32 Convenio NU sobre estatuto de los apátridas de 1954; arts. 1-9 Convenio NU de 1961 para reducir los casos de apatridia; arts. 1.3 y 5 Convenio NU de 1966 sobre eliminación de toda forma de discriminación racial; art. 9 Convenio NU de 1979 sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; art. 7 Convención NU de 1989 sobre derechos del niño.

gla de no discriminación por razón de raza o sexo, inspirada esencialmente, esta última, en la tradicional discriminación en la atribución de la nacionalidad por *ius sanguinis* en virtud de la filiación exclusivamente paterna, con exclusión de la materna, y en la imposición a la mujer casada de la obligación de seguir la nacionalidad del marido. Un principio específico del Derecho internacional se refiere a las situaciones de múltiple nacionalidad, particularmente por referencia al ejercicio de la protección diplomática, que establece la preferencia en estos casos del principio de nacionalidad efectiva⁷.

14. El resultado de la consideración de estos principios consolidados por parte de la CIDH, más allá del tratamiento del asunto litigioso, desborda con claridad cualquier límite conocido o presumible de la competencia exclusiva del Estado en materia de nacionalidad. El punto resolutorio 19 del fallo obliga a la República Dominicana a derogar el art. 18.3 de la Constitución Dominicana, que condiciona la atribución por *ius soli* a los nacidos en territorio dominicano al hecho de que al menos uno de sus progenitores resida legalmente en territorio dominicano. Si esta disposición es contraria al Derecho internacional por vulnerar los límites de la competencia estatal en materia de nacionalidad, la cuestión que debemos plantearnos de inmediato es la siguiente: ¿Son contrarios al Derecho internacional, y vulneran lo establecido en los arts. 15 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 24.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, los 28 sistemas jurídicos de los Estados miembros de la Unión Europea?

La pregunta es pertinente, porque ningún país de la Unión Europea reconoce el *ius soli* a los nacidos en el territorio de progenitores que residan ilegalmente en dicho territorio. De hecho, la mayoría de ellos ni siquiera reconocen dicho derecho a los nacidos de padres que residan legalmente en el territorio de nacimiento del niño. La práctica totalidad de los Estados de la Unión Europea siguen básicamente el criterio del *ius sanguinis*, esto es, de atribución de la nacionalidad del Estado a los hijos de padre o madre que ostenten la nacionalidad de dicho Estado, con algunas variables. Malta en 1989 e Irlanda en 1994 fueron los últimos Estados en abandonar el criterio del *ius soli*. Algunos Estados no contemplan ninguna excepción a este principio (art. 198 de la Constitución chipriota). Los demás, de alguna forma u otra, incluyen algunas concesiones al *ius soli*. Sin duda la más extendida, por exigencias del Derecho internacional, en concreto del art. 1 del Convenio de Naciones Unidas de 1961 para reducir los casos de apatridia, es la que establece la atribución de la nacionalidad por *ius soli* a los nacidos de filiación desconocida⁸, o en aquellos casos en que no tengan atribuida otra naciona-

⁷ STJ de 6 de abril de 1955 en el asunto *Nottebohm*, entre otros.

⁸ Alemania [Sección 4.ª (1) de la Ley de Nacionalidad reformada en 2014]; Austria: siempre que sean menores de seis meses (Ley de Nacionalidad de 1985, reformada en 2013); Bélgica: siempre que no se acredite la posesión de otra nacionalidad antes de los dieciocho años o la emancipación (art. 10 del Código de la Nacionalidad de 2013); Bulgaria (art. 10 de la Ley de Nacionalidad de 1998, reformada en 2010); Croacia: siempre que no se acredite la nacionalidad extranjera de los padres antes de los catorce años (art. 7 de la Ley de Nacionalidad de 2012); Dinamarca (art. 1.2 de la Ley de Nacionalidad de

lidad de origen y exista el riesgo de apatridia⁹. Media docena de Estados admiten el *ius soli* si al menos uno de los progenitores ha nacido también en el Estado en cuestión¹⁰, y Finlandia lo contempla expresamente si alguno de los progenitores tiene el estatuto de refugiado o similar¹¹. Fuera de estos supues-

2004); Eslovaquia (art. 5.2 de la Ley de Nacionalidad de 1993); Eslovenia (art. 9 de la Ley de Nacionalidad de 1991); España [art. 17.1.d) Código Civil]; Estonia (art. 5.2 de la Ley de Nacionalidad de 1995); Finlandia (Sección 9.1.3 de la Ley de Nacionalidad de 2003, reformada en 2007); Francia: siempre que no se acredite durante su minoría de edad la filiación de un nacional extranjero y que este hecho le atribuya dicha nacionalidad (art. 19 Código Civil); Grecia (art. 1.2 del Código de la Nacionalidad de 2004); Hungría [art. 3.3.b) de la Ley de Nacionalidad de 1993]; Italia [arts. 1.1.b) y 1.2 de la Ley de la Nacionalidad de 1992]; Letonia: previa solicitud y sometida a condiciones relativas a la residencia y ausencia de antecedentes penales (Sección 3.1 de la Ley de nacionalidad de 1994, reformada en 2013); Lituania (art. 11 de la Ley de Nacionalidad de 2002, reformada en 2003); Luxemburgo (art. 1 de la Ley de Nacionalidad de 2008); Malta [Sección 5.ª (1) de la Ley de Nacionalidad (Capítulo 188)]; Países Bajos: siempre que en el plazo de cinco años no conste que ostenta otra nacionalidad de origen (art. 3.2 de la Ley de Nacionalidad de 2003, reformada en 2010); Polonia (art. 14.2 de la Ley de Nacionalidad de 2009); Portugal [art. 1.f) de la Ley de Nacionalidad de 1981, reformada en 2006]; Reino Unido [Sección 1.ª (2) de la Ley de Nacionalidad británica de 1981]; Rumania (art. 5 de la Ley de Nacionalidad de 1991); Suecia (Sección 2.ª de la Ley de Nacionalidad de 2001).

⁹ Austria (art. 1 de la Convención NU para reducir los casos de apatridia de 1961); Bélgica (art. 1 de la Convención NU para reducir los casos de apatridia de 1961), siempre que no se acredite la posesión de otra nacionalidad antes de los dieciocho años o la emancipación (art. 10 del Código de la Nacionalidad de 2013); Bulgaria (art. 1 de la Convención NU para reducir los casos de apatridia de 1961 y art. 10 de la Ley de Nacionalidad de 1998, reformada en 2010); Croacia (art. 1 de la Convención NU para reducir los casos de apatridia de 1961); Dinamarca (art. 1 de la Convención NU para reducir los casos de apatridia de 1961); Eslovaquia [art. 1 de la Convención NU para reducir los casos de apatridia de 1961 y art. 5.1.b) y c) de la Ley de Nacionalidad de 1993]; Eslovenia (art. 9 de la Ley de Nacionalidad de 1991); España [art. 17.1.c) Código Civil]; Finlandia (art. 1 de la Convención NU para reducir los casos de apatridia de 1961 y Secciones 4 y 9.1.3 de la Ley de Nacionalidad de 2003, reformada en 2007); Francia: siempre que durante la minoría de edad no se le atribuya la nacionalidad de algún progenitor (art. 1 de la Convención NU para reducir los casos de apatridia de 1961 y art. 19.1 del Código Civil); Grecia (art. 1.2 del Código de la Nacionalidad de 2004); Hungría [art. 1 de la Convención NU para reducir los casos de apatridia de 1961 y art. 3.3.a) de la Ley de Nacionalidad de 1993]; Irlanda [art. 1 de la Convención NU para reducir los casos de apatridia de 1961 y Sección 6 (3) de la Ley de Nacionalidad de 1953/2004]; Italia [art. 1.1.b) Ley de la Nacionalidad de 1992]; Letonia: requiere previa solicitud y está sometida a condiciones relativas a la residencia y ausencia de antecedentes penales (art. 1 de la Convención NU para reducir los casos de apatridia de 1961 y Sección 3.1 de la Ley de nacionalidad de 1994, reformada en 2013); Lituania (art. 1 de la Convención NU para reducir los casos de apatridia de 1961 y art. 10 de la Ley de Nacionalidad de 2002, reformada en 2003); Malta [Sección 5 (1) de la Ley de Nacionalidad (chapter 188)]; Países Bajos (art. 1 de la Convención NU para reducir los casos de apatridia de 1961); Polonia (art. 14.2 de la Ley de Nacionalidad de 2009); Portugal (art. 1 de la Convención NU para reducir los casos de apatridia de 1961); República Checa: requiere que al menos uno de los progenitores tenga un permiso de residencia en el territorio checo de más de noventa días (art. 1 de la Convención NU para reducir los casos de apatridia de 1961 y Sección 5.ª de la Ley de Nacionalidad de 2013); Rumania (art. 1 de la Convención NU para reducir los casos de apatridia de 1961); Reino Unido (art. 1 de la Convención NU para reducir los casos de apatridia de 1961); Suecia (art. 1 de la Convención NU para reducir los casos de apatridia de 1961).

¹⁰ Bélgica (art. 11 del Código de la Nacionalidad de 2103); España: con excepción de los hijos de funcionarios diplomáticos y consulares [art. 17.1.b) Código Civil]; Francia (arts. 19-3 y 19-4 del Código civil); Luxemburgo (art. 1 de la Ley de Nacionalidad de 2008); Países Bajos: exige que el nacido en territorio holandés tenga su residencia principal en tal territorio de padre o madre que a su nacimiento hayan tenido dicha residencia y sean a su vez hijos de padre o madre que hayan tenido dicha residencia principal al momento de su nacimiento; se exige pues nacimiento y residencia legal y principal de tres generaciones (art. 3.3 de la Ley de Nacionalidad de 2003, reformada en 2010); Portugal [art. 1.d) de la Ley de Nacionalidad de 1981, reformada en 2006].

¹¹ Sección 9.2 de la Ley de Nacionalidad de 2003, reformada en 2007.

tos excepcionales, sólo cinco Estados reconocen el derecho a la nacionalidad por *ius soli* vinculada a la residencia de los progenitores en el territorio, y en los cinco casos dicha residencia debe ser legal. De hecho, el único Estado que contempla esta posibilidad con la misma generosidad que la República Dominicana es el Reino Unido, que se limita a exigir que el padre o madre tenga permiso de residencia o residencia permanente en el Reino Unido¹². Irlanda requiere una residencia legal de un progenitor de una duración de al menos tres años en los cuatro anteriores al nacimiento u obtención del permiso de residencia permanente¹³. Portugal exige solicitud y residencia legal de cinco años anteriores al nacimiento, y se excluyen los hijos de padres al servicio del Estado de origen¹⁴. Bélgica contempla asimismo la necesidad de residencia legal en Bélgica al menos cinco años de los diez anteriores al nacimiento¹⁵. Y, finalmente, la Ley de Nacionalidad alemana, reformada en 2014, exige ocho años de residencia legal de un progenitor o permiso de residencia permanente, siempre que acrediten no ostentar otra nacionalidad y que confirmen dicha nacionalidad a los veintitrés años¹⁶.

Ciertamente, la mayoría de los países del continente americano, y en concreto los correspondientes a casi todos los jueces que suscriben la sentencia de la CIDH (México, Brasil, Costa Rica, Chile) reconocen con mayor generosidad el *ius soli*. No se trata, sin embargo, de un criterio de aplicación universal en la región. Además de la República Dominicana y del propio Haití (art. 11 de la Constitución), otros países de la OEA, como Surinam¹⁷ o Colombia¹⁸, contienen restricciones al *ius soli* en caso de nacidos de padres extranjeros sin establecimiento o domicilio legal en el territorio. En todo caso, esta coincidencia geográfica, motivada por la tradición inmigrante del continente, no puede justificar una especie de costumbre internacional regional amparada en alguna suerte de *opinio iuris*, en especial cuando una solución contraria se incluye en las constituciones de algunos Estados. Como contraste, la implacable práctica de los Estados de la Unión Europea a negar el *ius soli* a los nacidos de progenitores en situación ilegal impide cualquier afirmación en este sentido. Sin embargo, según la CIDH dicha práctica europea uniforme conculcaría los límites impuestos a la competencia exclusiva de los Estados derivados de las reglas de Derecho internacional que configuran la nacionalidad como un derecho humano. Semejante revolución, inédita desde los dictámenes del TPJI sobre la cuestión en 1929, hace casi un siglo, merece que nos detengamos con más detalle en los argumentos de la CIDH.

¹² Sección 1 (1) (b) de la Ley de Nacionalidad británica de 1981.

¹³ Secciones 6 (1), 6.A (1), 6.A (2) c) y d) y 6.B de la Ley de Nacionalidad de 1956/2004.

¹⁴ Art. 1.e) de la Ley de Nacionalidad de 1981, reformada en 2006.

¹⁵ Art. 11 del Código de la Nacionalidad de 2103.

¹⁶ Sección 4.ª (3).

¹⁷ Arts. 4 y 5 de la Ley de Nacionalidad de 1975.

¹⁸ Art. 96 de la Constitución colombiana, Dictamen del Consejo de Estado de Colombia de 30 de junio de 2005 y STC de Colombia T-1060/10, de 16 de diciembre de 2010.

3.2. Un argumento endeble: la confusión entre personalidad jurídica y nacionalidad

15. Ya se ha señalado que la CIDH lleva a cabo una vinculación entre el art. 3 y el art. 20 de la Convención, vinculando el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica con el derecho a la nacionalidad, llegando a concluir que «[u]na persona apátrida, *ex definitione*, no tiene personalidad jurídica reconocida, ya que no ha establecido un vínculo jurídico-político con ningún Estado». La CIDH lleva hasta el extremo esta afirmación, jurídicamente infundada como veremos, para concluir en una especie de «evicción internacional de la apatridia», que, desde luego, no está amparada por el Derecho internacional. El Derecho internacional no declara contraria a dicho Derecho la apatridia, sino que exige reconocer a apátridas y refugiados un determinado estatuto jurídico. Tampoco exige a los Estados otorgar su nacionalidad a la carta a cualquier individuo que acredite ser apátrida.

Las consecuencias jurídicas que extrae la CIDH de su afirmación están lógicamente viciadas por la falsedad de la premisa. La premisa correcta se formularía de la siguiente forma: «Una persona apátrida, *ex definitione*, tiene personalidad jurídica reconocida, ya que no es necesario ningún vínculo jurídico-político con ningún Estado para reconocer un derecho que es sustancial a la persona humana por el hecho de serlo, sin ninguna condición adicional». En efecto, la personalidad jurídica hace referencia a la existencia, subjetividad y capacidad jurídica de una persona, física o jurídica. El derecho humano a la personalidad jurídica exige el reconocimiento de esos atributos, y se orienta principalmente a cualquier norma o acto nacional que niegue a una persona su capacidad jurídica y su condición de sujeto con derechos y deberes, en el sentido que la propia CIDH ha establecido en la Sentencia de 25 de noviembre de 2001 en el caso *Bámaca Velásques c. Guatemala*¹⁹. El ejemplo extremo sería una legislación que no reconociera personalidad a los seres humanos por pertenecer a una determinada raza o religión, o por el hecho de ser extranjeros. En sociedades primitivas, el extranjero carecía de personalidad o capacidad jurídica y podía ser sometido a esclavitud, al no tener más estatuto que el de una cosa o *res nullius*.

16. La nacionalidad no afecta a la personalidad jurídica, sino a la personalidad «política». Determinados derechos políticos y civiles, englobados en la noción de «ciudadanía», requieren acreditar la nacionalidad de un determinado Estado. Sin embargo, la ausencia de nacionalidad, esto es, de determinados derechos o atributos políticos y civiles (como el derecho de acceso libre al territorio o el sufragio), no lleva aparejada la negación de personalidad jurídica. Los extranjeros (término que incluye a apátridas, refugiados y a cualquier no nacional) no sólo tienen personalidad jurídica, sino que dicha personalidad jurídica es fuente de los derechos humanos y fundamentales

¹⁹ Serie C, núm. 70. Véanse las esclarecedoras reflexiones de TOGOURDJA, H. y PANOUSSIS, I. K., *La Cour interaméricain de droits de l'homme (Analyse de la jurisprudence consultative et contentieuse)*, Bruylant, 2003, pp. 180-184.

más básicos, que se asocian a la persona humana por el hecho de serlo (como se infiere del propio art. 1.2 de la Convención Americana), tales como el derecho a la vida, a la integridad, a la identidad, a la libertad personal, a la tutela judicial efectiva, a contraer matrimonio, al libre desarrollo de la personalidad, etc. En el caso de los menores, además, este catálogo de derechos vinculados a la personalidad jurídica es aún más amplio, en razón del propio principio de protección de los menores.

Uno de los errores más claros de la decisión de la CIDH, que reproduce un planteamiento asimismo palpable en el *Caso de las Niñas Yean y Bosico c. República Dominicana*, es la asociación irreflexiva entre personalidad jurídica y nacionalidad. Muchas de las demandas de los particulares en ambos casos no necesitaban, en realidad, forzar el reconocimiento de la nacionalidad dominicana. Hubiera bastado con aplicar las obligaciones internacionales que, en virtud de las normas en materia de derechos humanos, exigen un determinado trato a los extranjeros y, en especial, la garantía de unos determinados derechos que son inherentes a la persona, es decir, a la personalidad jurídica, y no a la nacionalidad. Sobra decir que la personalidad jurídica de las personas físicas y los derechos que emanan de ella no pueden ser objeto de reconocimiento ni declaración, ni hacerse depender de la ciudadanía o condición nacional. Al ser inherente al ser humano, su reconocimiento y respeto únicamente dependen de acreditar la propia condición humana.

3.3. Un argumento capcioso: el principio de no discriminación

17. El punto 19 del fallo de la decisión de la CIDH obliga a la República Dominicana a derogar el art. 18.3 de la Constitución vigente, en la medida en que motiva la denegación de la atribución de la nacionalidad por *ius soli* en virtud de la situación irregular de los progenitores. Ya se ha mencionado que dicho fallo se fundamenta en la proyección del derecho a la igualdad ante la ley y el principio de no discriminación contenidos en los arts. 1 y 24 de la Convención. Sin embargo, existe una incoherencia entre el fundamento jurídico y el fallo. Por definición, el principio de igualdad ante la ley y el principio de no discriminación no afectan al contenido de la ley, sino a su aplicación indistinta. Dado que los criterios de atribución de nacionalidad son competencia exclusiva de la República Dominicana, podría decirse que la vulneración imputada no radica en admitir o no el *ius soli*, sino en el hecho de hacerlo de forma discriminatoria según que el individuo nazca en la República Dominicana de padres que se encuentren en situación regular o irregular.

Si tal es la premisa o fundamento del fallo, éste es incorrecto. La corrección de una situación discriminatoria implica restaurar la igualdad de trato. Pero dado que lo relevante no es el contenido de la ley, sino la igualdad de trato ante ella, dicha restauración de la igualdad admite dos posibilidades: bien otorgar el *ius soli* tanto a los hijos de padres que residan regular como irregularmente; o bien eliminar dicho derecho igualmente para todos. El art. 18.3 de la Constitución dominicana podría adaptarse a esta exigencia

simplemente con eliminar de forma radical el *ius soli*, con independencia de la situación migratoria de los progenitores, como por ejemplo ocurre en 23 de los 28 países de la Unión Europea. La CIDH no confiere a la República Dominicana esta posibilidad, pues le insta a esa modificación para evitar que la norma «tenga por efecto que la estancia irregular de los padres motive la denegación de la nacionalidad dominicana a las personas nacidas en territorio de República Dominicana». En suma, la decisión no está preocupada por la igualdad ante la ley, sino por el contenido de la ley. Y ello revela algo preocupante: el principio de discriminación parece un mero instrumento o excusa jurídica para alcanzar un resultado, político en realidad, de forma capciosa. En otros términos, en el mejor de los casos la Corte trata de ocultar un sofisma, que trataremos de revelar a continuación.

18. La asociación entre no discriminación y nacionalidad es fuente de confusión. El sofisma que sigue la CIDH es el siguiente: dado que el principio de no discriminación (arts. 1 y 24) se aplica, en particular, a la titularidad y el ejercicio de los derechos humanos recogidos en la Convención, y dado que el derecho a la nacionalidad es uno de esos derechos (art. 20), los Estados no pueden discriminar en el acceso a dicho derecho, a la nacionalidad, distinguiendo o discriminando por la concurrencia o no de residencia legal de los progenitores del nacido.

La afirmación es también falsa y es fruto de un sofisma, porque falsea una parte esencial de la segunda premisa para desnudar la competencia exclusiva del Estado en materia de nacionalidad: cuando la Convención se refiere a que todo ser humano tiene derecho a una nacionalidad, en modo alguno quiere significar que todo individuo tiene derecho a la nacionalidad de un determinado Estado. Como expusimos, el derecho a una nacionalidad es fuente de determinadas obligaciones internacionales, incluidas las que hacen referencia a la prevención de la apatridia, pero su contenido no afecta a las reglas generales por las que un Estado determina quiénes son sus nacionales, cuestión que le compete en exclusiva, siempre que venga determinada por razones objetivas o no discriminatorias por razón de sexo, raza, religión, etc., tal y como la propia CIDH estableció, con excelente criterio, en la Opinión Consultiva OC-4/84, de 19 de enero, sobre la Propuesta de Modificación de la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización²⁰.

En conclusión, si queremos hacer que el silogismo sea correcto, debemos reformular las premisas: la Convención exige que no haya discriminación en el ejercicio de los derechos humanos recogidos en ella; la adquisición de la nacionalidad de un determinado Estado depende de las reglas establecidas por cada Estado, siempre que no discriminen por razones subjetivas en razón de sexo, raza, religión o credo; luego una legislación que supedita la atribución de la nacionalidad a una condición objetiva como la residencia legal no

²⁰ Véase asimismo DAVIDSON, S., «The Civil and Political Rights Protected in the Inter-American Human Rights System», *The Inter-American System of Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 275.

está afectada por el derecho humano a la nacionalidad ni, en consecuencia, por el derecho a la no discriminación.

Podemos ilustrar de forma muy clara la inconsecuencia del sofisma de la CIDH extrayendo, precisamente, todas sus consecuencias, y no sólo las que interesan a la justicia del caso: En primer lugar, prácticamente todas las leyes de nacionalidad del mundo, incluidos los países de la OEA (salvo, quizás, la Argentina) serían contrarias a los derechos humanos, pues supeditan la naturalización o adquisición derivativa de la nacionalidad a un plazo determinado de residencia «legal», además de continua e inmediatamente anterior a la solicitud en muchos casos. Consecuentemente, la sentencia de la CIDH obligaría a derogar y modificar casi todas las Constituciones y leyes de nacionalidad de los países que han aceptado su jurisdicción, pues discriminan, en el acceso a la nacionalidad por naturalización, por razón de la situación migratoria del solicitante. Los residentes en situación ilegal no tienen derecho a adquirir la nacionalidad, con independencia del plazo de su residencia. Pero aún cabe ir más lejos: incluso, amén de la residencia legal, que es un requisito legislativo, muchas legislaciones establecen supuestos de distinción en razón de circunstancias subjetivas (incluida la propia nacionalidad extranjera), que no son contrarias a los derechos humanos, sino que se basan, precisamente, a la tendencia del Derecho internacional a considerar la nacionalidad como un vínculo efectivo o sociológico. A título de ejemplo, en el Derecho español, un ciudadano europeo debe acreditar un plazo de residencia legal de diez años, mientras que el plazo se reduce a dos en caso de iberoamericanos, andorranos, filipinos, ecuatoguineanos o portugueses [art. 22.1) del Código Civil]. Incluso dicho privilegio se concede si se trata de sefardíes, que es una circunstancia subjetiva, vinculada además en parte a una etnia, que no tiene relación con nacionalidad. La razón de la legalidad internacional de esta «discriminación» radica en que las circunstancias, aparentemente subjetivas, son en realidad objetivas, en la medida en que acreditan un vínculo sociológico, histórico o cultural particularmente estrecho con España.

19. La CIDH no tiene en cuenta, además, que tanto la esencia de la nacionalidad y de los diferentes estatutos migratorios o de extranjería estriba, precisamente, en una desigualdad de trato ante la ley, perfectamente legítima. La nacionalidad existe por oposición a la extranjería. Los nacionales tienen ciertos derechos, singularmente políticos, de los que no gozan los extranjeros, como ya hemos indicado. Pero los estatutos migratorios son asimismo diversos porque confieren una situación diversa ante la ley. Todos los extranjeros gozan, como también hemos señalado, de los derechos que emanan de la personalidad jurídica, de la propia condición de la persona. Pero otros derechos dependen del estatuto migratorio. Los extranjeros con permiso de residencia permanente pueden incluso acceder a derechos políticos como el sufragio activo y pasivo en determinados procesos electorales. En la Unión Europea, los «residentes de larga duración» acceden a muchas de las libertades reservadas a los ciudadanos europeos. Refugiados, apátridas o menores no acompañados gozan asimismo de estatutos jurídicos privilegiados. Los residentes lega-

les pueden acceder a determinados derechos laborales y sociales que pueden estar vedados a quienes residen ilegalmente. Los estatutos migratorios son, en consecuencia, circunstancias objetivas que legitiman la desigualdad de trato, incluso en materia de derechos fundamentales garantizados constitucionalmente para otros sujetos. La CIDH debió aplicarse su propia doctrina sobre «distinción» (razonable, proporcional y objetiva) y «discriminación» (irrazonable, desproporcionada o/y subjetiva), expresada en la Opinión Consultiva OC-18/03, de 17 de diciembre de 2003²¹, precisamente sobre *Condición Jurídica y Derecho de los Inmigrantes Indocumentados*, en las que se señala, por ejemplo, que un trato diferente de los trabajadores en razón de su estatuto migratorio no constituye una discriminación. La adquisición de la nacionalidad es, precisamente, uno de esos derechos o situaciones legales en que el estatus migratorio es determinante en todas las legislaciones del mundo, tanto en supuestos de atribución originaria de nacionalidad por *ius soli*, como en lo que respecta a la naturalización, por la sencilla razón de que la nacionalidad como derecho humano no limita la competencia exclusiva del Estado más que en la medida que se ha indicado más arriba.

20. Una de las afirmaciones más sorprendentes en los fundamentos jurídicos de la decisión de la CIDH en este punto es la que se refiere al régimen de extranjería autónomo de los nacidos respecto de sus progenitores: «El estatus migratorio de los padres no puede transmitirse a sus hijos». Ciertamente, la condición de la situación migratoria de un individuo no se transmite, pues no es un derecho o deber susceptible de transacción. La CIDH se refiere a la autonomía de la situación de extranjería del nacido respecto de sus progenitores, afirmación que carece de sustento alguno tras el más elemental análisis del derecho de extranjería de cualquier Estado. El estatuto jurídico de un menor puede ser, efectivamente, distinto al de sus padres, particularmente si el menor tiene la nacionalidad del Estado en el que nace o se encuentra, a diferencia de su progenitor, que puede ostentar una nacionalidad extranjera. Estas hipótesis son bien conocidas en el Derecho europeo²², y en tales casos la cuestión que suele plantearse es, precisamente, la «transmisión» del estatuto jurídico del menor a sus progenitores a cuyo cuidado están, cuyo régimen de entrada, permanencia y salida del territorio europeo queda protegido por las libertades y derechos asociados a la condición de ciudadano europeo del menor. A la inversa, los adultos que ostentan la nacionalidad de un Estado gozan de los derechos de agrupación familiar o de extensión de ese estatuto migratorio a sus hijos, incluso en la hipótesis de que éstos ostenten una nacionalidad extranjera.

Al margen de estos casos, en los supuestos típicos en que tanto el menor como sus progenitores ostentan una nacionalidad extranjera, el menor com-

²¹ Serie A, núm. 18. Véanse las reflexiones al respecto de HENNEBEL, L., *La Convention Américaine des droits de l'homme (Mécanismes de protection et étendue des droits et libertés)*, Bruselas, Bruylant, 2007, pp. 411-415.

²² STJCE de 19 de octubre de 2004 (as. C-200/02, *Zhu y Chen*, C-200/02), rec. I-9925; STJUE de 8 de marzo de 2011 (as. C-34/09, *Zambrano*), rec. I-1177.

parte plenamente el estatuto y el destino jurídico migratorio de sus progenitores, que obviamente pueden ser impedidos a acceder al territorio o expulsados de conformidad con las normas de inmigración y extranjería del Estado de acogida. La protección de menores impone únicamente un régimen especial o diferencial de los menores, respecto de los adultos, en caso de menores en situación de abandono, desamparo, o no acompañados²³, supuestos que poco tienen que ver con el caso planteado ante la CIDH. En estos casos, los derechos del menor, incluso garantizados por normas de Derecho internacional, exigen del Estado un régimen específico, que en el caso de España se deduce de lo dispuesto en el art. 35.7 de la Ley de Extranjería, desarrollado en el art. 196 su Reglamento, que establece un régimen de regularización o atribución de permiso de residencia a aquellos menores no acompañados cuya reagrupación o retorno a la familia o país de origen (repatriación) se haya acreditado imposible²⁴. En consecuencia, al margen de estos supuestos excepcionales relativos a menores no acompañados, la CIDH debería saber que la práctica jurídica de todos los sistemas de extranjería confirma que los hijos siguen el estatuto migratorio de sus padres, en particular en caso de expulsión de estos últimos, como la misma CIDH aconseja, en interés de los menores, en su Opinión Consultiva OC-21/14, de 19 de agosto de 2014, sobre Derechos y Garantías de Niños y Niñas en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección²⁵, emitida diez días antes que la sentencia que comentamos.

3.4. Un argumento escamoteado: apatridia y prueba de la nacionalidad

21. Aunque en el fallo de la decisión de la CIDH y, en particular, en el punto resolutivo 19, la prevención de la apatridia no acaba siendo determinante de la condena, lo es cierto es que la apatridia *de facto* sobrevuela la decisión, al igual que la sentencia dictada en el *Caso de las Niñas Yean y Bosico c. República Dominicana*. La CIDH lleva, sin embargo, la atribución de la nacionalidad por *ius soli* en supuestos de apatridia a un terreno que desborda, con mucho, la aplicación práctica de dicho principio por los Estados, y desde luego si nos atenemos a la práctica española, contenida en múltiples resolu-

²³ Éstos son los casos definidos por la propia ACNUR a menores de dieciocho años separados de ambos padres y que no están bajo el cuidado de ningún adulto que por ley o costumbre esté a su cargo. El art. 1 de la Resolución del Consejo de Europa de 26 de julio de 1997 precisa que se trata de «los nacionales de países terceros menores de dieciocho años que entran en el territorio de los Estados miembros sin estar acompañados por un adulto que sea responsable de ellos por la ley o por el hábito [...] así como menores nacionales de terceros Estados que fueron dejados solos después de entrar en el territorio del Estado miembro».

²⁴ Véase sobre dicho régimen ARMENTEROS LEÓN, M., *Tratamiento jurídico de los menores extranjeros en España (actualizado con el contenido del protocolo de 22 de junio de 2014)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 95-103; CABEDO MALLOL, V., *Menores no acompañados: los otros inmigrantes*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 41 y ss.; LÁZARO GONZÁLEZ, I. E. y MOROY ARAMBARRI, B. (coords.), *Los menores extranjeros no acompañados*, Madrid, Tecnos, 2010.

²⁵ Serie A, núm. 21.

ciones de la DGRN y a la puesta en práctica de los expedientes de declaración de nacionalidad con valor de simple en presunción como instrumento característico a tal efecto (Instrucción DGRN de 28 de marzo de 2007 relativa a la competencia de los Registros Civiles municipales y demás reglas relativas a los expedientes de declaración de nacionalidad española con valor de simple presunción). La unificación de doctrina en este punto exige dos requisitos imprescindibles para la atribución de la nacionalidad española por *ius soli* vinculada a una situación de apatridia del nacido en España: la presentación de la certificación literal de nacimiento en España del interesado y la prueba por el solicitante de que el ordenamiento jurídico de la nacionalidad de los progenitores no le otorga la nacionalidad española.

22. Por lo que se refiere al primer punto, la sentencia de la CIDH podría haber vinculado la prevención de la apatridia, como límite a la competencia exclusiva del Estado en materia de nacionalidad, al defectuoso funcionamiento de los propios registros civiles dominicanos, susceptible en ciertos puntos de impedir una correcta prueba de dicha circunstancia e impedir el efecto útil de las obligaciones internacionales al respecto. Aunque tales defectos son objeto de análisis en la decisión, lo cierto es que dicha argumentación no es clara en modo alguno ni se invoca en el sentido concreto que estamos analizando.

23. La prueba de la apatridia es, con todo, el punto débil en el planteamiento de la CIDH. En el sistema español corresponde a las partes, como principio general, la prueba del Derecho extranjero, correspondiente a la nacionalidad de los progenitores, que justifica la no atribución de la nacionalidad de dicho Estado. Ciertamente, como acredita la práctica registral de la DGRN, dicho conocimiento del Derecho extranjero puede hacerse valer por el encargado del registro civil y por la propia DGRN en relación con supuestos-tipo o reiterados referidos a determinados sistemas jurídicos extranjeros en materia de nacionalidad²⁶. Aplicando esa práctica a los ciudadanos haitianos, se trataría de comprobar el contenido de la ley haitiana, cuya Constitución, en su art. 11, establece con claridad el principio de *ius sanguinis*: «[c]ualquier persona nacida de padre o madre [h]aitiana, quienes además sean haitianos de nacimiento y nunca hayan renunciado a su nacionalidad, tendrán derecho a la nacionalidad haitiana desde su nacimiento».

En contra de este criterio, seguido por muchos Estados²⁷, la CIDH declara insuficiente la prueba del Derecho extranjero y exige a los Estados la «certeza» de que efectivamente, y al margen del tenor de las normas jurídicas

²⁶ Una sistematización de esta práctica y de esos supuestos-tipo en España puede consultarse en ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., *Nacionalidad de los hijos de extranjeros nacidos en España*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, sin fecha, 49-82; también en *Nociones básicas de Registro Civil y problemas frecuentes en materia de nacionalidad*, Madrid, 2014, publicada por la Federación de Servicios a la Ciudadanía de CCOO, pp. 97-112.

²⁷ La necesidad de que el interesado acredite o pruebe la apatridia ha sido dictaminada, por ejemplo, por la Decisión del Consejo de Estado de Bélgica (Sala 3.ª) de 26 de junio de 1973, núm. 15941, en el asunto *Nemeth*.

vigentes en el país de la nacionalidad de los progenitores, la persona afectada tiene *de facto* derecho a la adquisición de la nacionalidad extranjera. De esta forma, la CIDH transforma el objeto de la prueba de la apatridia en una cuestión de hecho y no en una cuestión legal, en contra de la concepción que prima en este punto, tanto en el Derecho interno (a la luz, por ejemplo, de la práctica registral española), como en el Derecho internacional²⁸; e invierte la carga de la prueba. Esta exigencia comporta, en realidad, una presunción prácticamente *iuris et de iure* de la apatridia y no se conforma con las reglas admitidas en materia de prueba de la nacionalidad o de la apatridia.

Por una parte, la prueba de la nacionalidad a partir de documentos de identidad o pasaportes o mediante certificaciones de registro civil constituye en todo caso una prueba *iuris tantum* de la nacionalidad. La nacionalidad, en realidad, sólo puede acreditarse con total certeza a través de una sentencia judicial, que debe ser dictada por el Estado cuya nacionalidad se pretende²⁹. Dicha prueba plena, sin embargo, no está al alcance del Estado de nacimiento, pues los tribunales del Estado extranjero correspondiente a la nacionalidad de los progenitores tienen competencia exclusiva para determinar la posesión de la nacionalidad de dicho Estado. Si añadimos a este dato jurídico la realidad fáctica de las dificultades para obtener certificaciones registrales y documentos de identidad en un Estado fallido y caótico como Haití, el resultado es la imposición a la República Dominicana de una prueba diabólica o imposible, que le obliga a reconocer la apatridia en virtud de una inversión de la carga de una prueba que, además, es imposible.

24. El resultado de estas cuestiones jurídicas, puestas en su contexto, lleva en realidad a hacer recaer en el Estado dominicano la responsabilidad por la situación jurídica y fáctica en Haití. Si, a pesar de lo dispuesto en la Constitución haitiana, la nacionalidad haitiana sólo se concede *de facto*, al menos en ciertos casos, a los hijos de padre haitiano, y no a los hijos de madre haitiana, la apatridia vendría determinada por una norma contraria a la no discriminación por razón de sexos en materia de nacionalidad. Ello no afectaría a la obligación de la República Dominicana de reconocer el *ius soli* para prevenir dicha situación de apatridia³⁰; pero si se combina esta cuestión con la imposibilidad de obtener datos registrales sobre los progenitores de origen haitiano o documentos de las autoridades haitianas que permitan conocer los hechos esenciales necesarios para completar un expediente con valor de presunción, y al mismo tiempo se obliga a la República Dominicana

²⁸ Véanse ya a este respecto las reflexiones de WEIS, P., *Nationality and Statelessness in International Law*, Londres, Steven & Sons, 1956, pp. 203-236, esp. pp. 220-222.

²⁹ Véase SÁNCHEZ LORENZO, S., «La prueba de la nacionalidad», en FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., *Derecho español de la nacionalidad*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 117-119.

³⁰ Aunque para algunos autores la obligación internacional de atribuir la nacionalidad por *ius soli* en estos supuestos sería meramente subsidiaria de la obligación de otro Estado (Haití), en este caso reforzada por ser asimismo parte del mecanismo convencional, de atribuir su nacionalidad al niño cuya filiación o mayor conexión vincula a dicho Estado (véanse NOWAK, M., *UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, Kehl, Engel, 1993, p. 434; JOSEPH, S., SCHULTZ, J. y CASTAN, M., *The International Covenant on Civil and Political Rights*, 2.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 648).

a garantizar una certeza absoluta de que el interesado adquiriría la nacionalidad de origen de un Estado fallido, al margen del mero tenor y contenido de sus reglas jurídicas, la consecuencia es obvia: la República Dominicana tendría la responsabilidad objetiva de reconocer el derecho de *ius soli* a los hijos de haitianos nacidos en la República Dominicana, simplemente con que estos solicitantes mantuvieran una actitud pasiva, se negaran a proporcionar información documental e, incluso, al margen de la constancia del *ius sanguinis* en la Constitución haitiana.

25. No está de más recordar, finalmente, que la prevención de la apatridia no es un principio absoluto. En particular, puede darse una situación legal de apatridia provocada por un cambio de nacionalidad, con pérdida de la nacionalidad de origen, y una pérdida sobrevinida de la nacionalidad adquirida como sanción³¹. El caso *Rottmann*, resuelto por la STJUE de 2 de marzo de 2010 (as. C.-135/08) puede ser ilustrativo a este respecto³². La atribución de la nacionalidad del Estado de nacimiento por *ius soli*, al tratarse de una nacionalidad de origen, refuerza, en cambio, el carácter sólido de dicha nacionalidad y las limitaciones casi absolutas a la posibilidad de pérdida (los arts. 23 y 24 de la Constitución Dominicana sólo contemplan la pérdida de los derechos políticos asociados a la ciudadanía, pero no la nacionalidad en sí misma).

4. MORALEJA: EN DERECHO NO CONVIENE MATAR MOSCAS A CAÑONAZOS, NI GIGANTES CON MATAMOSCAS

26. La CIDH debería haber centrado su argumentación en la imputación a la República Dominicana de una responsabilidad contraria al derecho humano a la nacionalidad, traducida concretamente en una privación ilegítima de la nacionalidad dominicana, en su caso, combinada con una medida de expulsión de dicha persona o de un grupo de personas de la misma condición, cuya calificación como ilícito internacional no plantearía graves discusiones³³. Pero para ello tendría que haber sorteado ciertos obstáculos, algunos insalvables.

27. En primer lugar podría haber sustentado la condena a la República Dominicana en el hecho de que los expulsados fueran dominicanos en virtud

³¹ No obstante, en la República Dominicana tampoco cabe perder la nacionalidad derivativa consolidada por el transcurso de cinco años (art. 17 de la Ley 1683 sobre naturalización de 1948).

³² Se refiere este caso a la ciudadanía europea como derecho político. Un austriaco pierde la nacionalidad de origen al adquirir la alemana, pero en Alemania, tras comprobar que es un delincuente, se le priva de la nacionalidad alemana. Como consecuencia de esta decisión deviene apátrida (pues no recupera la nacionalidad austriaca) y pierde, por tanto, la ciudadanía europea. Aunque la determinación de las normas sobre atribución de la nacionalidad es competencia exclusiva de cada Estado miembro, se plantea si estas reglas y su aplicación vulneran el derecho a la ciudadanía europea. El tribunal aplica aquí, por analogía, la regla de reconocimiento típica de las libertades, y no se opone a dicha aplicación si la privación de la nacionalidad está justificada por razones de interés general y es proporcional.

³³ Véase HENCKAERT, J. M., *Mass Expulsions in Modern International Law and Practices*, La Haya, Nijhoff, 1995, p. 140; VERWILGHEN, M., «Conflicts de nationalités (plurinationalité et apatridie)», *R. des C.*, t. 277 (1999), pp. 164 y ss.

del *ius sanguinis*, si al menos uno de los progenitores hubiese sido nacional dominicano. Según la relación de hechos, algunos casos particulares encajaban en esta hipótesis.

28. En segundo lugar, la privación injustificada de la nacionalidad dominicana podía debatirse, como se debatió, en torno al problema de la interpretación «retroactiva» del criterio de *ius soli* previsto en las Constituciones dominicanas desde 1966 hasta 2010, en relación con los nacidos de progenitores «en tránsito», llevada a cabo en 2013 por la STC dominicana 0168/13, como un hecho unido a la corrección de las irregularidades endémicas de las inscripciones de nacimiento y la concesión correspondiente de la cédula de identificación y electoral por las autoridades registral a nacidos en territorio dominicano de padres haitianos, sin mención correcta de la nacionalidad de los progenitores. La STC tuvo el efecto de establecer la interpretación del art. 11 de aquellas constituciones, entendiéndolo referido a los nacidos de progenitores en situación migratoria «legal». En términos jurídicos, esta interpretación no constituye una sanción o medida de privación de la nacionalidad. Como ya se ha dicho, las cédulas o documentos de identidad, al igual que las certificaciones registrales, son pruebas de la nacionalidad *iuris tantum*, que pueden ser legítimamente contradichas mediante un procedimiento judicial, máxime cuando dicha contradicción resulta de la interpretación de la norma constitucional por el propio Tribunal Constitucional. Obviamente, la competencia exclusiva del Estado en materia de nacionalidad conlleva asimismo la competencia exclusiva para interpretar las normas internas que la rigen. Aunque la interpretación el Tribunal Constitucional sobre la diferencia de «tránsito» y «transeúnte» (sección argumental 3.1, apdo. 1) pueda ser discutible, no es arbitraria. Si la motivación de esa interpretación pudiese ser calificada como «arbitraria», estaría en juego no sólo el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los extranjeros, sino que la CIDH también podría imputar al Estado, a través del Tribunal Constitucional como uno de sus órganos, la responsabilidad internacional por proceder *de facto* a una privación de nacionalidad con múltiples destinatarios³⁴. Dado que calificar la interpretación del TC dominicano como «arbitraria» resulta muy difícil en términos jurídicos, pues sus fundamentos son extensos y razonados, aunque puedan suscitar abiertas discrepancias, la CIDH (§ 324) parece abandonar esta línea de análisis para insistir en los argumentos que ya hemos criticado³⁵.

³⁴ Véase en esta dirección la SCIDH de 6 de febrero de 2001 en el caso *Ivcher Bronstein c. Perú*, Serie C, núm. 74.

³⁵ «En conclusión, la STC/0168/13, dados sus alcances generales, constituye una medida que incumple con el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, normado en el art. 2 de la Convención Americana, en relación con los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, al nombre y a la nacionalidad reconocidos en los arts. 3, 18 y 20, respectivamente, del mismo Tratado, por resultado que las personas en cuestión "adquieran" la nacionalidad dominicana, ello, precisamente, resulta de darles un trato de extranjeros que no se condice con la plena observancia de su derecho a la nacionalidad al que debieron acceder desde su nacimiento. Por tanto, someter a las personas referidas a una posibilidad, sólo por un limitado tiempo, de acceder a un proceso que eventualmente puede derivar en la "adquisición" de una nacionalidad que en realidad ya deberían detentar, implica someterlas a un obstáculo en el goce de su derecho a la nacionalidad. Por tanto, en este aspecto, la Ley núm. 169-14, en

29. La tercera opción, finalmente, requería haber incidido en la prevención de la apatridia como exigencia requerida por el Derecho internacional de la nacionalidad, con el fin de conceder el *ius soli* a los nacidos en territorio dominicano de padres desconocidos o cuya ley nacional (haitiana) no atribuyera al nacido la nacionalidad haitiana. Ya hemos puesto de relieve de qué forma poco consistente la CIDH maneja en este caso la cuestión de la apatridia, más sustanciosa en el *Caso de las Niñas Yean y Bosico c. República Dominicana*, y la poca coherencia del fallo con este eventual argumento.

30. Pero incluso aunque la CIDH hubiese logrado demostrar cualquiera de las hipótesis anteriores, y hubiese condenado legítimamente a la República Dominicana por una expulsión masiva amparada en una privación ilegítima de la nacionalidad o en un déficit de la prevención internacionalmente exigible de la apatridia, el caso es que el punto resolutivo 19 sigue sin tener sentido alguno. En ninguno de esos casos, bajo ningún concepto, sobre la base de argumento alguno, la CIDH puede esgrimir el derecho humano a la nacionalidad ni el derecho humano a la igualdad de trato ante la ley para obligar a la República Dominicana a derogar el actual art. 18.3 de la Constitución Dominicana, que limita el *ius soli* a aquellos nacidos en territorio dominicano de padres que tengan residencia legal en territorio dominicano.

Esta conclusión deslegitima en realidad la sentencia, que parece «matar moscas a cañonazos» sin necesidad alguna. Conviene insistir en que muchos de los derechos y de las pretensiones de las partes demandantes podrían haber tenido cumplida respuesta a través de la Convención y del simple respeto a los derechos humanos que incumben tanto a nacionales como a extranjeros, sin necesidad de tener que retorcer hasta un punto sospechoso la competencia exclusiva de los Estados en materia de nacionalidad.

Por lo demás, volviendo al contexto de la decisión, parece difícil creer, como se ha dicho en algún medio, que la CIDH estaba de alguna forma condicionada por la orientación política de la Comisión, y de la propia OEA, con el fin de instrumentar la solución del caso para la solución de un problema político y humanitario de primer orden, porque lo cierto es que pecaría de enorme ingenuidad: no pueden matarse gigantes con matamoscas, y aquí la CIDH estaría haciendo el papel de sastrecillo valiente. El problema humanitario de Haití necesitará, más allá de la CIDH, una solución política global que no puede consistir, simplemente, en abrir de par en par las puertas de un vecino terrestre que trata de forma ardua de resolver sus propias diferencias sociales, salir definitivamente del subdesarrollo y consolidar sus propias expectativas de supervivencia. Para entender la dimensión del gigante político, si una Corte aplicara la misma doctrina de esta decisión en Europa, la legislación sobre nacionalidad de los veintiocho Estados miembros sería contraria

los arts. 6, 8 y 11, resulta un acto violatorio de las obligaciones convencionales, inclusive de adoptar disposiciones de derecho interno, en relación con los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, al nombre y a la nacionalidad, así como, en relación con tales derechos, el derecho a la identidad, en perjuicio de [...]. A su vez, por motivos análogos a los ya expresados (*supra* párrs. 316 y 317), vulnera el derecho a la igual protección de la ley».

a los derechos humanos, y debería ser reformada para permitir que, sólo en España, todos los hijos nacidos en nuestro territorio de cinco millones de inmigrantes ilegales accedieran a la nacionalidad española. Éstas son, en términos políticos y demográficos, las cifras de una estadística comparativa del problema. Mucho es de temer que la única solución a tal efecto llamada, con el único fin de garantizar la propia supervivencia económica de un país cuya renta *per cápita* es la tercera parte de la española, no sería otra que el blindaje de la frontera con muros y cuchillas.

Lo dicho: no se puede matar gigantes con matamoscas, y los caminos de los derechos humanos son inextricables. Acortarlos a través de sofismas y socavando los principios jurídicos puede ser tan bienintencionado como, por error, tratar de apagar un fuego con gasolina. Por desgracia, el avivado fuego ha dado lugar a que fuera llevado ante el TC dominicano un recurso de inconstitucionalidad contra el Instrumento de Aceptación de la Competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, emitido por el presidente de la República sin la intervención del Parlamento prevista en la Constitución para la celebración de tratados internacionales, fundamentado en particular en lo dispuesto en el art. 46 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados. La STC 0256/2014³⁶ ha declarado la inconstitucional de dicho acto, y uno no puede dejar de sospechar que a la CIDH le han proporcionado una dosis de su propia medicina: lastimoso final.

RESUMEN

DERECHOS HUMANOS Y COMPETENCIA EXCLUSIVA DEL ESTADO EN MATERIA DE NACIONALIDAD

La sentencia de la CIDH de 28 de agosto de 2014 obliga a la República Dominicana a modificar su Constitución para conceder la nacionalidad por *ius soli* a los hijos de padres extranjeros que residan irregularmente en territorio dominicano. Sobre la base de los derechos humanos a la personalidad jurídica, a la no discriminación y a la nacionalidad, la CIDH determina un recorte sin precedentes a la competencia exclusiva del Estado en materia de nacionalidad. La presente nota contiene un análisis crítico de los fundamentos de la CIDH.

Palabras clave: competencias exclusivas del Estado, derechos humanos, *ius soli*, nacionalidad.

ABSTRACT

HUMAN RIGHTS AND THE EXCLUSIVE POWER OF THE STATE TO CONFER CITIZENSHIP

The judgment issued by the Inter-American Court of Human Rights (IACHR) on 28 August 2014 requires the Dominican Republic to modify its Constitution in order to guarantee the right to Dominican nationality for individuals born in the Dominican Republic to

³⁶ <http://www.tribunalconstitucional.gob.do/node/2762>.

parents that are illegal residents. The IACHR's ruling represents an unprecedented limitation on the State's exclusive power to confer citizenship on the grounds of the obligation to respect the human rights of persons with respect to juridical personality, non-discrimination and nationality. This commentary undertakes a critical analysis of the legal arguments presented by the IACHR.

Keywords: exclusive powers of the State, human rights, *ius soli*, citizenship.

RÉSUMÉ

DROITS DE L'HOMME ET COMPÉTENCE EXCLUSIVE DE L'ÉTAT EN MATIÈRE DE NATIONALITÉ

L'arrêt de la CIDH du 28 août 2014 oblige la République dominicaine à la réforme de sa Constitution afin d'accorder la nationalité en vertu du *ius soli* aux fils de parents étrangers qui résident irrégulièrement sur le territoire de la République. La CIDH établit une limite sans précédents à la compétence exclusive des États en matière de nationalité, en se fondant sur les droits de l'homme à la personnalité juridique, à la non-discrimination et à la nationalité. Cette note contient une analyse critique des arguments juridiques de la CIDH à cet égard.

Mots-clés: compétences exclusives des États, droits de l'homme, *ius soli*, nationalité.