

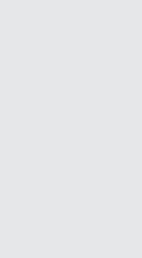
Revista de **CIENCIAS JURÍDICAS**

VOLUMEN II NO. 3 | JULIO - SEPTIEMBRE 2014 | ISSN 0379-8526



Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra

Revista de Ciencias Jurídicas
Volumen II No. 3



PUCMM

Pontificia Universidad Católica
Madre y Maestra

Unidad Editorial
Dirección de Comunicaciones Corporativas

© Pontificia Universidad Católica
Madre y Maestra, 2014

Cuidado de edición
Carmen Pérez Valerio
Encargada de la Unidad Editorial

Corrección
Ylona De la Rocha Camilo
José Benjamín Rodríguez Carpio

Diseño y diagramación
Rafael Montes de Oca

Impresión
Amigo del Hogar

Impreso en República Dominicana, 2014
Printed in the Dominican Republic

La revista de Ciencias Jurídicas es una publicación trimestral de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, coordinada por el Departamento de Ciencias Jurídicas. Está dirigida a estimular la investigación científica en el área jurídica y que los resultados divulgados respondan a las necesidades de la comunidad nacional e internacional. Contiene tres secciones fijas: Doctrina, Legislación y Jurisprudencia.

Revista de CIENCIAS JURÍDICAS

VOLUMEN II No. 3
JULIO-SEPTIEMBRE 2014
ISSN 0379-8526

CONSEJO EDITORIAL

Dirección general
Julio Miguel Castaños Guzmán
Director del Departamento de
Ciencias Jurídicas, CSTA

Ylona De la Rocha Camilo
Directora del Departamento de
Ciencias Jurídicas, CSTI

Asesor
Félix Contreras Mejuto
Vicerrector Académico de Grado

Comité evaluador
Julio Miguel Castaños Guzmán
Ylona De la Rocha Camilo
José Benjamín Rodríguez Carpio
Manuel Ulises Bonnelly Vega

Comité de redacción
José Ramón Vega Batlle
Claudio Aníbal Medrano
Juan Reyes Eloy
Carlos Manuel Martínez

Comité de apoyo
Mayelin Rodríguez P.
Estéfany Peña E.
Paloma Fernández Gonzalo
Wilson Martínez Pérez

CONTENIDO

- 5** **SEMBLANZA**
Dr. José Augusto Vega Imbert
- 7** **DOCTRINA**
- 7** **DERECHO MERCANTIL**

El impuesto a la distribución de dividendos aplicable a las entidades establecidas en las zonas francas de la República Dominicana: Un contrasentido
- 16** **DERECHO CONSTITUCIONAL**

El carácter vinculante de la jurisprudencia de las jurisdicciones internacionales en materia de derechos humanos
- 39** **DERECHO CIVIL**

Los tratos preliminares: Una aproximación a la formación del contrato
- 54** **JURISPRUDENCIA**
- 54** **DERECHO DEL TRABAJO**

Análisis de la sentencia dictada por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia en fecha 18 de junio del año 2014 sobre el trabajador víctima del VIH: Dos épocas, un fin.
- 63** **LEGISLACIÓN**

Decreto No. 366.97 que aprueba el Reglamento para la Aplicación de la Ley No. 8-90, sobre Zonas Francas, de fecha 15 de enero de 1990. G.O. 9962.

SEMBLANZA



Dr. José Augusto Vega Imbert

José Augusto Vega Imbert

Doctor en Derecho
Universidad de Santo Domingo

En el año 1952 el Dr. José Augusto Vega Imbert obtuvo el grado de doctor en Derecho en la Universidad de Santo Domingo. Se desempeñó como docente en la carrera de Derecho de la entonces Universidad Católica Madre y Maestra en la ciudad de Santiago (único campus existente para la época), desde el año 1973 hasta el año 1981, destacándose en las áreas Derecho Civil y Derecho Comercial.

En un primer período de cinco años, aproximadamente, fue profesor titular de las asignaturas de Derecho Civil y Sucesiones y Liberalidades. En un segundo período, impartió las asignaturas Sociedades Comerciales y Contratos Comerciales, disciplinas donde demostró gran conocimiento y dominio, como resultado de su dilatado ejercicio profesional y su amplia experiencia en la práctica jurídica.

Durante el período 1982 a 1986 se dedicó a labores diplomáticas, llegando a ostentar el cargo de Secretario de Estado de Relaciones Exteriores (Canciller) de la República Dominicana.

Posteriormente, en el período 2000 a 2004, fue nombrado embajador de la República Dominicana ante el Reino de España.

Como miembro de distintas entidades de la sociedad civil en la ciudad de Santiago de los Caballeros, el Dr. José Augusto Vega Imbert ha ocupado diversos puestos directivos en instituciones como la Asociación para el Desarrollo, Inc., el Instituto Superior de Agricultura y la Corporación Zona Franca Industrial de Santiago, Inc.

Durante la década de los años 70 fue presidente del equipo Águilas Cibaeñas en tres oportunidades, del que ha sido miembro de su consejo de administración por más de tres décadas. En la actualidad, es presidente honorario (ad vitam) de dicha agrupación en la cual continúa participando activamente.

Es socio fundador de la firma Vega Imbert & Asociados, la cual ofrece servicios legales desde hace más de 35 años, caracterizándose por un ejercicio apegado a los principios éticos, el trabajo en equipo y la respuesta eficiente a las necesidades de sus clientes.

En su local principal, ubicado en la ciudad de Santiago de los Caballeros, funcionó inicialmente la firma Vega Bircann & Asociados, bajo la dirección del Dr. José A. Vega Imbert y el Dr. Luis A. Bircann Rojas, focalizando sus servicios en el Derecho empresarial, orientado a las zonas francas.

En 1989 adoptó el nombre de “Dr. J. A. Vega Imbert & Asocs.”, constituyendo una de las firmas líderes en asesoría jurídica en la República Dominicana y proveedora de servicios legales de la más alta calidad, de sólida reputación nacional e internacional, que proyecta los valores de integridad, ética y responsabilidad.

El impuesto a la distribución de dividendos aplicable a las entidades establecidas en las zonas francas de la República Dominicana: Un contrasentido

José Ramón Vega Batlle*

SUMARIO

- I. Introducción y antecedentes
- II. La Ley No. 8-90 y la repartición de dividendos
- III. Artículo 8 de la Ley de Reforma Fiscal No. 253-12:
Una disposición legal desacertada
- IV. Conclusión

Resumen

Las zonas francas de exportación han sido uno de los sectores que durante muchos años ha aportado notablemente a la economía nacional. Este régimen especial ha sido beneficiado con exenciones fiscales amparadas en la Ley No. 8-90 y, gracias a ello, este mercado se fue ampliando y consolidando con la inversión extranjera.

El artículo 8 de la Reforma Fiscal No. 253-12 estableció una carga impositiva a las empresas establecidas en zonas francas sobre la distribución de dividendos. Este texto contradice de manera notable el espíritu de la ley que regula esa actividad económica y acarrea una gran cantidad de efectos negativos que, si se aplicara, afectaría directa e indirectamente todo el país.

Por tales motivos, se considera prudente que cualquier modificación prevista para la legislación actual, deba hacerse tomando en consideración los intereses de todas las partes involucradas.

Abstract

The export processing zones have been one of the sectors which for many years has contributed significantly to the national economy. This special regime has benefited from tax exemptions covered by Law No. 8-90 and as a result, this market was expanding and consolidating foreign investment.

Article 8 of the Tax Reform No. 253-12 established a tax burden to companies established in export processing zones on the distribution of dividends. This text significantly contradicts the spirit of the Law No. 8-90 and brings negative effects, if applied, directly and indirectly would affect the whole country.

For these reasons, it is prudent that any intended to change the current legislation should be made taking into consideration the interests of all parties involved.

(*) El autor es abogado en ejercicio, especialista en Derecho Civil, Derecho Comercial y en el régimen de las zonas francas. Ha sido profesor del Departamento de Ciencias Jurídicas de la PUCMM.

I. INTRODUCCIÓN Y ANTECEDENTES

Está fuera de discusión los enormes beneficios sociales y económicos que la República Dominicana ha recibido del régimen especial de las zonas francas de exportación durante más de cuatro décadas.

En el año 1970, con el firme propósito de crear fuentes de trabajo y obtener divisas, el Estado Dominicano, utilizando la ficción jurídica de la “extra-territorialidad”, incentivó y promovió zonas especiales, rodeadas de muros infranqueables, para que en ellas se instalaran empresas dedicadas a la manufactura de productos de exportación.

Numerosas empresas nacionales y foráneas se acogieron a este esquema, atraídas, entre otros factores, por cuatro incentivos básicos y primordiales: A) 100% de exención de todo impuesto a la importación de equipos y maquinarias; B) 100% de exención de todo impuesto a las importaciones de materia prima y componentes; C) 100% exención de todo impuesto a las exportaciones de productos terminados; y D) 100% de exención del impuesto sobre la renta, aplicable a las sociedades.

Ese esquema básico fue consagrado por la Ley No. 8-90 de 1990, sobre Fomento de las Zonas Francas, marco legal en el cual este sector ha desarrollado sus actividades exitosamente, durante los últimos 24 años.

En efecto, la referida Ley No. 8-90 es un modelo incuestionable de una norma eficiente y práctica, un texto sencillo, breve y preciso, con incentivos bien definidos y administrado por un órgano mixto, compuesto por funcionarios estatales y personalidades del sector privado, reunidos en el Consejo Nacional de Zonas Francas. Este Consejo ha sabido enfrentar armoniosamente los retos del sector, de manera institucional y en colaboración con otras agencias del gobierno, logrando solucionar los problemas que han surgido a través de los años, conciliando intereses y creando condiciones óptimas, para que los productos dominicanos puedan ser competitivos en los mercados internacionales.

Basta recordar que la República Dominicana, en el período 1999-2003, fue el tercer suplidor de pantalones a los Estados Unidos a nivel mundial; que es actualmente el mayor exportador de cigarros “Premium” del mundo y que se perfila como un suplidor de calzados de gran importancia para el mercado norteamericano. Toda esa producción se generó y se está generando, al amparo de los incentivos y mecanismos para el funcionamiento de este régimen especial, creados por la ya mencionada Ley No. 8-90.

Compromisos internacionales vinculantes asumidos por nuestro país exigen un cambio en nuestra legislación de zonas francas. De manera particular, el Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y los

Estados Unidos (DR-CAFTA), en cumplimiento del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias de la Organización Mundial del Comercio, obliga a revisar determinados incentivos creados por la Ley No. 8-90, tales como los basados fundamentalmente en el resultado de las exportaciones.

Una nueva ley de zonas francas deberá ser promulgada antes de finalizar el año 2015 y el legislador dominicano tendrá la difícil tarea de conciliar los intereses del sector exportador de zonas francas, con los intereses de los productores que operan fuera de ese sector, enfocados primordialmente al mercado interno, pues la nueva ley debe permitir la venta de los productos de zona franca en el mercado local, sin limitaciones. Ese reto, actual y latente, escapa del objetivo de este trabajo, que se enfocará en un tema muy particular y de gran interés para los inversionistas nacionales y extranjeros del sector zona franca: Los impuestos a la distribución de dividendos aplicables a las empresas del sector.

En el contexto del cambio de legislación que deberá producirse en un futuro cercano, reviste gran interés analizar la situación que actualmente afecta a las empresas del sector, provocada, en primer término, por la Ley No. 8-90, que no contempló, de manera expresa, una exención a la distribución de dividendos aplicable a las entidades acogidas al régimen de zonas francas y luego, por una desacertada legislación reciente, que, de manera abrupta, desconociendo los principios básicos y el espíritu de la Ley No. 8-90, grava dichos dividendos. Preciso es destacar que, afortunadamente, esa nueva legislación no ha sido aplicada aun por la Dirección General de Impuestos Internos.

II. LA LEY NO. 8-90 Y LA REPARTICIÓN DE DIVIDENDOS

Para una mayor claridad, explicaré primero el “vacío legal” y las razones por las que este problema no tuvo relevancia por un largo período, para luego referirme a una solución jurisprudencial, impuesta por el entonces Tribunal Contencioso Tributario, que resolvió correctamente el problema.

A. Un “vacío legal”

Al no haberse contemplado en la ley especial de zonas francas una exención expresa al pago del impuesto sobre la distribución de dividendos, que aplica a las entidades que operan fuera del régimen especial de zonas francas (Art. 308 del Código Tributario), existió siempre la duda sobre la aplicación o no de este texto a las empresas acogidas a dicho régimen especial.

Varias razones influyeron para que este problema no se planteara ni fuera de interés durante mucho tiempo. En primer lugar, que por tratarse de beneficios

generados en zona franca, no sujetos a impuestos, no podía aplicarse lógicamente el impuesto a la distribución de dividendos. En efecto, ¿qué sentido práctico tendría la exención impositiva a los beneficios de las entidades autorizadas a operar bajo la ley de zonas francas, si se gravan los dividendos de los inversionistas en esas empresas?

Igualmente, al tratarse de beneficios generados en zona franca y por el concepto de “extra-territorialidad fiscal” que le es inherente y esencial, no podían dichos dividendos considerarse como provenientes de “una fuente dominicana”, como exigía el citado artículo 308 de nuestra ley tributaria.

No obstante lo anterior, ante el “vacío legal”, por la no consagración expresa de la exención a este impuesto, los nuevos inversionistas, aconsejados por sus asesores legales y económicos, utilizaron sociedades extranjeras como vehículos corporativos para operar en zona franca. De hecho, la gran mayoría de las entidades que operan en el sector son extranjeras, aunque un número considerable de ellas son propiedad de inversionistas dominicanos. Cabe señalar que, para operar en nuestro país, algunas entidades multinacionales, por mandato de la legislación que le es aplicable en el país de origen de su entidad madre, tuvieron que incorporar su vehículo corporativo de conformidad con las leyes de la República Dominicana.

Pero sin dudas, lo que más incidió en que este fuera un tema intrascendente por mucho tiempo, fue que, durante las tres primeras décadas de vigencia del sistema, el Estado Dominicano no manifestó el más mínimo interés fiscal en las operaciones de las empresas de zona franca, porque sus ingresos provenían esencialmente de las recaudaciones de aduanas.

No fue sino hasta mediados de la primera década de los años 2000 que el gobierno comenzó a mostrar su inclinación a gravar las actividades de las zonas francas, al producirse cambios estructurales significativos que afectaron los ingresos gubernamentales, como consecuencia de los acuerdos suscritos por el país, en el marco de la Organización Mundial del Comercio y el correspondiente desmonte de la tarifas arancelarias.

En ese orden de ideas, a partir del año 2005, se exigió a las entidades acogidas a este régimen especial, presentar una declaración de impuestos para fines “informativos”. Simultáneamente, la Dirección General de Impuestos Internos inició, de manera constante, la revisión del cumplimiento estricto, a cargo de las empresas de zona franca, de sus obligaciones fiscales, como agente de retención en cuanto a los pagos a terceros y a sus propios empleados. El concepto de “extra-territorialidad fiscal” comenzaba a atenuarse y la injerencia del fisco en el sector a hacerse sentir.

Como era de esperarse, surgió también el criterio, de parte de las autoridades fiscales de que la Ley No. 8-90, al ser una ley especial, que deroga el derecho

común, tenía que interpretarse restrictivamente y que, si no había una exención expresamente consagrada del impuesto a la distribución de dividendos, ese gravamen era aplicable a las entidades que operan en zona franca.

El problema que se suscitó a raíz de este cambio de paradigma por la Dirección General de Impuestos Internos fue considerable, pues muchas entidades subsidiarias de grandes corporaciones extranjeras (incorporadas bajo las leyes dominicanas) tenían en sus estados financieros dividendos significativos retenidos, que entendían exentos del pago de impuesto.

Analizaré a continuación una decisión judicial que estableció un precedente en esta materia, creando, momentáneamente, una solución satisfactoria, a favor de los inversionistas amparados en el régimen especial que nos ocupa.

B. Una solución jurisprudencial adecuada

El 17 de marzo del año 2005, el entonces Tribunal Contencioso Tributario, mediante sentencia número 013-2005, ordenó a la Dirección General de Impuestos Internos la devolución a la entidad Eaton Cutler and Hammer, S.A. de una suma de dinero pagada por concepto de impuestos a la distribución de dividendos, aplicando en toda su extensión el concepto de “extra-territorialidad fiscal” en el cual se fundamenta el régimen de zonas francas.

El considerando fundamental en el cual se sustenta esta acertada decisión es el siguiente:

“Considerando, que conforme a nuestro Código (Ley No. 11-92) de fecha 16 de mayo de 1992 en su artículo 308 sobre dividendos pagados o acreditados en el país establece la retención sobre dividendos pagados o acreditados en el país, cuando esos dividendos sean de fuente dominicana; que en el caso de la especie por ser la empresa recurrente una empresa de zonas francas no constituyen sus beneficios renta de fuente dominicana; que asimismo al establecer la Ley 8-90 sobre Zonas Francas de exportación una exención del impuesto sobre la renta, la recurrente no estaba obligada a efectuar la retención sobre los dividendos pagados a sus accionistas, por lo que procede a rechazar en ese aspecto el dictamen del Magistrado Procurador General Tributario.”

Sin dudas, a la luz de esta correcta interpretación judicial, quedó zanjado el problema momentáneamente, y no se tuvo conocimiento de que en los años subsiguientes otras empresas enfrentaran situaciones similares. Sin embargo, ese intervalo de tranquilidad en el sector terminó abruptamente cuando en noviembre de 2012 fue aprobada la Ley de Reforma Fiscal No. 253-12, la cual, en su artículo 8, establece, de manera expresa, la aplicación del impuesto sobre distribución de dividendos y situaciones similares a las entidades clasificadas como zona franca, lo cual se analiza a continuación.

III. ARTÍCULO 8 DE LA LEY DE REFORMA FISCAL NO. 253-12: UNA DISPOSICIÓN LEGAL DESACERTADA

El controversial artículo presenta una modalidad atípica y es que su entrada en vigencia está supeditada a la aprobación de una disposición similar por uno cualquiera de los países del DR-CAFTA, por lo que conviene examinar el texto en cuestión y luego, la condición para que pueda entrar en vigencia.

A. El texto

El referido artículo establece íntegramente lo siguiente:

“ARTÍCULO 8. Se modifica el Artículo 308 del Código Tributario de la República Dominicana, establecido a través de la Ley No.11-92 y sus modificaciones, para que en lo adelante se lea de la siguiente manera:

“Artículo 308. Dividendos Pagados o Acreditados en el País.

Quienes paguen o acrediten en cuenta dividendos o que de cualquier otra forma distribuyan utilidades de fuente dominicana a personas físicas, jurídicas o entidades, residentes o no residentes, deberán retener e ingresar a la Administración Tributaria, como pago único y definitivo, el diez por ciento (10%) de ese monto. La Administración Tributaria determinará mediante norma las formas de distribución de utilidades distintas de los dividendos, teniendo en cuenta lo dispuesto en el Artículo 291 de este Código Tributario.

Párrafo I. Dividendos en Caso de Inversión Directa.

Toda persona jurídica o entidad propietaria de acciones de capital de una segunda persona jurídica, deberá establecer una cuenta de dividendos. Cuando la primera persona moral reciba dividendos de la segunda persona jurídica, deberá excluir de su renta bruta la cantidad neta recibida y procederá a incluir dicha cantidad en su cuenta de dividendos. Los dividendos subsiguientes de la primera persona jurídica a sus accionistas deberán ser calculados de la cuenta de dividendos hasta el límite de ésta y no estarán sujetos a la retención prevista en la parte capital de este artículo.

Párrafo II.

Los establecimientos permanentes situados en el país deberán retener e ingresar esta misma suma cuando remesen cantidades a su casa matriz por este concepto o uno similar.

Párrafo III.

Las disposiciones previstas en este artículo se aplicarán a las empresas de zonas francas cuando cualquier país signatario del Acuerdo de Libre Comercio suscrito con Estados Unidos de América, conjuntamente con los países del Mercado Común Centroamericano (DR-CAFTA, por sus siglas en inglés), haya

El impuesto a la distribución de dividendos aplicable a las entidades establecidas en las zonas francas de la República Dominicana: Un contrasentido, José Ramón Vega Battle.

aprobado un impuesto de la misma naturaleza para personas jurídicas acogidas a regímenes fiscales similares.”

Al instaurar esta disposición, el legislador introduce cambios sustanciales al sistema vigente aplicable al régimen especial de zonas francas y atenta contra los cimientos del mismo, pues, al gravar la distribución de dividendos y pagos por conceptos similares, se crea un interés legítimo para que la autoridad fiscal lleve a cabo fiscalizaciones a todas las operaciones en las zonas francas y en particular, se interese, de igual manera, en las relaciones de las empresas acogidas al régimen y sus casas matrices. Todo ello, con miras a detectar posibles repatriaciones de dividendos, debiendo –presumiblemente– para esos fines establecer precios de transferencias referenciales y otras medidas de evaluación y estimación similares, algo que hasta ahora no se contemplaba en la ley ni en la forma en que opera este régimen especial.

Lo anterior resultaría de difícil aplicación, teniendo en cuenta el esquema operativo habitual de las empresas establecidas en zonas francas, ya que es conocido que un porcentaje importante y mayoritario de las empresas del sector opera como “centro de costo”, es decir, como una entidad que recibe únicamente los fondos necesarios para cubrir sus gastos operacionales.

La seguridad jurídica se vería afectada en forma dramática, pues las inversiones realizadas al amparo de la Ley No. 8-90 quedarían abruptamente desprovistas de los incentivos en base a los cuales se efectuaron.

Nada de lo anteriormente expuesto favorece el objetivo y la misión de un sistema de incentivos como el de las zonas francas, que es el de crear empleos y generar divisas, lo cual es una necesidad actual para el país igual o mayor que cuando se creó ese régimen especial.

Si se pierde la transparencia y la eficiencia del sistema y las empresas que operan o se instalan bajo este régimen se ven sujetas al pago de impuestos por repatriación o a esquemas fiscales complejos, será muy difícil la captación de nuevos inversionistas y que se mantengan los que actualmente están operando.

B. Entrada en vigencia del texto

Aquí entramos en el terreno difícil de la incertidumbre y de las situaciones “sui generis” al margen del derecho, incompatibles con un régimen de incentivos, pues la ley estableció que no entrará en vigencia, hasta tanto uno cualquiera de los países miembros del DR-CAFTA tenga una disposición legal similar.

Lo problemático y paradójico es que tanto Honduras como El Salvador ya tenían esas disposiciones similares vigentes en sus respectivos sistemas jurídicos a la fecha de ser promulgada nuestra Ley de Reforma Fiscal del año 2012, por lo que carecía de sentido dicha condición para la entrada en vigencia de la ley.

En el caso de El Salvador, el artículo 72 de su Ley Fiscal de Impuesto sobre la Renta (aplicable a las sociedades comerciales conjuntamente con el artículo 158 del Código de Impuestos de ese país, modificado por el decreto legislativo No. 957 del 15 de diciembre del 2011), establece, sin lugar a equívocos, la obligación expresa de retener un porcentaje de los dividendos a ser distribuidos a los accionistas de las entidades de zona franca.

No obstante lo anterior, conociendo los efectos nocivos de esta disposición, nuestras autoridades no están aplicando el citado artículo 8 de la Ley No. 253-12 y se especula extraoficialmente que no lo harán, hasta tanto todos los países del DR-CAFTA tengan una legislación similar.

Este intervalo, excepcional en el umbral de la aprobación de una nueva ley sobre la materia que, como ya señalamos, deberá producirse en el año 2015, es oportuno y conveniente. Nuestros legisladores y autoridades gubernamentales deben ponderar la necesidad de evitar los efectos negativos que tendría para nuestra economía y para la reputación del país, como centro internacional de manufactura confiable, una modificación traumática de la Ley No. 8-90 y del sistema creado a su amparo.

IV. CONCLUSIONES

1- La Ley No. 8-90 es un marco jurídico que ha servido de instrumento adecuado y eficiente para el buen desempeño de un sector clave y exitoso de la economía dominicana.

2- La modificación del régimen actual de zonas francas, por efecto de los acuerdos internacionales vinculantes suscritos por el país, no debe ser traumática y, en ese orden, debe ser consensuada con el propio sector afectado e implementada, de manera gradual en el tiempo, respetando los derechos adquiridos por los inversionistas y estableciendo, de manera expresa, la exención de los impuestos en caso de distribución de dividendos, por ser de la esencia de este régimen especial de incentivos.

3- La nueva legislación debe derogar el párrafo III del artículo 8 de la Ley de Reforma Fiscal del año 2012, cuya aplicación ha sido afortunadamente demorada (hasta el momento) por las autoridades encargadas de aplicarla, por sus implicaciones dramáticas sobre el sector de zonas francas y perjudiciales para el país. En efecto, es inconcebible una ley de incentivos para que los inversionistas se mantengan o establezcan en el país si, por otro lado, se contemplan situaciones fiscales complejas y de difícil aplicación.

4- La derogación de este párrafo y la adopción de una ley adecuada de zonas francas, es necesaria para que la República Dominicana pueda continuar promoviéndose como un enclave ideal por sus incentivos legales, infraestructura,

estabilidad política, cercanía geográfica con los Estados Unidos y, sobre todo, por el trabajo eficiente y confiable de las personas que laboran en este pujante y exitoso sector de la economía.

5- Es sorprendente cómo la modificación del marco jurídico de uno de los sectores básicos de la economía nacional es ajena al debate jurídico cuando, por sus implicaciones sobre el futuro de nuestro país, debería ser objeto de análisis y estudio por abogados practicantes y académicos que sirvan de guía, para que las autoridades nacionales tomen las decisiones correctas.

El carácter vinculante de la jurisprudencia de las jurisdicciones internacionales en materia de derechos humanos

Claudio Anibal Medrano Mejía*

SUMARIO

- I. Reflexión inicial
- II. Particularidad de las decisiones de la Corte Interamericana
- III. Disenso y reticencia ante los efectos de los fallos de la Corte
- IV. Reacciones del TC y otros sectores
- V. La competencia contenciosa de la Corte. Interpretación
- VI. Reconocimiento de la Jurisdicción contenciosa de la Corte por los poderes públicos
- VII. La posibilidad de responsabilidad internacional por el desconocimiento de las disposiciones de la CADH y de las decisiones de la Corte IDH
- VIII. Reconocimiento de la jurisdicción de la Corte derivado de otros indicadores de la práctica estatal
- IX. Reflexiones finales

Resumen

En este artículo se aborda el tema de la relación entre la soberanía de los Estados y la protección internacional de los Derechos humanos; en particular, la relación jerárquica entre las decisiones de las jurisdicciones constitucionales de los Estados parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y las de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se analiza el carácter vinculante de las decisiones de esta Corte para el Estado dominicano, a partir de la postura del Tribunal Constitucional de la República Dominicana en relación con este tema.

El autor sostiene que no existen en el país disposiciones que se opongan al reconocimiento de la jurisdicción de la Corte Interamericana, no pudiendo denunciarse válidamente su competencia contenciosa y consultiva, estando los órganos del Estado dominicano sujetos a los precedentes de este tribunal internacional, organismo que ha de tener la última palabra en materia de derechos humanos.

Abstract

This article deals with the relationship between state sovereignty and the international protection of human rights, in particular, the hierarchical relation among the decisions of the constitutional courts of the States Parties to the Inter-American Human Rights System and the decisions of the Inter-American Court of Human Rights.

The decisions of this Court are legally binding to the Dominican Republic. The author argues that all the Dominican state bodies are subject to the precedents of this international Court, which have the final say on matters concerned with human rights.

(*) El autor es Magistrado Juez Presidente de la Cámara Penal de la Corte de Apelación del Departamento Judicial de San Francisco de Macorís y profesor de la asignatura Derecho Constitucional en el Departamento de Ciencias Jurídicas de la PUCMM.

I. REFLEXIÓN INICIAL

Este es un tema relevante, polemizado por la carga de pasiones que ha desatado, pero escrutable como la gruta más oscura. No se toca para denostar al Tribunal Constitucional (en lo adelante TC o el Tribunal), con quien ha sido y es afable colaborador quien esto escribe, incluso aquí cuando dicente, como a menudo lo hace, frente al consenso mayoritario interno sus jueces, desde el Presidente, hasta el menos encumbrado de sus miembros.

Por lo tanto, el tema se aborda porque, en el escenario de universidad, la verdad y la ciencia van de la mano y en el mundo del Derecho no hay tópicos tan sensibles como aquellos que atañen a la suerte de un grupo humano: los que aluden a la identidad de la persona, su dignidad, su libre desarrollo o su pertenencia a un grupo o espacio territorial del que puedan ser excluidos.

No procura tampoco el presente escrito, poner en duda la supremacía de las decisiones del TC en el plano interno, sino rescatar y ejercitar el derecho a disentir, en el plano académico, de las decisiones que, desconociendo la misión del TC, por razones formales, no admiten decisiones divergentes de otros órganos del Estado. Ante todo, busca reflexionar sobre la relación jerárquica entre las decisiones de las jurisdicciones constitucionales en los Estados parte y las de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en lo adelante Corte IDH o la Corte). Para un Estado constitucional y democrático, nada empaña tanto su seguridad, como aquello que arriesga la integridad de su espacio territorial, la gobernabilidad y la protección de los derechos y garantías de sus habitantes, elementos esenciales, sin los cuales se pone en duda la propia existencia del Estado y del Derecho. De ahí que la civilización humana, en el Estado constitucional, no los desprotege, ni aun en los momentos excepcionales, hoy gobernados por el ordenamiento interno e internacional¹.

En el mundo contemporáneo, el mundo de los Estados constitucionales, la soberanía estatal se halla limitada por la defensa internacional de los derechos humanos, en la que tienen interés todos los Estados del mundo², lo que no puede ignorarse al momento de analizar el tema propuesto, ni mucho menos la orientación de la jurisprudencia de la Corte y la práctica de los Estados parte.

La Constitución dominicana proclama el reconocimiento y aplicabilidad de las disposiciones del Derecho Internacional, en la medida en que sus poderes

1. CADH. Arts. 2, 27, 29, 30 y 64. Ver además, Corte IDH, opiniones consultivas OC-8 de 30 de enero de 1987 y OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Cfr.: Estado dom. Const. de 2010, arts. 72, 74 y 266.5.
2. Carrillo Salcedo, Juan Antonio (1995). *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en el Derecho Internacional Contemporáneo*. Editorial Tecnos, Madrid, España. 1ra. edición reimpressa en 1996. P. 19.

públicos las hayan adoptado³. Esto ha servido para que algunos juristas nacionales procuren restar vinculatoriedad al estatuto de la Corte Interamericana y, consecuentemente, a las decisiones de la Corte, pretextando que la República Dominicana no ha ratificado ese instrumento.

Se ha llegado a afirmar que República Dominicana sometió al Congreso la competencia de la Corte de Justicia Internacional y la cláusula facultativa, anexa al Protocolo de Estatuto y que fue aprobada por Resolución número 584 de fecha 13 de diciembre de 1926. De igual manera, que el Congreso dominicano aprobó la Corte Penal Internacional, mediante la Resolución 117-05 del 3 de marzo del año 2005, tal como lo exigía la Constitución de entonces en sus artículos 37.14 y 55.6 (hoy arts. 93.1, letra l y 128.1, letra d).

Como argumento retórico, quienes pretenden dudar de la preponderancia jurisdiccional de los fallos de la Corte IDH, se preguntan por qué el reconocimiento de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no fue enviado al Congreso para su aprobación. La cuestión es saber, más que la respuesta a esta interrogante, si existe un fundamento legal o constitucionalmente válido y sostenible para plantearse estas dudas.

Entre los partidarios del desconocimiento de la jurisdicción de la Corte, se ha sostenido también que quienes parten del criterio opuesto, retuercen el contenido y el espíritu de los tratados internacionales y del Derecho interno, para justificar posiciones, contrarias a la institucionalidad y a los intereses de la República Dominicana, al reconocer la jurisdicción de la Corte interamericana y la vinculatoriedad de sus decisiones para la República, sus órganos y sus autoridades. Hay una dicotomía, aparente o real, lo que genera la necesidad de reflexionar sobre a quién o quiénes la jurisprudencia, la práctica y el Derecho confieren validez en su posición respecto a la vinculatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH⁴.

II. PARTICULARIDAD DE LAS DECISIONES DE LA CORTE INTERAMERICANA

Hay que tomar en cuenta que las decisiones de la Corte IDH difieren de las que adopta la Corte Internacional de Justicia (y otros órganos de esta naturaleza), en que sus decisiones no están destinadas a regular conflictos interestatales o entre sujetos de Derecho Internacional, en el plano internacional, sino,

3. Const. Dom. de 2010. Art. 26.

4. Corte IDH (1999, 24 de septiembre) "Tribunal Constitucional vs Perú". Cfr. FJ 39: Si un Estado se somete a la cláusula facultativa de acepción de la competencia de contenciosa de la Corte Interamericana -consagrada en el art. 62.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos- queda vinculado a la integridad de ésta, y comprometido con la garantía de protección internacional de los derechos humanos, pudiendo sustraerse a la competencia de aquella mediante la denuncia del tratado como un todo.

esencialmente, conflictos de los Estados con las personas sobre las cuales se extiende la jurisdicción de su Derecho interno, en ocasión del cumplimiento de las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos.

La Corte IDH juzga, en cierto modo, la convencionalidad de la actuación estatal en el espacio regional americano, en cuyo ámbito actúa como jurisdicción supletoria, cuando los Estados no cumplen o aplican de manera inadecuada o insuficiente las disposiciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, de modo que interviene cuando se han agotado los procedimientos del Derecho interno de sus Estados miembros. Los Estados son así, los primeros responsables en garantizar la observancia efectiva de las obligaciones que resultan del sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos.

Cuando el conflicto llega a la Corte IDH y esta decide, imponiendo obligaciones a los Estados parte encausados, su actuación no termina con la decisión de condena. El estatuto de la Corte le confiere una potestad de supervisión de su ejecución, derivada de las disposiciones del artículo 65 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en tanto, le exige someter a la consideración de la Asamblea General de la organización un informe sobre su labor en el año anterior, en cada período ordinario de sesiones y, de manera especial, con las recomendaciones pertinentes, le exige señalar “los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos”.

En orden a lo anterior, es preciso tomar en consideración que, bajo las disposiciones del artículo 67 de la Convención, “El fallo de la Corte será definitivo e inapelable” y, en caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte tan solo “lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo”.

Más aún, el artículo siguiente de la Convención (68.1) no deja dudas sobre la obligación de los Estados parte de someterse a los fallos de la Corte, al prescribir expresamente: “1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”.

III. DISENSO Y RETICENCIA ANTE LOS EFECTOS DE LOS FALLOS DE LA CORTE

Algunas cortes y tribunales supremos han hecho críticas abiertas ante criterios sostenidos por la Corte IDH, unos para rebelarse⁵, otros para terminar

5. Caso de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, Sentencia Núm. 1942, del 15 de julio de 2003 en torno a las “leyes de desacato”; del Tribunal Constitucional dominicano, asunto de Juliana Deguis, derecho a la nacionalidad; TC/00168/2013.

aceptando su vinculatoriedad⁶. Desde luego, en los casos de rebeldía, de parte de órganos de la jurisdicción interna, ante las decisiones de la Corte IDH, la reacción de ésta ha sido firme⁷.

En el caso concreto de Venezuela, como el Perú de Fujimori, ha mantenido una línea frontal frente a ciertos criterios de la Corte IDH. Se sabe que la Corte interamericana ha venido recomendando a los gobiernos diversas cuestiones relativas a la eliminación de las denominadas “leyes de desacato”. Ha establecido que los Estados deben, en los casos tratados: a) derogar las leyes penales sobre difamación para reducir ésta al ámbito del derecho civil; b) limitar las sanciones por difamación para que no coarten la libertad de opinión y el derecho a la información; c) prohibir que las autoridades públicas entablen demandas por difamación, con el fin de impedir las críticas a su gestión o para mantener el orden público; d) evitar que las leyes sobre difamación atenten contra el debate abierto de las cuestiones de interés público o contra el principio de que los funcionarios públicos deben tolerar un grado mayor de crítica que el común de los ciudadanos; e) calificar de difamatorias solamente las expresiones ostensiblemente exageradas; y, f) continuar garantizando que la carga de la prueba recaiga en quien diga haber sido difamado y no en el demandado⁸.

Sin embargo, en su sentencia Núm. 1942, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de la República Bolivariana de Venezuela estableció la habilitación de la censura previa judicial, actuación con la que desconoció frontalmente las obligaciones derivadas de los tratados relativos a derechos humanos y el sistema internacional de protección de la persona humana.

Aquella sentencia de la jurisdicción constitucional de Venezuela ha sido objeto de críticas por parte de organismos internacionales de derechos humanos, como la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la OEA y especialistas de diversos ámbitos. En ella se deja establecido que las decisiones de esos órganos internacionales de protección de los Derechos Humanos, no son de obligatorio cumplimiento y carecen de aplicación o son inaplicables, si violan la Constitución o no se han agotado los recursos judiciales internos; que lo contrario sería subvertir el orden constitucional y atentar contra la soberanía del Estado.

6. CSJN, de Argentina (2004); caso “Bulacio”, la CSJN, no obstante algunas críticas relativas al tratamiento del caso como un Crimen de Lesa Humanidad, sostuvo que correspondía en principio subordinar el contenido de sus decisiones a lo resuelto por la Corte IDH, dado el carácter obligatorio de las sentencias de este Tribunal. Igual y más resuelta posición mantuvo en el caso “Expósito”. Esta apertura se muestra a partir de la reforma constitucional de 1994, que en Argentina, como en República Dominicana (Art. 74.3 CD de 2010), reconoce jerarquía constitucional a los principales instrumentos internacionales de derechos humanos, aunque como recepción especial.
7. Corte IDH. Caso Tribunal Constitucional vs. Perú. 24 de septiembre de 1999.
8. Relator Especial de la ONU para la Libertad de Expresión.

Concretamente, aquella sentencia de la Sala Constitucional de Venezuela, dictada el 15 de julio de 2003, deja establecido que:

[A las decisiones de esos organismos se les dará cumplimiento en el país, conforme a lo que establezcan la Constitución y las leyes, siempre que ellas no contraríen lo establecido en el artículo 7 de la vigente Constitución, el cual reza: “La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución”, siempre que se ajusten a las competencias orgánicas, señaladas en los Convenios y Tratados. Debido a ello, a pesar del respeto del Poder Judicial hacia los fallos o dictámenes de esos organismos, éstos no pueden violar la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como no pueden infringir la normativa de los Tratados y Convenios, que rigen esos amparos u otras decisiones. (...) La Sala considera que, por encima del Tribunal Supremo de Justicia y a los efectos del artículo 7 constitucional, no existe órgano jurisdiccional alguno, a menos que la Constitución o la ley así lo señale, y que aun en este último supuesto, la decisión que se contradiga con las normas constitucionales venezolanas, carece de aplicación en el país, y así se declara].

El fallo citado se apoya en el artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos para sostener un ámbito de decisión soberana, incontrolable por la Corte IDH. Afirma que:

[El artículo 2 del “Pacto de San José de Costa Rica”, es claro, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esa Convención, las medidas legislativas y de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades].

Sobre esa base, la Sala Constitucional del referido Tribunal Supremo de Justicia consideró, en el citado fallo, que las medidas de cualquier índole, destinadas a hacer cumplir en el país con los deberes y obligaciones en materia de Derechos Humanos, deben tomarse con arreglo a los procedimientos constitucionales y, por ende, a la Constitución misma y que:

(...) si tal es la posición de la Sala, con relación a la decisión de los organismos internacionales que por tener la competencia amparen derechos humanos, con mayor razón, la Sala rechaza las declaraciones de esos organismos que no se corresponden a dispositivos de fallos, sentencias u otro tipo de providencia jurisdiccional, como lo son recomendaciones, advertencias y manifestaciones similares; e igualmente, la Sala observa que los fallos o decisiones de organismos internacionales, supranacionales o transnacionales, que violen el derecho de defensa y otras garantías de naturaleza constitucional, como el debido proceso, son inaplicables en el país, a pesar de emanar de tales organismos internacionales reconocidos por la República. (...) Por otra parte, dado que la sociedad

internacional como sistema de Estados soberanos carece de órgano jurisdiccional central omnicompetente, las decisiones de los órganos judiciales internacionales existentes, institucionales o ad hoc (arbitrales), de carácter sectorial, para su ejecución en el Estado destinatario, no pueden obviar impunemente la soberanía nacional de estos].

La confrontación no puede ser más radical, por constituir casi una denuncia de la Convención y de la jurisdicción de la Corte⁹.

Coincidente con ese fallo, el gobierno venezolano desatendió un requerimiento posterior del Presidente de la Corte IDH efectuado el 30 de julio de 2003¹⁰, con fundamentos similares a la Sentencia 1942. Como reacción ante el desacato al requerimiento de su Presidente, el 8 de septiembre de 2003 el Pleno de la Corte ratifica el mismo, otorgando un plazo breve al Estado venezolano, para adoptar las medidas provisionales que le requería el Presidente e informar a la Corte. Preciso en sus fundamentos la especial gravedad del incumplimiento ocurrido frente al carácter obligatorio de las órdenes de la Corte, en este caso, precisamente a través de medidas urgentes y provisionales.

Más tarde, tras una polémica por otro caso, la Corte Suprema adoptó un inusual y atípico “Acuerdo” que incluye a la Sala Constitucional, mediante el cual pone de manifiesto su rechazo a las críticas vertidas respecto a la Sentencia 2013 de la Sala, en cuyos motivos se advierte consideraciones de especial interés para este análisis. Considera en sus fundamentos que:

“Las decisiones de este tribunal supremo de justicia en sus diferentes salas, no están sometidas a ninguna revisión por parte de instancias internacionales, porque ellas constituyen ejercicio pleno de nuestra soberanía y se dictan conforme a nuestro ordenamiento jurídico, en nombre del pueblo venezolano y como expresión de una patria libre”.

Es inevitable ponderar, ante lo planteado, siguiendo la jurisprudencia de la Corte, si una vez aceptada su jurisdicción, pudiera un Estado miembro denunciar el tratado o renunciar a sus implicaciones. Sin embargo, esto lo haremos al final.

IV. REACCIONES DEL TC Y OTROS SECTORES

Ante un escenario como este, la postura disidente que toma el Tribunal Constitucional dominicano en la Sentencia 00168-2013, frente a criterios sostenidos

9. Ayala Carao, Carlos M. (2007). La Ejecución de Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ISSN 0718-0195, en Revista Estudios Constitucionales, año 5, Núm. 1, Universidad de Talca, tomado el 31 de agosto de 2014, a las 5:11 p. m., ubicable en: http://www.cecoch.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/revistaano_5_1_htm/la_ejecucion5_1-2007.pdf
10. Corte IDH, Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 30 de julio de 2003, sobre medidas urgentes y provisionales solicitadas por la Comisión IDH, respecto de la República Bolivariana de Venezuela, Caso Marta Colomina y Liliana Velásquez.

por la Corte IDH en el caso Yean y Bosico¹¹, respecto de quiénes son nacionales dominicanos, al amparo de la Constitución anterior a la reforma de 2010, concita los cuestionamientos que motivan esta reflexión. Es decir, si el reconocimiento de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos debía ser enviado o no al Congreso para su aprobación o si existe un fundamento, legal o constitucionalmente válido y sostenible, para plantearse estas dudas.

No se trata de mera preocupación académica. El periodista Juan Bolívar Díaz, publica un análisis de la cuestión el 31 de agosto de 2014, en el periódico digital Acento.com.do, con el título “Sería absurdo desconocer la Corte de Derechos Humanos”. En el lead de la información, reseña que: “Hay preocupación en el gobierno y diversos ámbitos ante las persistentes versiones de que el Tribunal Constitucional declararía inconstitucional el reconocimiento de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

Allí destaca la existencia de una acción de inconstitucionalidad no contestada, sometida a la Suprema Corte de Justicia antes de la habilitación del Tribunal Constitucional, y que está hoy pendiente de decidir ante esta última jurisdicción. El veterano periodista emite aquel juicio de absurdez, sobre la base de que, de ser así, la declaración de inconstitucionalidad del referido acto del Ejecutivo, chocaría con la propia Ley Orgánica y sentencias del Constitucional y de la Suprema Corte de Justicia y obligaría a llevar la adscripción al Congreso Nacional, a no ser que se quiera denunciar la Convención Americana de Derechos Humanos. Siguiendo un artículo de Roberto Álvarez¹², estima Juan Bolívar, que “constituiría un grave aprieto para el gobierno ya que tal decisión podría ser declarada como un hecho ilícito internacional”.

En el referido artículo de Álvarez, a su vez, refiere a otro artículo de análisis que había publicado en el mismo diario digital el 3 de diciembre de 2013, titulado “RD se adhirió a la Corte Interamericana y sus decisiones son vinculantes”¹³. En aquel entonces, Álvarez analizaba lo siguiente:

“Uno de los importantes casos heredados por el Tribunal Constitucional (TC) de la Suprema Corte de Justicia (SCJ) es un recurso de inconstitucionalidad al reconocimiento de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (la Corte y CIDH) por el Gobierno el 25 de marzo de 1999, en el cual se alega que se violaron los artículos 3 y 37 (14) de la Constitución de 1994, que

11. Cfr.: Caso de las Niñas Yean y Bosico vs República Dominicana. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 8 de septiembre del 2005.

12. Álvarez, Roberto. Meterán al país en otro lío: R.D. y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Acento.com.do. 25 de agosto de 2014 - 9:25 a.m.

13. Álvarez, Roberto (2013). RD se adhirió a la Corte Interamericana y sus decisiones son vinculantes.<http://acento.com.do/2013/actualidad/1143065-rd-se-adhirio-a-la-corte-interamericana-y-sus-decisiones-son-vinculantes>. publicado el 3 de diciembre, acceso 31 de agosto de 2013, a las 6:29 pm.

exigía la aprobación por el Congreso de los tratados que celebre el Ejecutivo, ya que el Poder Legislativo nunca se pronunció sobre la aceptación de dicha competencia. La decisión del TC tendrá importantes repercusiones jurídicas y políticas para el país”.

Luego, como lo hacemos aquí, se pregunta si resulta válido el razonamiento de inconstitucionalidad y reseñaba en su artículo que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y el tratado que creó la CIDH fue ratificado por el Congreso en febrero de 1978, promulgado por el entonces Presidente Joaquín Balaguer, publicada su aprobación en la Gaceta 9460 y depositado posteriormente ante la OEA el instrumento de ratificación el 19 de abril de 1978, con lo que se dio cumplimiento a lo exigido por la Constitución.

Así, con sobrada razón, indicó que, como la Convención requiere una declaración especial para el reconocimiento de la competencia de la Corte, la República Dominicana la realizó el 25 de marzo de 1999, cuando depositó ante la OEA el poder expedido por el Ejecutivo, mediante el cual se reconocía como obligatoria la competencia de la CIDH.

En este orden de ideas, hacemos nuestras las preocupaciones del citado articulista. Este se pregunta: ¿Era necesaria una segunda aprobación por el Congreso reconociendo la competencia de la Corte? ¿Tiene ésta una epistemología jurídica o característica propia que la individualice y separe de la Convención y la eleve per se al equivalente de un tratado? El reputado jurista parece cerrar el aspecto internacional del tema en aquel artículo, señalando que: “si la intención de los Estados al elaborar la CADH hubiera sido la de requerir una segunda aprobación legislativa, (complementaria o anexa) la CIDH, hubiera sido establecida por un protocolo adicional, como en el caso del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU”. El paréntesis es nuestro. Luego, Álvarez recrea otros indicadores internos que revelan la aceptación de la jurisdicción de la Corte. En nuestro caso, creemos que existen razones de Derecho interno e internacional que reafirman la existencia de un reconocimiento válido de la jurisdicción consentida y consultiva de la Corte, que podría cerrar toda discusión en este plano y en la interpretación de los tratados.

V. LA COMPETENCIA CONTENCIOSA DE LA CORTE. INTERPRETACIÓN

Lo primero es que la propia Convención Americana de Derechos Humanos contiene expresa renuncia de los Estados partes a toda formalidad posterior en la adhesión al estatuto de la Corte y al reconocimiento de su jurisdicción. En efecto, la Convención consagra en su artículo 62.1, de manera expresa que:

El carácter vinculante de la jurisprudencia de las jurisdicciones internacionales en materia de derechos humanos, Prof. Claudio Anibal Medrano.

“1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención”.

Podría alegarse, ante la claridad de esta disposición convencional, que ello no supone una renuncia a la forma en que el Estado expresa su consentimiento. Pero, a sabiendas de que tal era su contenido, la Convención fue perfeccionada con esta mención y no hay lugar a oponer la reserva que hiciera en su momento sobre la jurisdicción de la Corte, porque no la hizo sobre el alcance esta posibilidad ulterior.

No olvidemos que la interpretación de los tratados es una materia regulada por principios y normas de Derecho internacional general, contenidos en la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados, bajo cuyas disposiciones el artículo 11 expresa: “El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado podrá manifestarse mediante la firma, el canje de instrumentos que constituyan un tratado la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión, o en cualquier otra forma que se hubiere convenido”.

En el caso que nos ocupa, el artículo 62.1 de la CADH indica la forma convenida por los Estados del sistema interamericano para reconocer la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH.

Es obvio que, al haberlo convenido así, el Estado dominicano, al suscribir y ratificar la Convención Americana de Derechos Humanos, mediante Resolución del Congreso Nacional Núm. 739 del 7 de diciembre de 1977, publicada por el Presidente de la República en la Gaceta Oficial Núm. 9460, del 11 de febrero de 1978 y habiendo agotado el procedimiento de ratificación el 19 de abril de ese año, como se ha indicado, no necesita ni requiere nueva intervención de la voluntad congresual.

Tampoco lo anterior es mera inferencia especulativa. Si para Danilo Zolo un derecho sin garantía no es derecho y para Ferrajoli un derecho sin garantía indica un vacío en la legislación que hay que llenar¹⁴, tendríamos que admitir que un reconocimiento de la Convención Americana sin la posibilidad de que se haga uso de su mecanismo principal de garantía jurisdiccional, frustraría su contenido esencial. Esto sería incompatible con el objeto y el fin del tratado que en el artículo 29 de la Convención de Viena condicionan la validez de toda reserva.

14. Ferrajoli, Luigi, Danilo Zolo (2001) AA. VV., Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales. Edición de Antonio Cabo y Gerardo Pisarello; Traducción y coord. de Ibáñez, Perfecto Andrés y otros, Madrid, España. Editorial Trotta, S.A., primera edición. P. 19.

Una lectura de la Convención ADH, ratificada por el Estado en la forma antes dicha, no puede suponer otra cosa que el reconocimiento condicionado de la jurisdicción de la Corte; un reconocimiento sujeto, para su vigencia incondicionada, nada más que a la mera manifestación de esa voluntad por el jefe del Estado como jefe la política exterior (como se desprende del contenido de los artículos 2, 11, 22, 27, 29, letras a y c y 62.1 de la citada convención). Bajo las previsiones del artículo 22, en correspondencia con el 62.1, salvo que el tratado disponga otra cosa, una reserva podrá ser retirada en cualquier momento y no se exigirá para su retiro el consentimiento del Estado que la haya aceptado y, vale decir, a juicio de quien escribe, ni de mayores formalidades de quien la haya formulado y la retira.

Las reglas de interpretación y aplicación de los tratados confirman lo dicho. Según el principio *pacta sunt servanda*, recogido en el artículo 26 de la cita convención de Viena, ha de ser cumplido por las partes de buena fe, sin que pueda una parte invocar las disposiciones de su Derecho interno, como justificación del incumplimiento de sus disposiciones (art. 27). Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional Dominicano desde su Sentencia TC/0037/2012¹⁵.

Pero, en el ordenamiento jurídico interno de la República Dominicana, no existe hoy disposición alguna que se oponga al reconocimiento de la jurisdicción de la Corte. Más aun, al interpretar un tratado internacional, se debe tomar en cuenta que los términos que contiene se les dará un sentido especial (si consta que tal fue la intención de las partes, como indica el artículo 62.1) y que, juntamente con el contexto, se ha de valorar, entre otros criterios de interpretación contenidos en el artículo 31, según el literal b) de su numeral 3: “b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado”. E igual, “c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”.

VI. RECONOCIMIENTO DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA DE LA CORTE POR LOS PODERES PÚBLICOS

En el caso dominicano, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, en primer lugar, la del mismo Tribunal Constitucional y las diversas formas de interacción con la Corte, en segundo lugar, revelan una práctica sostenida del Estado, orientada al reconocimiento de la jurisdicción contenciosa de la Corte, como la vinculatoriedad o carácter vinculante de sus decisiones, incluyendo la

15. Rep. Dom. TC/00037/2012. Cfr.: 2.3.4. Dijo: Es que en virtud de los principios del derecho internacional, el cumplimiento de las obligaciones nacidas de los tratados internacionales debe llevarse a cabo de buena fe (*Pacta Sunt Servanda*), es decir, sin que se pueda invocar normas del derecho interno para incumplir con la responsabilidad internacional asumida en la convención.

inequívoca y manifiesta expresión de voluntad del Congreso Nacional, en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales¹⁶ y en la Ley Núm. 176-02 que instituye el Código Procesal Penal¹⁷.

La Suprema Corte de Justicia reconoce la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando en su Resolución Núm. 1920, dada por el Pleno de ese órgano el 13 de noviembre de 2003, reconoce la existencia de un bloque de constitucionalidad al que está sometida, en sus palabras, la validez formal y material de toda disposición normativa y secundaria. Según consta en los fundamentos de la citada resolución, ese bloque de constitucionalidad incluye las decisiones de la Corte IDH. Está formado por normas de diferentes fuentes, que encierra:

“a) la nacional, formada por la Constitución y la jurisprudencia constitucional local tanto la dictada, mediante el control difuso como por el concentrado, y b) la internacional, compuesta por los pactos y convenciones internacionales, las opiniones consultivas y las decisiones emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; fuentes normativas que en su conjunto, conforme a la mejor doctrina, integran lo que se ha denominado, el bloque de constitucionalidad, al cual está sujeta la validez formal y material de toda legislación adjetiva o secundaria”.

Con posterioridad a la citada Resolución, sobrevino la reforma constitucional de 2010; con ella, la creación del Tribunal Constitucional (Art. 184 y ss. CD) y, por su mandato (Arts. 185 y 189), el desarrollo de su ley orgánica. En ella se consagra, en su artículo 3, que: “En el cumplimiento de sus funciones como jurisdicción constitucional, el Tribunal Constitucional sólo se encuentra sometido a la Constitución, a las normas que integran el bloque de constitucionalidad, a esta Ley Orgánica y a sus reglamentos”.

El Tribunal Constitucional no ha desconocido el alcance atribuido por la Suprema Corte de Justicia al bloque de constitucionalidad. Hay un reclamo de optimización en este sentido en su ley orgánica. Le está exigido por mandato constitucional desarrollado en la ley¹⁸, que “La Constitución y los derechos fundamentales deben ser interpretados y aplicados de modo que se optimice su máxima efectividad para favorecer al titular del derecho fundamental”. Es el desarrollo legal del principio *pro hominis* y *pro libertatis*, subyacentes en la letra del artículo 74.4 de la Constitución de 2010. Está en los fundamentos del apartado 5 del artículo 7 de la ley orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales. Exige que cuando exista conflicto entre normas integrantes del

16. Estado Dom. Cfr.: Art. 7.13.

17. Estado Dom. Cfr.: Ley 176-02, que instituye el Código Procesal Penal. Art. 1.

18. Cfr.: Art. 74.4 de la Constitución de 2010.

bloque de constitucionalidad, prevalezca la más favorable al titular del derecho vulnerado.

Aquel principio en su desarrollo legal alude directamente al bloque de constitucionalidad. En ese sentido, prescribe que “si una norma infra constitucional es más favorable para el titular del derecho fundamental que las normas del bloque de constitucionalidad, la primera se aplicará de forma complementaria, de manera tal que se asegure el máximo nivel de protección (...)”.

El Tribunal Constitucional alude al bloque de constitucionalidad en su Sentencia 00050/2012 (fundamento jurídico 9.2.2) e incluso, cita una jurisprudencia de la Corte IDH, pero no deja ver su posición sobre su valor ni el lugar que ocuparía en la jerarquía de las fuentes del Derecho (Fj. 9.2.3). Cuando alude al bloque de constitucionalidad, solo señala los instrumentos internacionales de tipo convencional, no jurisdiccional. Cita la Corte para indicar que comparte su criterio. Igual ocurre en su Sentencia TC/0200/2013, de 7 de noviembre y 9.7.2.3. Conforme con lo expuesto, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia, TC/0021/12, del 21 de junio de 2012 (Fj. 11, letras g y h), Sentencia TC/0084/13, (Fj. 10.4, letra f); Sentencia TC/0084/13, (Fj. 10, letra m) y varias decisiones más, revelan el mismo tratamiento¹⁹.

Aun en su Sentencia TC-158/2013, el TC toca el asunto, pero, deja una brecha sin sellar: afirma su supremacía interna y deja sin definir su relación con las decisiones de la Corte Interamericana y otros entes similares. En ella pone de manifiesto que:

“La cosa juzgada que se deriva de las disposiciones del referido artículo 45 de la Ley núm. 137-11, en los casos de acogimiento de la acción directa de inconstitucionalidad, no tiene el típico alcance de la cosa juzgada relativa de los procesos civiles que sólo alcanza a las partes involucradas en dichos litigios, sino que se trata de una cosa juzgada constitucional; es decir, que por el carácter irrevocable e incontrovertido de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales orientadas a resguardar la supremacía y el orden constitucional, así como la protección efectiva de los derechos fundamentales, la presunción de verdad jurídica que se deriva de la condición de cosa juzgada, no sólo atañe a las partes procesales, sino a todas las personas públicas y privadas por la vinculatoriedad erga omnes de los fallos del Tribunal. Dichos fallos no pueden ser impugnados ante ningún otro

19. Este criterio fue confirmado por esta alta corte en la sentencia 242/2013, de fecha 29 de noviembre, 17/2013, de fecha 20 del mes de febrero de 2013, 84/201, de fecha 4 de junio de 2013, 42/2012 de fecha 21 de septiembre de 2012, 84/2012 de fecha 8 del mes de octubre de 2012, 2011/2013, de fecha 7 de noviembre de 2013, 203/2013 de fecha 13 de noviembre de 2013, 008/2013, de fecha 11 de febrero de 2013, 205/2013, de fecha 13 de noviembre de 2013, así como también la sentencia 203/2013 de fecha 13 de noviembre de 2013.

órgano del Estado dominicano, de conformidad con las disposiciones del artículo 184 de la Constitución de la República²⁰.”

Queda claro que ningún órgano del Estado los puede desconocer; que no pueden ser impugnados sus fallos por vía recursiva ante ningún órgano interno ni internacional. Pero, pueden ser objeto de valoración por los tribunales internacionales, de donde puede derivar responsabilidad internacional para el Estado.

VII. LA POSIBILIDAD DE RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR EL DESCONOCIMIENTO DE LAS DISPOSICIONES DE LA CADH Y DE LAS DECISIONES DE LA CORTE IDH

Se puede afirmar que hay responsabilidad internacional del Estado, cuando incurre en un hecho internacionalmente ilícito, el cual se manifiesta cuando una acción o una omisión es atribuible a dicho Estado (según el Derecho internacional) y constituye una violación de una obligación internacional a cargo de aquel²¹.

En el caso *Velázquez Rodríguez c. Honduras*, basada en las disposiciones del artículo 1.1 de la CADH (Fj. 169), se estimó como ilícita, toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención y, en este sentido, sostuvo que en toda circunstancia en la que un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público, lesione indebidamente uno de tales derechos, se está ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto, a tales derechos, consagrado en ese artículo²².

Más tarde, en el año 2005, en su célebre Sentencia sobre del caso *Olmedo Bustos*; “*La Última Tentación de Cristo*”, contra Chile, la Corte IDH dijo:

“Con base en los hechos expuestos, debemos resaltar que el Decreto-ley y Decreto-reglamentario se expidieron por el poder ejecutivo, ajustándose posteriormente a lo dispuesto por la Constitución política de Chile de 1980, lo que significa que quedaron estos actos amparados por las presunciones de constitucionalidad y legalidad, respectivamente en el orden interno; según las autoridades chilenas las normas nacionales citadas y las sentencias judiciales fueron expedidas de conformidad con la Constitución, –pero incompatibles con la Convención Americana que reconocía la libertad de expresión²³.”

20. Rep. Dominicana (2013). TC/ 00158/2013, del 12 de septiembre. Fj. 9.3.

21. OEA. Comisión de Derecho Internacional (2001). Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por actos internacionalmente ilícitos. A/56/10, Capítulo IV.E.1. (Ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un Cuarto de Siglo. 1979-2004. p. 236).

22. Corte IDH, caso *Velásquez Rodríguez c. Honduras*. 29 de Julio de 1988. Fj. 169.

23. Corte IDH, *Olmedo Bustos et al vs. Chile (La Última Tentación de Cristo)*, parte dispositiva. 5 de abril de 2005. Cfr.: Fj. 72.

Luego, en el fundamento jurídico 72 de aquella sentencia dada el 5 de febrero de 2001, la Corte IDH dejó establecida su posición sobre la responsabilidad concreta del Estado chileno en torno al caso. Dejó claro que en su entendimiento, la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, cuando violen la Convención Americana²⁴.

En el mismo apartado al que se alude en lo anterior, la Corte IDH precisó que todo acto u omisión imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete su responsabilidad internacional. Como el tema versaba sobre la prohibición de la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo”, la responsabilidad fue establecida, en razón de que el artículo 19, numeral 12 de la Constitución chilena “establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por tanto, determina los actos de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial²⁵”.

En ese caso, dispuso que el Estado debía modificar su legislación interna, para adecuarla a la Convención Americana de Derechos Humanos y, al margen de las sanciones pecuniarias, le impuso un plazo de seis meses para cumplir con lo dispuesto, indicando que supervisaría su ejecución²⁶.

Ciertos aspectos de la Sentencia TC/0168/2013 del Tribunal Constitucional dominicano permiten advertir algún nivel de reverencia del TC hacia la Corte IDH, pues, aunque en algún momento le hace algunas críticas, en otras parece reconocer el carácter vinculante de sus decisiones y su supremacía.

En efecto, en el fundamento jurídico 3.1.6, la referida sentencia recoge un argumento que así lo demuestra, pues, no trata de probar su supremacía sobre la Corte, sino, que establece que el Estado goza de cierto margen de apreciación para regular el derecho a la nacionalidad:

3.1.6. En el caso de la República Dominicana, las normativas precitadas ponen de manifiesto que los límites a la discrecionalidad impuestos a los Estados por el derecho internacional sobre la reglamentación de la nacionalidad reafirman las competencias de los primeros en relación con la última; y muestran, asimismo, que en la especie no se vulneran las exigencias a la protección integral de los derechos humanos reconocida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la previamente citada Opinión Consultiva sobre Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica, relacionada con la naturalización de ciudadanos, así como en el aludido caso Petruzzi y otros c. Perú:

24. Ídem.

25. Ídem.

26. Corte IDH, Olmedo Bustos et al vs. Chile (La Última Tentación de Cristo), parte dispositiva. 5 de abril de 2005. Apartados 1, 2 y 4.

Esto también se observa en el fundamento 2.4 del Tribunal Constitucional en la referida Sentencia TC/0168/2013. Allí el TC procura apoyo en la postura de la Corte, para afirmar su criterio sobre la noción del margen de apreciación estatal, con referencia a la configuración interna del derecho a la nacionalidad:

[2.4. En torno a las exigencias hechas por la Corte en relación con la interpretación de la noción extranjeros en tránsito, este tribunal constitucional considera importante destacar que cada Estado tiene la potestad para determinar cuáles personas reúnen las condiciones para adquirir la nacionalidad, tal y como lo ha reconocido la propia Corte, cuando establece que: “La determinación de quienes son nacionales sigue siendo competencia interna de los Estados. Sin embargo, su discrecionalidad en esa materia sufre un constante proceso de restricción conforme a la evolución del derecho internacional, con vistas a una mayor protección de la persona frente a la arbitrariedad de los Estados”].

Pero, el Tribunal mantiene una postura crítica ante las posiciones de la Corte en la referida sentencia, como se observa en el fundamento 2.3 cuando, tras haber transcrito un párrafo de la Sentencia Yean y Bosico (en la que la Corte fija su posición en torno a la condición de los extranjeros en tránsito en la República), concluye finalmente, en su dispositivo, en una postura contraria al criterio de la Corte IDH. En este sentido, el TC, afirma²⁷:

“2.3. Obsérvese que, en la primera parte del párrafo transcrito, la Corte induce a confusión al considerar el plazo de diez días otorgado al extranjero transeúnte como si también correspondiera al extranjero en tránsito, lo que resulta un flagrante error interpretativo, dada la distinción que existe entre ambas categorías de extranjeros, según se ha explicado anteriormente”.

Llega incluso a enfrentar radicalmente la posición de la Corte. Para ello, acude, como se ha dicho, al concepto del margen de apreciación estatal. En el fundamento jurídico 2.12 de la sentencia en comentario, el Tribunal Constitucional considera viable aplicar, en el caso la tesis del “margen de apreciación”, en lo que respecta a la determinación del significado y alcance de la noción de extranjeros en tránsito, sobre la idea de que la cuestión de la nacionalidad resulta un tema particularmente sensible para todos los sectores de la sociedad dominicana²⁸.

27. TC/0168/2013. Fj. 2.2. Respecto de la noción de extranjeros en tránsito, la Corte estableció lo que se transcribe a continuación: Además de lo anterior, el Tribunal considera oportuno remitirse a la Sección V del Reglamento de migración de la República Dominicana No. 279 de 12 de mayo de 1939, vigente [...], la cual es clara al establecer que el transeúnte tiene solamente la finalidad de pasar por el territorio, para lo cual se fija un límite temporal de diez días. La Corte observa que, para considerar a una persona como transeúnte o en tránsito, independientemente de la clasificación que se utilice, el Estado debe respetar un límite temporal razonable, y ser coherente con el hecho de que un extranjero que desarrolla vínculos en un Estado no puede ser equiparado a un transeúnte o a una persona en tránsito.

28. Rep. Dom. Tribunal Constitucional. TC/0168/2013. 13 de junio. Fj. 2.12.

Sin embargo, veremos que este margen no resulta compatible con la jurisprudencia de la Corte.

La opinión de la Corte IDH, desarrollada en el caso *Yean y Bosico* es la siguiente: La Corte observa que, para considerar a una persona como transeúnte o en tránsito, independientemente de la clasificación que se utilice, el Estado debe respetar un límite temporal razonable, y ser coherente con el hecho de que un extranjero que desarrolla vínculos en un Estado no puede ser equiparado a un transeúnte o a una persona en tránsito. En relación a este parecer de la Corte IDH, el Tribunal Constitucional adopta una concepción manifiestamente contestataria:

los extranjeros carentes de una autorización de residencia en el país deben ser asimilados a la categoría de extranjeros en tránsito, que, como se ha explicado anteriormente, es una noción propia del Derecho constitucional y del Derecho migratorio dominicanos, en cuya virtud los hijos de esa categoría de personas no adquieren la nacionalidad dominicana, aunque hayan nacido en el territorio nacional.

Se observan muchas otras discrepancias en relación a los criterios de la Corte sobre el mismo tema. Así, mientras para la Corte IDH el estatus migratorio de una persona no se transmite a sus hijos y no debe ser una condición para el otorgamiento de la nacionalidad por el Estado, bastando la demostración del nacimiento en el lugar, para el TC, en cambio, ha de ser tratada como extranjera a la accionante en amparo, nacida en territorio dominicano y cuyos padres eran trabajadores cañeros contratados por el Estado y le niega el reconocimiento de la nacionalidad dominicana, sobre el fundamento de que los padres no poseían una cédula de residentes, sino unos números de identidad.

Todo indica que el caso tratado en la Sentencia TC/0168/13, tenía como claro precedente la Sentencia de la Corte IDH, del caso *Yean y Bosico*, conocido en el año 2005.

En ese caso, el proceso se inicia cuando el 20 de julio de 1998 el Procurador Fiscal del Distrito Judicial de Monte Plata, señor Julio César Castro, resolvió “denegar [...] la [...] solicitud de declaración tardía de nacimiento, por no estar amparada en la documentación y procedimiento que rige la materia, y decidió enviar a los a los interesados ante el oficial del Estado Civil de Sabana Grande de Boyá, a los fines de encausar el expediente conforme a la norma ordinaria”. El fundamento de tal decisión fue que para proceder a una inscripción tardía de nacimiento era necesario cumplir con doce requisitos, que incluían copia de la cédula de identidad y electoral de los padres, o, en caso de haber fallecido, acta de defunción de aquellos y comunicación dirigida al presidente de la JCE, solicitando la declaración tardía de nacimiento.

No obstante, en el caso citado, luego de medidas cautelares ordenadas por

la Comisión IDH, el acta de nacimiento les fue otorgada a las niñas el 25 de septiembre de 2005. Aunque no vinculantes para el Estado, en sus argumentos ante la Corte, la Comisión alegó que en relación con el artículo 20 de la Convención Americana, la Comisión invocó el hecho de que en la Constitución se estableció el *ius soli* como principio para adquirir la nacionalidad dominicana, por lo que el derecho a la nacionalidad por haber nacido en el territorio dominicano adquiere protección convencional, sin importar la nacionalidad o estatus legal de los padres y que cualquier restricción del derecho a la nacionalidad que no se base en el lugar de nacimiento de las niñas, contradice directamente dicho principio (Fj 111).

La Comisión estimó también como inaceptable calificar a las presuntas víctimas del caso (las referidas niñas), como un asunto de “extranjeros en tránsito”, sosteniendo que “las personas que viven por diez, quince o más años en un país no pueden tener la calidad de transeúntes”. Era este también el caso de la señora Juliana Deguis, quien ya tenía hijos al presentar su caso y había nacido en la República Dominicana²⁹. El caso fue resuelto en el 2005 y las niñas nacieron en la República Dominicana el 15 de abril de 1996 y el 13 de marzo de 1985 (Fj 144).

Por su parte, la Corte IDH en el fundamento jurídico 136, de la Sentencia Yean y Bosico dejó establecido que la nacionalidad es la expresión jurídica de un hecho social de conexión de un individuo con un Estado³⁰ y que es un derecho fundamental de la persona humana que está consagrado en la Convención Americana, así como en otros instrumentos internacionales³¹, por lo que es inderogable, de conformidad con el artículo 27 de la Convención.

De acuerdo con lo señalado y en consideración del derecho a la nacionalidad de los hijos de personas migrantes en la República Dominicana respecto a la norma constitucional pertinente y los principios internacionales, la Corte dijo también lo siguiente, en el fundamento jurídico 156 de aquella sentencia:

- a) el estatus migratorio de una persona no puede ser condición para el otorgamiento de la nacionalidad por el Estado, ya que su calidad migratoria

29. La Corte hace notar que al momento de dictarse la presente Sentencia, Dilcia Yean tiene 9 años de edad y Violeta Bosico tiene 20 años de edad; sin embargo, dado que el 25 de marzo de 1999 Dilcia y Violeta tenían, respectivamente, 2 y 14 años de edad, la Corte se referirá a las presuntas víctimas como niñas, cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 42.

30. Cfr. Caso Nottebohm (Liechtenstein vs. Guatemala), segunda fase. Sentencia de 6 de abril de 1955. Corte Internacional de Justicia, ICJ Reports 1955, pág. 23.

31. Cfr., entre otros, Declaración Americana de Derechos Humanos, artículo XIX; Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 15; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 24.3; Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 7.1; Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, artículo 29, y Convención para Reducir los Casos de Apatridia, artículo 1.1.

- no puede constituir, de ninguna forma, una justificación para privarla del derecho a la nacionalidad ni del goce y ejercicio de sus derechos;
- b) el estatus migratorio de una persona no se trasmite a sus hijos, y
 - c) la condición del nacimiento en el territorio del Estado es la única a ser demostrada para la adquisición de la nacionalidad, en lo que se refiere a personas que no tendrían derecho a otra nacionalidad, si no adquieren la del Estado en donde nacieron.

Los criterios anteriores, como se ha expresado, resultan vinculantes para el Estado dominicano. Es por esto que, en la opinión de algunos analistas, su inobservancia pudiera comprometer la responsabilidad del Estado.

En este orden, por su utilidad argumental, traemos a colación la Sentencia del Caso Gelman vs Uruguay, citado por la Magistrada Katia Miguelina en su voto disidente frente a la posición del voto mayoritario en la Sentencia TC/0168/2013. Entre sus argumentos de justificación en el caso de referencia la Corte IDH expresa lo siguiente:

“6.7. Respecto de la primera expresión, o sea, cuando existe una sentencia internacional dictada con carácter de cosa juzgada respecto de un Estado que ha sido parte en el caso sometido a la jurisdicción de la Corte Interamericana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos al tratado y a la sentencia de la Corte, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención y, consecuentemente, las decisiones de la Corte Interamericana, no se vean mercados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin o por decisiones judiciales o administrativas que hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de la sentencia. Es decir, en este supuesto, se está en presencia de cosa juzgada internacional, en razón de lo cual el Estado está obligado a cumplir y aplicar la sentencia³².

VIII. RECONOCIMIENTO DE LA JURISDICCIÓN DE LA CORTE DERIVADO DE OTROS INDICADORES DE LA PRÁCTICA ESTATAL

Entre las formas de interacción con la Corte Interamericana de Derechos Humanos que reconocen su jurisdicción contenciosa, no solo está la sujeción reiterada del Estado a las actuaciones jurisdiccionales de la Corte, sino, el hecho notable de haber tenido ante ese órgano una representante dominicana: la

32. Cfr.: Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 20 de marzo de 2013. párrafo 68.

El carácter vinculante de la jurisprudencia de las jurisdicciones internacionales en materia de derechos humanos, Prof. Claudio Anibal Medrano.

Doctora Rhadys Abreu Blondet (Período 2006-2012), quien si bien a título personal y no como representante estatal, lo es a causa del Estado haber reconocido la jurisdicción de la Corte (Art. 52 CADH) y por el voto de los Estados (Art. 53 CADH).

Mal podría, entonces, el Estado dominicano haber escogido a una juez para ejercer un cargo en un órgano que el Estado no reconoce ni podría aceptarlo ningún otro Estado a quien esa juez pudiera juzgar y sancionar, si sus decisiones no vincularan a todos los Estados que lo eligen y, particularmente, a aquel del que ese o esa juez es nacional.

No puede interpretarse un convenio, un acto del derecho internacional bajo las previsiones del artículo 32 de la Convención de Viena, letra b), de modo que conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable y, finalmente, no puede un Estado que ha sido parte de un convenio internacional y que se ha conducido como tal frente a los demás, terminarlo, denunciarlo o retirarse de él sin comprometer su responsabilidad, sino, como resultado de la aplicación de las disposiciones del tratado o de la Convención de Viena (Art. 42.2 C. de Viena).

Ciertamente, no puede abandonarse legítimamente un tratado mientras existe una litis abierta sobre la inobservancia de sus disposiciones, como no puede hacerse sobre un tratado de paz en un momento de guerra³³.

En el caso en comentario, la jurisprudencia de la Corte (y de un modo muy particular el caso Tribunal Constitucional contra Perú), permite afirmar que la República Dominicana, después de conocer la jurisdicción contenciosa de la Corte, no tiene situación favorable para el retiro de su aceptación³⁴.

IX. REFLEXIONES FINALES

El Estado no solo ha reconocido del modo antes dicho la jurisdicción de la Corte, sino que lo ha hecho a través del Poder Legislativo, por otros medios. Así lo hizo, cuando adoptó las disposiciones del artículo 1 del Código Procesal Penal, que coincidiendo con los criterios del citado caso *Gelman vs Uruguay* (2013), reconoce que: “los tribunales, al aplicar la ley, garantizan la vigencia efectiva de la Constitución de la República y de los tratados internacionales y sus interpretaciones por los órganos jurisdiccionales creados por éstos”.

Igual, cuando reconoce la vinculatoriedad de sus decisiones en el artículo 7.13 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales, al incluir entre los principios rectores de la justicia constitucional, uno

33. Corte IDH. Caso Tribunal Constitucional vs. Perú. Fjs. 34, 35 y 36.

34. Idem.

de “vinculatoriedad”, relativo, precisamente, a las decisiones de los tribunales internacionales³⁵.

En este marco, aspectos como aquel en que el TC acude al derecho y jurisprudencia comparados, para desconocer el criterio de la Corte IDH sentado en el caso Yean y Bosico, sobre la determinación de la nacionalidad dominicana, no satisfacen la orientación de los artículos 68 y 74.4 de la Constitución. Revelan una confrontación radical con los criterios de la Corte IDH y, con los principios pro hominis y pro libertatis, además del principio de vinculatoriedad desarrollado en la misma Ley orgánica del TC. Lo hace cuando valora, en forma negativa, el Estado de cosas inconstitucional, generado por la gran cantidad de personas en virtual situación de apátrida, derivada de la falta de reconocimiento de su nacionalidad, extendiendo a todos, los efectos de una sentencia dada en un conflicto en el que no participaron ni fueron llamados.

El desconocimiento del precedente de la Corte, se advierte claramente, en relación al caso Yean y Bosico (2005), en el que la Corte IDH dijo que la identificación del padre o de la madre del niño no puede estar limitada a la presentación de la cédula de identidad y electoral, sino que el Estado debe aceptar, para tal fin, otro documento público apropiado, ya que la referida cédula es exclusiva de los ciudadanos dominicanos; que el estatus migratorio de una persona no puede ser condición para el otorgamiento de la nacionalidad por el Estado ni se transmite a los hijos y que la condición del nacimiento en el territorio del Estado es la única a ser demostrada para la adquisición de la nacionalidad, en lo que se refiere a personas que no tendrían derecho a otra nacionalidad y, finalmente, que una persona que tiene vínculos con el Estado en su estancia en el territorio, no puede ser tenida como transeúnte o persona en tránsito.

Los criterios antes enunciados se benefician de la autoridad de la cosa juzgada internacional, por lo que no han de ser desconocidos por los órganos de la jurisdicción interna de los Estados partes de la Convención y mucho menos, por los de aquel Estado respecto de cuyo conflicto se han emitido estos criterios, conforme a las disposiciones de los artículos 67 y 68.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos³⁶.

No pueden conferir legitimidad a una decisión de un órgano de Derecho

35. Rep. Dom. Ley Núm. 137/2011; Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucional. G. O. 10622, de 15 de junio. Cfr.: Art. 7.11. dice: “13) Vinculatoriedad. Las decisiones del Tribunal Constitucional y las interpretaciones que adoptan o hagan los tribunales internacionales en materia de derechos humanos, constituyen precedentes vinculantes para los poderes públicos y todos los órganos del Estado”.

36. CADH. Cfr.: Art. 67.- El fallo de la Corte será definitivo e inapelable. En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo. Ver, además, artículo 68 .1.- 1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.

interno, la jurisprudencia de otros Estados miembros del sistema interamericano, si al tener la misma condición del Estado en que se libra, han de someterse de igual modo a la decisión diferenciada de la jurisdicción internacional. A menos que pudiera entenderse que sea una decisión más favorable a la persona, según resulta del contenido de los artículos 5 del PIDCP, 29 de la CADH³⁷ y, 74.4 de la Constitución dominicano, en este caso.

Ya hemos visto el criterio de la Corte en el caso *Gelman vs Uruguay* (2013) y otros. Una sentencia internacional adoptada con carácter de cosa juzgada respecto de un Estado que ha sido parte en el caso sometido a la jurisdicción de la Corte Interamericana, todos sus órganos (incluidos sus jueces y órganos de administración de justicia) están sometidos al Tratado y las decisiones de la Corte. El Estado está obligado a cumplir, acatar y satisfacer la sentencia.

Nada de lo dicho desautoriza al Tribunal Constitucional, puede mostrar la falta de legitimación una sentencia, pero, el órgano sigue siendo una conquista democrática, que, en sí mismo, preserva su legitimidad para seguir desbrozando el camino, con otras decisiones de incalculable valor³⁸, en la realización de su misión institucional definida en los artículos 184 de la Constitución y 2 de su ley orgánica.

No existe un camino de renuncia o de denuncia a la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. No lo admite esta como lo ha dejado sentado en su jurisprudencia cuando fue intentado por el Perú. Ella retiene la competencia de competencias y no puede abandonar esta facultad que le

37. CADH. Cfr. Artículo 29. Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

38. TC/0012/12 afirma del derecho de la concubina a percibir la pensión de su pareja extinta como la mujer casada; TC 0018/12, que tutela el derecho a la asistencia jurídica inmediata frente a todo protocolo o medida de las autoridades que limiten el derecho de defensa; TC/0021/12 que deslinda el ámbito del amparo frente a las vías de la justicia ordinaria que no funcionan adecuadamente, en la protección de los derechos fundamentales; TC/0033 que precisa los criterios para determinar la violación al derecho a la igualdad, desarrollando un test de la igualdad siguiendo la jurisprudencia comparada, reafirmado en las sentencias TC/0049/13 y otras. Igual, la TC/0044/12, en relación al test de razonabilidad; TC0048/12, que precisa los límites del Ejecutivo en su poder para separar de las filas a los miembros de la Policía Nacional; TC/0050/13, que precisa los criterios de elegibilidad y los relativos a las exigencia de inscripción de candidaturas en el ejercicio del derecho de participación política; TC/0067/13, que precisa la incompetencia de las juntas distritales para establecer arbitrios municipales ni de los ayuntamientos para establecer impuestos en esta forma; TC/0027/13, tutela los derechos al libre desarrollo de la personalidad, la dignidad humana y la libertad de trabajo, el honor, la intimidad y la honra e integridad moral, frente a la potestad policial de conservar una ficha policial al margen de todo acto delictuoso, ni de modo ilimitado en estos casos y junto a muchas otras, la sentencia TC/0094/13, que tutela la dignidad humana y establece la imprescriptibilidad del derecho a demandar la afiliación parental de los hijos e hijas.

otorgan los estatutos a las restricciones que pudieran querer introducirles los Estados en sus instrumentos de aceptación³⁹. La aceptación es una fórmula pétrea en el criterio de la Corte, una cláusula perenne vinculada a su proyección y desarrollo futuro como expresión de la acción colectiva de los Estados⁴⁰.

Muchos otros tribunales en la región han tenido historias similares y han reorientado sus pasos, proyectándose como verdaderos garantes de la democracia en la limitación del poder y en la protección de los derechos y garantías fundamentales en sus respectivos escenarios. Tal es caso del Tribunal Constitucional peruano en la época de Fujimori⁴¹, de la Corte Constitucional de Guatemala⁴², del Tribunal Constitucional de Chile y de la Sala Constitucional de Venezuela⁴³ y otros. No son infalibles los jueces, por eso, siempre está abierta –aun para los órganos supremos en los que concluye toda discusión jurídica– la posibilidad de cambiar de criterio, con la sola condición de rendir cuentas⁴⁴.

En suma, todos los órganos del Estado deben sujetarse a los precedentes de la Corte IDH y los Estados parte que han reconocido su competencia contenciosa y consultiva no pueden denunciarla válidamente, como tampoco pueden apartarse del sistema invocando su Derecho interno para incumplirlo⁴⁵. Los Estados son los primeros en tutelar los derechos fundamentales, pero, la última palabra la tiene la Corte⁴⁶.

39. Corte IDH. Caso Tribunal Constitucional vs. Perú. 24 de septiembre de 1999. Fundamentos Jurídicos 33 al 38.

40. Ídem.

41. Corte IDH. Caso Tribunal Constitucional vs. Perú. Castillo y otros como Páez c. Perú; Caso Barrios Altos, Petruzzzi.

42. Corte IDH. Caso Efraín Bámaca Velásquez y sus familiares c. Guatemala. 25 de noviembre de 2000.

43. Caso sup. ind.

44. Costa Rica, art. 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Dice: Artículo 13.- La jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes erga omnes, salvo para sí misma. Cfr.: Parte Preliminar del Código Procesal Constitucional de El Perú: Artículo VII.- Precedente. Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente. Ver también, Rep. Dom., Art. 31 de la Ley Núm. 137-2011; Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales.

45. Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs Chile. Sentencia de fecha 26 de septiembre de 2006: “el reconocimiento de competencia de la Corte ... es un acto unilateral de cada estado, condicionado por los términos de la propia Convención Americana como un todo y, por lo tanto, no está sujeta a reservas”. Además, Cfr.: OC-4/84, párrafos 13 y 14.

46. Cfr.: Corte IDH. Caso Mejía Idrovo vs. Ecuador. Sentencia de 5 de julio de 2011.

Los tratos preliminares: Una aproximación a la formación del contrato

Juan Reyes Eloy*

SUMARIO

- Introducción
- I. Marco conceptual
- II. Los tratos preliminares y otras figuras jurídicas de la fase precontractual
- III. Posibles efectos vinculantes de los tratos preliminares y su incidencia en la formación e interpretación del contrato
- IV. El principio de la buena fe en los tratos preliminares
- V. Responsabilidad por el abandono o ruptura de los tratos preliminares
- VI. Conclusión / VII. Bibliografía

Resumen

Los tratos preliminares son aquellas conversaciones, actuaciones o negociaciones previas a la formación del contrato, que sientan las bases para llegar al convencimiento de dicho compromiso definitivo. Estos no poseen –en principio– fuerza vinculante, no crean obligaciones y por ende, no constituyen actos jurídicos per se. A pesar de ello, en algunos casos habrá efectos jurídicos como resultado de ellos.

Los tratos preliminares muestran de manera más clara la voluntad de las partes que intervienen en el acto jurídico. El principio de buena fe debe estar claramente presente desde esta fase. La doctrina dominicana señala que la responsabilidad de la parte que rompe la negociación en este punto es extracontractual, aunque la falta resulte difícil de probar.

Actualmente, se requieren previsiones legales que brinden una definición clara sobre la fase precontractual, estableciendo los deberes de las partes, los posibles vínculos legales que pudieren crearse y las eventuales consecuencias de un abandono injustificado.

Summary

Precontractual negotiations are those conversations, actions or prior to the formation of the contract that provide the basis for arriving at that final commitment conviction negotiations. These have no binding power, in principle, do not create obligations and that's why they're not legal acts per se. However, in some cases there will be legal consequences resulting from them.

Precontractual negotiation show more clearly the will of the parties involved in the legal act. The principle of good faith must be clearly present at this stage. Dominican doctrine states that the responsibility of the party who breaks the negotiation at this point is extracontractual, although difficult to prove lack.

Currently legal provisions are necessary to provide a clear definition of the pre-contractual stage, establishing the duties of the parties, potential legal ties that could be created and the possible consequences of an unjustified abandonment.

(*) El autor es abogado en ejercicio y profesor de la asignatura Derecho de los Contratos del Departamento de Ciencias Jurídicas de la PUCMM.

INTRODUCCIÓN

El proceso de formación del contrato puede darse de manera inmediata, a través del intercambio del consentimiento entre las partes, pero en muchas ocasiones –dada la complejidad que conlleva la negociación, tanto por el monto que envuelve o porque la formación del mismo se encuentra supeditada a la obtención de ciertas aprobaciones y autorizaciones– supone que las partes entren en una serie de intercambios que incluyen conversaciones, reuniones, discusiones, opiniones e informaciones referentes a las negociaciones que se llevan a cabo y que eventualmente pudieran culminar en una posible celebración y firma del contrato.

En efecto, esas conversaciones, actuaciones o negociaciones previas a la formación del contrato (en especial en casos complejos y de relevancia económica) es lo que se denomina tratos preliminares.

En el presente estudio, sobre los “Tratos Preliminares, abordaremos la figura en el ordenamiento jurídico dominicano, auxiliándonos de los precedentes doctrinales y jurisprudenciales emanados del Derecho francés y de la abundante doctrina y jurisprudencia española¹.

De entrada, examinaremos el concepto de los tratos preliminares, para luego delimitar las diferencias entre estos y otras figuras jurídicas similares.

Evaluaremos, por igual, el principio de buena fe, que debe primar en las relaciones precontractuales (2), la posible vinculación jurídica que generan los tratos (3) y finalmente, la responsabilidad derivada de la ruptura o abandono de los mismos (4).

Con el presente trabajo, pretendemos enfocar un tema que, aunque muy común en la práctica contractual, no se encuentra definido claramente en la ley y muy escasamente abordado a nivel doctrinal y jurisprudencial en nuestro país.

I. MARCO CONCEPTUAL

El autor Jorge Oviedo nos señala que los tratos preliminares son los primeros acercamientos de los eventuales interesados en celebrar un contrato, que cumplen la función de preparar el camino para que la voluntad exprese su intención real y efectiva de quedar obligada. Estos buscan permitir a las partes

1. El abordaje en este ensayo del Derecho Español se encuentra justificado por el hecho de que el mismo fue resultado del trabajo final del autor para optar por la Especialidad en Derecho de Contratos y Daños de la Universidad de Salamanca.

discutir sobre los términos jurídicos y económicos del negocio a celebrar, sin que se entiendan vinculadas ni obligadas a manifestar su voluntad, toda vez que gozan de la característica de no ser obligatorios².

En igual sentido, el Tribunal Supremo de España, los define como el conjunto de actos y operaciones que los intervinientes y ad lateres realizan con el fin de discutir y preparar un contrato. Y desde luego hay que afirmar que dichas operaciones se desenvuelven en un área nebulosa y evanescente, pues las mismas hay que enfocarlas desde un punto de vista muy amplio de ideas, especulaciones, planteamientos³.

En la práctica, los tratos preliminares brillan por su ausencia en los contratos instantáneos, en los actos contractuales en masa y sometidos a condiciones generales, en la mayor parte de los contratos normativos y, en general, en todos aquellos supuestos en que el contenido del contrato se encuentra virtualmente predeterminado y deja escaso margen de negociación a las partes⁴.

Aun cuando algunos doctrinarios españoles entiendan que en los tratos hay más una voluntad de discutir que de contratar⁵, opinamos con otros que el espíritu que rige estas negociaciones va más allá, ya que sienta las bases para llegar al convencimiento del compromiso definitivo⁶.

En el caso de República Dominicana, no existen precedentes doctrinales ni jurisprudenciales que establezcan un concepto claro y definido de los tratos preliminares. Nuestros tribunales han sido tímidos en la formulación de un concepto que defina los mismos.

En una decisión del año 2010, la Suprema Corte de Justicia Dominicana rechazó el argumento de la parte recurrente que alegaba que las negociaciones llevadas a cabo por las partes en litis comprendieron solamente conversaciones no constitutivas de un contrato. No obstante, nuestro más alto tribunal, en dicha decisión, omite referirse al concepto y características de los tratos o negociaciones preliminares. Tampoco explica su diferencia con el contrato, limitándose a señalar la existencia de un acuerdo tácito entre las partes⁷.

2. OVIEDO (Jorge). Tratos Preliminares y Responsabilidad precontractual. Albán Vniversitas. Bogotá (Colombia), pág. 87, enero-junio de 2008. (en línea). Disponible en: www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev.
3. Tribunal Supremo de España. Sentencia de fecha 16 de diciembre de 1999. (Tol 2586, citada por Aznar Giner, pág. 17).
4. La Igualdad de las partes contratantes y la formación del contrato. (en línea). Disponible en: Derecho.isipedia.com/segundo/...contratos/04-la-formación-del-contrato.s/p
5. ALONZO PEREZ M. citado por QUEZADA SANCHEZ, Las negociaciones dirigidas a la formación del contrato. Aparece en la obra Derecho Privado Europeo y modernización del Derecho Contractual en España pág. 62, (en línea). Disponible en: books.google.com.do
6. ÁNGELES LOZANO. Los tratos preliminares y acuerdos de intenciones en las operaciones comerciales internacionales. Agosto 2009. (en línea). Disponible en: www.gestioneficaz.net s/p
7. Que no obstante la inexistencia de un contrato válido entre las partes, en el entendido de que BR no había firmado el acto que recoge lo convenido, es un hecho no controvertido que entre BR y P & A, S. A., existía una negociación que permitió, obviamente con la anuencia de la institución, que la ahora apelada iniciara la

II. LOS TRATOS PRELIMINARES Y OTRAS FIGURAS JURÍDICAS DE LA FASE PRECONTRACTUAL

Dentro del período pre contractual, pueden darse otras figuras como la oferta, el precontrato y las cartas de intención, en los cuales el paralelismo con los tratos puede ser muchas veces confundido. En ese tenor y de manera muy breve, haremos una comparación a los fines de conocer el concepto y alcance de cada una de ellas e identificar sus posibles diferencias con los tratos preliminares.

2.1 Con la oferta

El autor dominicano Jorge Subero Isa señala que en ocasiones resulta difícil establecer si una persona lo que hace es una simple invitación a iniciar tratos o si, por el contrario, esa manifestación de voluntad es una verdadera oferta. El autor indica que la oferta, por sí sola no configura el contrato, sino que constituye la primera operación del consentimiento, en pro de su formación⁸.

Para establecer las diferencias entre los tratos preliminares y la oferta, compartimos el criterio de Sánchez Quezada, de que los tratos preliminares persiguen negociar los términos del futuro contrato, mientras que la oferta pretende directamente concluirlo; los tratos preliminares preceden normalmente a la oferta y están dirigidos a conseguir la proposición de una oferta concreta y seria del contrato⁹.

2.2 Con el precontrato

En el precontrato ya existe un pacto, existe un contrato en el que se prefigura un convenio futuro, mientras que en los tratos preliminares no existe deber de concluir en concreto un pacto futuro, pues lo que existe es un interés de discutir¹⁰.

En la misma línea, Aznar Giner citando al profesor Lasarte, señala que en el precontrato las partes se obligan a celebrar un futuro contrato, ora

colocación de publicidad en las estaciones de peajes concertadas; que ello se desprende de las comunicaciones cursadas entre las partes, así como las declaraciones hechas por los representantes de ambas compañías ante el primer juez... 4) que existen depositadas en el expediente varias comunicaciones en las cuales la recurrida, P & A, S. A., hacía del conocimiento de la recurrente, BR, todas y cada una de las actuaciones que ella realizaba con respecto al acuerdo antes indicado, a lo que la apelada nunca presentó objeción alguna. B.J. No. 1201, diciembre 2010 Ob. cit.

8. SUBERO ISA (Jorge), Teoría general de las obligaciones en el Derecho Dominicano. El contrato y los cuasi contratos. Tercera edición, Editora Corripio, Santo Domingo, D.N. República Dominicana, agosto 2010, pág. 132.

9. QUEZADA SANCHEZ (Antonio José) Ibidem, pág. 64

10. QUEZADA SANCHEZ, (Antonio).IbidemPág.62.

mediante la prestación de un nuevo consentimiento, ora mediante la manifestación de una sola de las partes, por entender que la otra ya se encuentra vinculada por el primer contrato, señalando que el precontrato es un auténtico contrato que vincula a las partes con su suscripción y despliega sus efectos obligacionales entre las partes, con los correspondientes efectos en caso de incumplimiento¹¹.

La promesa de venta –aun cuando puede ser entendida como un contrato preparatorio del contrato definitivo– produce los efectos de una verdadera venta, cuando las partes han consentido sobre la cosa y el precio.

En tal sentido, la Suprema Corte de Justicia, dominicana, respecto a la promesa de compraventa ha juzgado que desde el momento en que las partes han consentido mutuamente sobre la cosa y el precio, la promesa de venta equivale a venta, adquiriendo el comprador el derecho de propiedad aunque la cosa no haya sido entregada ni pagada, convirtiéndose el vendedor en deudor de la entrega y el comprador en deudor del precio¹².

2.3 Con las cartas de intención

Las cartas de intención bien pueden asimilarse a los tratos preliminares dado que, en principio, ninguna de las dos figuras crea vinculación jurídica entre las partes.

De acuerdo a lo definido por la doctrina, una carta de intención es la que se utiliza ordinariamente para materializar por escrito un acuerdo preliminar entre las partes”. De cualquier modo, puede servir para demostrar la existencia de tratativas preliminares¹³.

En el mismo sentido, la autora Llodrà Grimalt, señala que “en las cartas de intención generalmente se plasman los tratos previos porque todavía no se quiere concluir el contrato, al no haber acuerdo en todos los aspectos; pero si se quiere dejar constancia, a efectos probatorios, para el caso de que se produzca una ruptura de las negociaciones, del estado de las conversaciones”¹⁴.

En una decisión de diciembre del 2010 de la Suprema Corte de Justicia dominicana se infiere una diferencia entre las negociaciones preliminares y la carta

11. AZNAR, Giner. Pág. 42.

12. B.J. No. 1201, diciembre 2010 Ob. cit.

13. DRA. BRIZZIO (Claudia), *Tratativas previas al contrato.*, pág. 6.(en línea), Disponible en: www.ejuridico-brizzio.com.

14. MARIN NARROS (Héctor Daniel), *Noticias Jurídicas*, s/p. Febrero 2009. Citada por Héctor Daniel Marín Narros, *Concepción y eficacia de las letters of intent, los memoranda of understanding y los acuerdos de intenciones.*

de intención, cuando se puntualiza que los acuerdos o negociaciones preliminares preceden a la carta de intención¹⁵.

En síntesis, una carta de intención resume por escrito los tratos preliminares llevados a cabo por las partes, como por ejemplo conversaciones, reuniones, intercambio de correos y comunicaciones, entre otros, sin que se cree vinculación jurídica entre ellas, salvo que acuerden obligarse respecto al carácter de exclusividad en las negociaciones, al carácter confidencial de las informaciones intercambiadas, a los deberes de no competencia, etc., Esos aspectos los analizaremos en breve.

Más aún, las partes pueden establecer en las cartas de intención la posibilidad de que cada una pueda retirarse de las negociaciones sin responsabilidad alguna para ellas.

III. POSIBLES EFECTOS VINCULANTES DE LOS TRATOS PRELIMINARES Y SU INCIDENCIA EN LA FORMACIÓN E INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO.

Las negociaciones o tratos preliminares no poseen –en principio– fuerza vinculante, no crean obligaciones y por ende, no constituyen actos jurídicos per se.

El autor Cuadrado Pérez, citado por Aznar Giner, indica que en los tratos preliminares falta el elemento volitivo necesario para la formación del contrato, ya que las partes no tienen el propósito de vincularse por la mera negociación. A través de los tratos preliminares se pretende tratar y negociar las líneas esenciales del futuro contrato, sin que se produzca una vinculación desde ya¹⁶.

Ahora bien, preciso es preguntarnos si pueden surgir dentro de las negociaciones o tratos preliminares acuerdos con una verdadera naturaleza contractual que permanezcan vigentes aun cuando se abandonen los tratos.

La doctrina española ha opinado que los tratos preliminares son susceptibles de producir efectos entre las partes y respecto a terceros, aun cuando se abandonen las negociaciones y por tanto, no se concluya el contrato. El contrato de confidencialidad que se firma para acceder a la información de la sociedad que se pretende adquirir, es un ejemplo. Aun cuando la negociación no se concluya al no llegar a un acuerdo, la obligación de confidencialidad subsistirá. O el perito

15. B.J. No. 1201, diciembre 2010. Luego de una serie de negociaciones y partiendo ambas partes de los acuerdos plasmados en la Carta de Intención, firmada con este mismo objeto, entre representantes de las ahora partes contratantes, la promitente decidió otorgar en promesa de venta, a la compradora acciones.

16. AZNAR GINER, (Eduardo) *Ibidem* pág.19.

a quien se encarga una valoración: si las partes desisten de la venta proyectada, deberán abonar los honorarios del mismo con independencia de tal abandono¹⁷.

Por igual, el autor Vladimir Monsalve Caballero, señala, que se produce una relación jurídica entre las partes en la fase de tratos “en el evento en el cual las negociaciones han llegado a un punto en el cual nacen expectativas recíprocas en las partes, las cuales tienen su fundamento en la confianza determinada por la buena fe in contrahendo, que en todo momento debe inspirar estos tratos preparatorios en relación al futuro negocio”¹⁸.

En igual sentido, la doctrina francesa ha admitido la validez de un acuerdo que incluya cláusulas de exclusividad durante el período de las negociaciones preliminares, a los fines de bloquear la posibilidad de que uno de los negociadores entable negociaciones con un tercero, de la misma naturaleza de lo que se negocia¹⁹.

De acuerdo a lo expuesto, parece evidente la vinculación jurídica producida por efecto de los tratos preliminares, en los supuestos señalados.

3.1 Incidencia en la formación del contrato

Como hemos analizado precedentemente, en este período de negociaciones que constituyen los tratos preliminares, las partes aún no se han comprometido contractualmente, pero lo que suceda en esta fase preliminar, tendrá alguna influencia en el propio contrato, si llegara a formalizarse.

Muchos ordenamientos jurídicos y la doctrina más reciente se han ocupado en delinear las tratativas porque entienden que hay ciertos deberes en ellas, que comprenden el de negociar de buena fe, suministrar determinadas informaciones de protección y de confidencialidad²⁰.

En un sentido similar, la doctrina española ha opinado que, aun cuando los tratos preliminares no comportan una vinculación jurídica, eso no implica que sean intrascendentes o irrelevantes desde el punto de vista jurídico, pues no solo pueden generar la llamada responsabilidad precontractual, sino que también es clara su trascendencia, en orden a la formación de la voluntad contractual y para la interpretación del contrato. También influyen en la posible ineficacia del contrato y en la integración del mismo²¹.

17. AZNAR GINER, (Eduardo) Ibidem pág.20

18. MONSALVE CABALLERO (Vladimir), La ruptura injustificada de los tratos preliminares. Tesis Doctoral, pág. 489, Universidad de Salamanca, Facultad de Derecho, mayo 2008, España

19. Les Pourparles ou les négociations préalables à la contractualisation définitive entre les partenaires, pág. 2. Tomado de www.avocat-de-marguerye.com/..pourparles-nego.

20. BARRIENTOS ZAMORANO (Marcelo), Los tratos preliminares en la formación contractual, pág. 3. Upecen.edu.pe

21. AZNA GINER (Eduardo), citando a los autores Valpuesta Fernández, M.R. Gómez Calero, J. Lasarte, C. García Granero, Coloner y Diez Picaso, pág. 23.

Los acuerdos preliminares, como hemos señalado, comprenden una serie de discusiones que bien pueden conducir a las partes a la conclusión de un contrato y que, en efecto, constituyen por igual una etapa importante de la validez jurídica, del futuro del mismo, puesto que las partes tienen la vocación de completar ciertas informaciones que conlleven a la formación del consentimiento.

El autor Aguilar Gutiérrez señala en síntesis, que un estudio integral del contrato requiere que se atienda, no solo a los problemas que puedan surgir en el curso de su ejecución, sino también aquellos que pueden presentarse en la fase de la formación del convenio, a partir del instante en que se inician las negociaciones que tienden al perfeccionamiento de la figura contractual.

En el mismo tenor, Olga Lucía Alfonso V. apunta que los acuerdos preliminares tienen una función instrumental frente al contrato definitivo. De ahí que cuando las partes llegan a la formalización del contrato, es porque todas las condiciones del mismo ya están acordadas²².

Abundamos nosotros que, como tales acuerdos han sido fruto de esas negociaciones preliminares, necesarias para la formación de un contrato, este último recoge dichas negociaciones y concretiza la real voluntad de las partes y el alcance de los derechos y obligaciones contraídas por ellas.

3.2 Incidencia en la interpretación de los contratos

En la República Dominicana las disposiciones relativas a la interpretación de los contratos se encuentran contenidas en los artículos 1156 al 1164 del Código Civil.

En ese tenor, la Suprema Corte de Justicia dominicana ha juzgado que las referidas disposiciones contenidas en los artículos antes mencionados son meras reglas dirigidas al juez para averiguar la intención de las partes, según el contexto del acto o todas las circunstancias de la causa²³.

La doctrina contemporánea y la jurisprudencia constatan que la interpretación del contrato no puede extraerse exclusivamente de la común intención de las partes, es decir, en los elementos intrínsecos del contrato. En ese sentido, observan que el juez debe referirse a otros indicios o elementos extrínsecos para descubrir la real intención de las partes²⁴.

Igual criterio ha sido sostenido en nuestro país para la interpretación del contrato, debiendo tomarse en cuenta todos los elementos exteriores al mismo,

22. ALFONSO VELASQUEZ (Olga Lucía), *Ibidem*.(pág. 210)

23. B.J. 833.805, Suprema Corte de Justicia Dominicana

24. Escuela Nacional de la Judicatura Dominicana. (ENJ), *El Juez y los Contratos*. Diapositivas 11 y 12, disponible en: www.slidershare.net/enjportal/en400

especialmente, la proposición escrita pre-contractual, la correspondencia cursada, el comportamiento ulterior de las partes o anterior a la formación del contrato, la ejecución de buena fe y los usos. Para determinar la voluntad real partes, el juez verifica no solamente el texto –campo contractual– sino también el contexto-factores extra-contractuales²⁵.

IV. EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE EN LOS TRATOS PRELIMINARES

El Derecho dominicano establece el principio de la buena fe en la celebración y en la ejecución del contrato, no refiriéndose a la etapa preliminar al contrato. Así lo establece el artículo 1134 del Código Civil cuando establece:

Art. 1134.- Las convenciones legalmente formadas tienen fuerza de ley para aquellos que las han hecho. No pueden ser revocadas, sino por su mutuo consentimiento, o por las causas que estén autorizadas por la ley. Deben llevarse a ejecución de buena fe.

No obstante, entendemos que debe reconocerse que el principio de la buena fe, establecido en el artículo 1134 del Código Civil, debe estar presente tanto en la fase contractual como precontractual.

Así lo ha reconocido la jurisprudencia francesa, al exigir un deber de lealtad, que se impone a las partes durante las negociaciones y en ocasión de la ruptura de tales negociaciones²⁶.

La doctrina, con Aznar Giner²⁷, señala que en Derecho español, el principio rector y guía de los tratos preliminares es el principio de la buena fe (art.7) y que en el art.1258 se establece que los contratos se integrarán por la buena fe, el uso y la ley.

Existen otros deberes que se derivan del deber de buena fe, que aplican para los tratos preliminares. Para citar un ejemplo, podemos mencionar el deber de la información. Los negociadores deben informarse para informar²⁸. El que deba informar a la otra parte debe asegurarse de buscar los datos precisos y con conocimiento de causa para comunicarlos a ésta.

En igual sentido, entra dentro del deber de buena fe que deben observar

25. Escuela Nacional de la Judicatura Dominicana. (ENJ). *Ibidem* (diapositivas 11 y 12).

26. MALKES KOSTER (Nathalie). *Le devoir de loyauté: une obligation dans les négociations commerciales*. Disponible en: www.nmk-avocats.com/publications/janvier-2007.

27. AZNAR GINER (Eduardo), *Ibidem* (pág. 30). Artículo 7.1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. Artículo 1258. Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

28. *Les Pourparles ou les négociations*, *Ibidem*.

los tratantes, guardar la confidencialidad de aquellas informaciones sensibles y confidenciales que intercambien durante las negociaciones y no divulgarlas a terceros. Nosotros entendemos que, en virtud de ese principio de buena fe, ese deber debe prevalecer, aun cuando no haya sido expresamente establecido entre las partes.

V. RESPONSABILIDAD POR EL ABANDONO O RUPTURA DE LOS TRATOS PRELIMINARES

En muchas ocasiones, las partes negociadoras abandonan las negociaciones que llevan a cabo en aras de llegar a la firma de un contrato.

En virtud de la libertad contractual, las partes siempre cuentan con la facultad de terminar o abandonar las negociaciones.

Parafraseando a Barrientos, opinamos que las partes son libres de no seguir negociando. Y es que, durante la etapa preparatoria, “los intervinientes tratan, pero no contratan”: hay tractatus, pero no contractus²⁹.

No obstante, se da el caso de que las partes se retiran de las tratativas –incluso muy próximo a la firma del contrato– luego de meses o días de negociación, en que cada cual ha invertido tiempo y dinero o ha renunciado a otras ofertas con miras a contratar.

En los casos de una ruptura injustificada de los tratos preliminares, donde no resulta en principio vinculación jurídica alguna, ¿comprometería su responsabilidad la parte que rompe la negociación?

La jurisprudencia francesa ha sostenido que el ejercicio de un derecho de ruptura unilateral en las negociaciones precontractuales, no constituye la causa de un perjuicio, la pérdida de una oportunidad de las ganancias esperadas, si el contrato se hubiese concluido³⁰.

En igual sentido, el autor español Diez Picazo señala que debe considerarse como regla general, que la ruptura de una negociación no origina ninguna responsabilidad. Las partes, por el hecho de haber tratado preliminarmente la formación de un contrato, en manera alguna están obligadas a su conclusión³¹.

No obstante, señala dicho autor que si el estado de las negociaciones era tan avanzado por haberse logrado acuerdos importantes que hacían confiar lícitamente a la parte perjudicada en la celebración del contrato, debe imponerse la responsabilidad al que las rompe, salvo causas justificadas de desistimiento³².

29. BARRIENTOS (Marcelo), pág. 1.

30. Les Pourparles ou les négociations, Ibidem (pág. 5).

31. DIEZ PICAZO, Ibidem (pág. 58).

32. DIEZ PICAZO, Ibidem (pág. 59). Les Pourparles ou les négociations, Ibidem (pág. 5)

Igual criterio lo sostiene el autor William C. Headrick, en su obra *Contratos y Cuasicontratos en Derecho francés y dominicano*, al expresar que, en principio, nadie está obligado a celebrar un contrato y si en el transcurso de las negociaciones se da cuenta de que no le convienen los términos propuestos, puede poner fin a las negociaciones sin responsabilidad. Sin embargo, si la negociación se ha prolongado mucho en el tiempo, con el empleo de recursos de la otra parte negociadora, no debe romperse la negociación sin una justificación convincente.

Los tribunales españoles han señalado al respecto, que los contactos previos o “tratos preliminares” no tienen trascendencia ni eficacia obligacional, por lo que -lógicamente- su ruptura unilateral por la parte demandada, no puede generar responsabilidad alguna y, en consecuencia, derecho a indemnización, ya que solo en el caso de mala fe, cabría considerar una posible responsabilidad por culpa “in contrahendo”³³.

Cuando dichos tratos preliminares han sido llevados a cabo por una de las partes sin observancia del principio general de buena fe, para después provocar injustificadamente la ruptura de los mismos, ésta dará lugar a la denominada responsabilidad precontractual.

La autora francesa Joanna Schmidt señala sobre el particular que, en vista de que el contrato no ha sido concluido, la reparación no puede resultar más que del régimen delictual. Esta solución es conforme al fundamento de la responsabilidad delictual en Derecho francés, en que la doctrina rechaza acoger la posición de Ihering, que justifica el régimen contractual de la responsabilidad precontractual, por la existencia de un trato implícito, a los términos del cual, los negociadores se obligan a la diligencia in contrahendo. En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia francesa³⁴.

En el caso de España y Francia, se aborda el tema de las rupturas precontractuales, desde la fórmula general de la responsabilidad aquiliana³⁵.

En ese tenor, en el Derecho español, la indemnización por ruptura injustificada se fundamenta en la culpa extracontractual regulada en el art. 1.902 del CC que expresamente establece “El que por acción u omisión causa daño, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.

Lo anterior aplicaría en su justa medida en Francia y en República Dominicana, en cuyos códigos el artículo 1382 dispone que todo aquel que cause un daño a otro, obliga a aquel por cuya culpa sucedió, a repararlo.

33. Audiencia Provincial de Granada (Sección 5ª.) dictó sentencia de fecha 26 de febrero de 2010 Nivel contribución 2/20 Abogado de Albacete Contratos Albacete. actos preliminares no tienen fuerza obligacional. es.lexdir.com sin páginas.

34. SCHMIDT (Joanna), *La période précontractuelle en droit français*, pág.547. *Revue Internationale de droit comparé*. Cita la jurisprudencia París, 13 fév. 1883, *Gaz. Pal.* 1883, 2, 414.

35. MONSALVE CABALLERO (Vladimir), *Ibidem* (pág. 50).

Al respecto, se ha pronunciado la doctrina dominicana, cuando señala que la responsabilidad de la parte que rompe la negociación es extracontractual³⁶.

No obstante lo anterior, en sintonía con el autor Monsalve Caballero, entendemos que en la práctica contractual resulta difícil demostrar los supuestos para que una de las partes pueda exigir el resarcimiento de un daño en vía de formación contractual, ya que sin duda, los tribunales han mantenido posturas clásicas y al respecto, sus sentencias se han basado en la rigidez de principios, y por tanto, la hipótesis de la ruptura injustificada de las negociaciones siempre ha sido de difícil prueba³⁷.

En Francia, los tribunales parecen prudentes en admitir una falta precontractual a los fines de no comprometer de manera excesiva la libertad de contratar y la seguridad del comercio³⁸.

VI. CONCLUSIÓN

A diferencia de otros países, el Derecho dominicano (tampoco el francés) posee disposiciones en sus códigos civiles que aborden la etapa preliminar al contrato. En el caso de Francia y España, existe abundante doctrina y jurisprudencia al respecto, elaborando y unificando criterios tanto sobre el concepto, el vínculo obligacional, la buena fe precontractual y la influencia de la fase precontractual en la formación e interpretación del contrato, hasta la responsabilidad derivada por la ruptura abrupta de las negociaciones.

En el caso de la República Dominicana –aun cuando en los últimos años el país ha presentado un auge significativo en las inversiones locales y extranjeras que dan lugar a negociaciones precontractuales– el abordaje del tema ha sido muy escaso, por parte de la jurisprudencia y la doctrina.

Entendemos que los ordenamientos jurídicos actuales ameritan previsiones que brinden una definición clara sobre la fase precontractual, estableciendo entre otros aspectos, los deberes de las partes, los posibles vínculos legales que pudieren crearse y las eventuales consecuencias de su abandono injustificado.

En ese tenor, varios ordenamientos jurídicos (incluyendo el Derecho español) ya han dado los primeros pasos, intentando incorporar a su legislación las previsiones que regulan la etapa de las negociaciones precontractuales. El Código Civil dominicano ha seguido la tradición francesa y no posee reglamentación específica sobre el período precontractual, obviando, como bien señalan algunos

36. HEADRICK, William C. *Contratos y Cuasicontratos en Derecho francés y dominicano*. Pág. 10. 1era. edición, 2007.

37. MONSALVE CABALLERO (Vladimir), *Ibidem* (pág.180)

38. SMITH, Johanna. Pág. 552

autores que con la inclusión de disposiciones que abarquen esa etapa se acaba con la indeterminación legal existente y la necesidad de acudir a construcciones doctrinales y jurisprudenciales para solucionar los problemas generales durante esta fase de aproximación dirigida a celebrar un contrato.

VII. BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

– Libros

- ALFONSO VELÁSQUEZ (Olga Lucía). La interconexión de redes de telecomunicaciones. Editorial Reus, S.A. Preciados 23 28013, Madrid, España. Octubre 2006. ISBN: 978-84-290-1451-8.
- ARNAU MOYA (Federico). Lecciones de Derecho Civil II. Obligaciones y contratos. Publicaciones de la Universitat Jaume I. España. ISBN: 978-84-691-5640-7
- AZNAR GINER (Eduardo). Las negociaciones o tratos preliminares al contrato: doctrina y jurisprudencia. Editorial Tirant Lo Blanch, S.L., 2010. ISBN: 8498768012, 9788498768015.
- DÍEZ-PICAZO (Luis), GULLÓN (Antonio). Sistema de derecho civil. Volumen II, Tomo I. Décima edición. 2012. Editorial Tecnos, Grupo Anaya, S.A. Madrid, España.
- QUESADA SANCHEZ (Antonio José). Las negociaciones dirigidas a la formación del contrato. En: Derecho privado europeo y modernización del derecho contractual en España. Atelier, vía Laitena 12 08003. Barcelona, España. 2011. Págs. 55-107. ISBN 978-84-92788-59-0.
- SUBERO ISA (Jorge). Teoría general de las obligaciones en el derecho dominicano. El contrato y los cuasi contratos. Editora Corripio, Tercera edición. Santo Domingo, D.N., República Dominicana. Agosto 2010.
- HEADRICK (William C.). Compendio Jurídico Dominicano. Segunda Edición ampliada 2000. Editora Taller. Santo Domingo, República Dominicana. Marzo 2000.
- HEADRICK (William C.). Contratos y cuasicontratos en derecho francés y dominicano. Compendio Jurídico Dominicano. Primera Edición. Editora Taller. Santo Domingo, República Dominicana. Año 2007.

– Memorias y tesis

- MONSALVE CABALLERO (Vladimir). La ruptura injustificada de los tratos preliminares. Tesis doctoral, Universidad de Salamanca, Facultad de derecho, España. Mayo 2008.

– Artículos y Ensayos

- AGUILAR GUTIERREZ (Antonio). El período preliminar o de formación del contrato y la responsabilidad pre-contractual [en línea]. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/indercom/cont/7/dtr/dtr2.pdf>
- BARRIENTOS ZAMORANO (Marcelo). Los tratos preliminares en la relación precontractual [en línea]. Disponible en: <http://upecen.edu.pe/ebooks/Derecho/Civil/>
- BOSCH CAPDEVILA (Esteve). Precontrato y opción [en línea]. Tarragona, España. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/civil/pdf/1-48s.pdf>
- BRIZZIO (Claudia). Tratativas previas al contrato [en línea]. Disponible en: www.ejuridico-brizzio.com

- Escuela Nacional de la Judicatura Dominicana (ENJ). El Juez y los Contratos [en línea]. Diapositivas. Disponible en: <http://www.slideshare.net/enjportal/enj400-el-juez-y-los-contratos-2432047>
- GABINETE LÓPEZ SANTIAGO. El precontrato [en línea]. Disponible en: <http://www.lopez-santiago.com>
- GARCÍA RUBIO (María Paz). La responsabilidad precontractual en la propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos [en línea]. Boletín del Ministerio de Justicia, España. Abril 2011. Disponible en: dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3915664.pdf
- KNOEPLER (François). Pourparlers precontractuels, promesse de conclure et droit d'option en matière de bail [en línea]. 10 Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel, France, 1998. Disponible en: http://www.bail.ch/uploads/tx_baileseminaires/Knoepfler98.pdf
- La igualdad de las partes contratantes y la formación del contrato [en línea]. En: La formación del contrato. Apuntes de Grado en Derecho – UNED. Disponible en: <http://derecho.isipedia.com/segundo/derecho-civil-ii/derecho-de-contratos/04-la-formacion-del-contrato>
- La Phase Précontractuelle [en línea]. Disponible en: http://www.lexinter.net/JF/la_phase_precontractuelle.htm
- Les pourparlers ou les négociations préalables à la contractualisation définitive entre les partenaires [en línea]. Disponible en: <http://www.avocat-de-marguerye.com/gifs/pourparlers-negociations.pdf>
- LOZANO (Ángeles). Los tratos preliminares y acuerdos de intenciones en las operaciones comerciales internacionales [en línea]. 2009. Disponible en: <http://lozanoalonso.blogspot.com/2009/07/los-tratos-preliminares-y-acuerdos-de.html>
- MALKES KOSTER (Nathalie). Le devoir de loyauté: une obligation dans les négociations commerciales [en línea]. 2007. Disponible en: <http://www.nmk-avocats.com/publications/janvier-2007/>
- MARÍN NARROS (Héctor Daniel). Concepción y eficacia de las letters of intent, los memoranda of understanding y los acuerdos de intenciones [en línea]. Febrero 2009. Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho-Civil/200902-85236547895123.html>
- MONSALVE CABALLERO (Vladimir). La ruptura injustificada de los tratos preliminares y su relación jurídica prenegocial, en el derecho europeo continental [en línea]. Revista Virtual VIA INVENIENDI ET IUDICANDI, “CAMINO DEL HALLAZGO Y DEL JUICIO”. Disponible en: <http://numanterioresviei.usta.edu.co/articulos/edi3/rupturainjustificadadelostratospreliminares.pdf>
- OVIEDO-ALBÁN (Jorge). Tratos preliminares y responsabilidad precontractual [en línea]. Bogotá, Colombia. 2008. ISSN: 0041-9060. Disponible en: http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/03Tratospreliminares.pdf
- SCHMIDT-SZALEWSKI (Joanna). La période précontractuelle en droit français [en línea]. En: Revue internationale de droit comparé. Vol. 42 N°2, Avril-juin 1990. pp. 545-566. Disponible en: http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ridc_0035-3337_1990_num_42_2_1979

– Jurisprudencia

- Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, Sentencia de fecha 14 de julio del 2009, B.J. No. 1196.
- Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, Sentencia de fecha 8 de diciembre del 2010, B.J. No. 1201.
- Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, Sentencia de fecha junio 2004, B.J. No. 1123.
- Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, Sentencia en BJ 833.805.
- Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, Sentencia de fecha febrero 2010, B.J. No. 1191.

Los tratos preliminares: Una aproximación a la formación del contrato, Juan Reyes Eloy.

Instrumentos de carácter normativo

– Leyes

- ESPAÑA. Código Civil Español [en línea]. Disponible en: <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/cc/indexcc.htm>.
- FRANCIA. Code Civil. Dalloz, Edition 2000.
- REPÚBLICA DOMINICANA. Código Civil de la República Dominicana: Santo Domingo, Editora Corripio, 1985.
- REPÚBLICA DOMINICANA. Constitución de la República Dominicana, G.O. 10561, Santo Domingo, 26 de enero del 2010.
- REPÚBLICA DOMINICANA. Ley General de Protección de los Derechos del Consumidor o Usuario, No. 358-05. Santo Domingo.

JURISPRUDENCIA

Análisis de la sentencia dictada por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia en fecha 18 de junio del año 2014 sobre el trabajador víctima del VIH: Dos épocas, un fin.

*Carlos Manuel Martínez**

SUMARIO

- I. Introducción
- II. Descripción de los hechos
- III. Principales antecedentes procesales
- IV. Sustentación de la sentencia
- V. Comentario final

Resumen

El derecho del trabajo nace como una necesidad de reivindicar los derechos del trabajador, como la mejor vía para salvaguardar su dignidad humana. A través de su normativa, ha logrado mejorar las condiciones y forma de trabajo. Un ejemplo de ello, es la decisión judicial objeto del presente análisis.

La sentencia de la Suprema Corte de Justicia establece unos lineamientos firmes sobre a dónde se dirige el Derecho Laboral, tomando en consideración los cambios y los nuevos desafíos que presenta la sociedad. En esta decisión se plantea una solución que fortalece la base del Derecho del Trabajo proveniente de una concepción pro operario.

Estos avances se han alcanzado gracias a la constitucionalización de los procesos, como un mecanismo eficiente para mantener el respeto de los derechos de carácter fundamental de las personas y, a la vez, pone de manifiesto las políticas de un Estado social y democrático de Derecho.

Summary

Labour law arises as a need to vindicate the rights of workers as the best way to safeguard their human dignity. Through its regulations, has improved the conditions and way of working. An example is the judicial decision subject of this analysis.

The judgment of the Supreme Court of Justice establishes firm guidelines on where labor law goes taking in consideration the changes and challenges of the new society. In this decision, a solution that strengthens the basis of labor law appears which evokes a pro worker conception.

These advances have been achieved thanks to the constitutionalization process which is an efficient mechanism to maintain the respect of fundamental rights of people and at the same time, highlights the policies of a social and democratic State of law.

(*) El autor es Juez de la Segunda Sala del Juzgado de Trabajo del Distrito Judicial de Santiago y profesor de las asignaturas Derecho del Trabajo I y II en el Departamento de Ciencias Jurídicas de la PUCMM.

I. INTRODUCCIÓN

La reglamentación de la actividad laboral a nivel internacional se ha sustentado en un conjunto de paradigmas nacidos de la explotación inicial que derivó de la Revolución Industrial y la pérdida de vista de la condición humana del trabajador. Lo anterior conllevó, desde la segunda mitad del siglo XIX, a la búsqueda de medios que restauraran a dicho servidor, condiciones propicias para la consecución de una vida digna y en condiciones equitativas, en que la prestación de su fuerza de trabajo fuera compensada con un salario justo, el descanso ajustado y las fuentes de seguridad propicias a preservar su estado físico y mental.

Esta búsqueda compensadora de la norma no ha cesado con el paso de los años, sino que, a pesar de los muchos planteamientos tendentes al desmonte de su actividad protectora, ha visto la apertura de nuevos campos de actuación, lo cual ha encontrado complicidad en las tendencias fortalecedoras de los Derechos Humanos y la constitucionalización de los procesos que se ha venido promoviendo en el mundo contemporáneo.

En este contexto, cobra interés el desarrollo que, con posterioridad a la promulgación del Código de Trabajo Dominicano del año 1992 (Ley 16-92), ha realizado la jurisprudencia nacional, de las figuras de protección contenidas en dicho cuerpo jurídico, de lo cual existen ejemplos sobrados.

En la especie, nos corresponde realizar el análisis del contenido de la decisión jurisprudencial, emitida por la Tercera Sala (de lo Laboral, Tierras, Contencioso Administrativo y Contencioso Tributario) de la Suprema Corte de Justicia Dominicana, actuando como Corte de Casación, la cual en fecha 18 de junio de 2014, al conocer sobre un proceso de carácter laboral seguido por un trabajador afectado por el Virus de la Inmunodeficiencia Humana (VIH), cuyo contrato fue finalizado por la parte empleadora, no obstante conocer de tal condición, confirmó la sentencia que declaraba la nulidad de dicho desahucio, ordenando el reintegro del trabajador a su puesto de trabajo y el resarcimiento de los daños morales y perjuicios materiales, sufridos por el susodicho empleado.

A los fines de lugar, procederemos a resumir todo el antecedente procesal correspondiente al caso y de los principales razonamientos utilizados, especialmente por nuestro más alto tribunal, a fin de dictar el fallo objeto de examen. Como colofón, describiremos algunas precisiones que entendemos de carácter trascendental, en el abordaje de la posición jurisprudencial establecida.

II. DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

En la especie, los hechos acontecidos encuentran su origen en la relación laboral, sostenida desde el año 2002, entre el señor M.A.M.N. y la Empresa

Distribuidora de Electricidad del Este, S. A. (EDESTE), en calidad de “Técnico de clientes regulares”, cuya conclusión fue promovida por la parte empleadora, mediante la modalidad de terminación denominada desahucio, prevista por el artículo 75 del Código de Trabajo Dominicano. Es así como a través de comunicación de fecha 5 de julio de 2012, se le informa al trabajador de este hecho y se le invita a recoger sus prestaciones laborales, en un plazo de 10 días, por ante las oficinas de la empresa.

Como parte de las pruebas testimoniales presentadas en el proceso, se pudo establecer que la condición de inmunodeficiencia adquirida por el trabajador era un hecho plenamente conocido de la parte empleadora, ya que esto había sido informado por él (a sugerencia de su médico tratante), con la finalidad de evitar cualquier dificultad, con motivo de los constantes permisos solicitados, a fin de llevar su tratamiento de salud. En adición a ello, dicho facultativo había sido contactado por la empresa para tomar conocimiento detallado de la situación de salud del trabajador y solicitarle la prestación de una charla a otro grupo de trabajadores, con el objetivo de evitar toda suerte de marginación, ejecutada por dichos compañeros.

A pesar de todo lo expuesto, la empresa empleadora procede a dar por concluido el contrato de trabajo, alegando ante la Corte de Casación que dicha medida no era censurable, porque el trabajador fue mantenido en su puesto de trabajo durante muchos años después de conocerse su condición y que la medida no tiene carácter de represalia o discriminación, sino que “se produce como un hecho común y corriente”.

Como parte de sus argumentos, la empleadora recurrente alega que restringirle la oportunidad de ejercer esta medida “iría en contra de la autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo, la ley, la jurisprudencia, la costumbre y los acuerdos internacionales”, por lo que el papel de los tribunales debió limitarse a ordenar el pago de las indemnizaciones laborales consiguientes que fija la ley para cualquier situación de desahucio (valores por preaviso omitido y auxilio de cesantía) y no así, la nulidad pronunciada.

III. PRINCIPALES ANTECEDENTES PROCESALES

En la situación de marras, la Sala de lo Laboral, Tierras, Contencioso Administrativo y Contencioso Tributario, en atribuciones de Corte de Casación, resultó apoderada en fecha 20 de agosto de 2013 de un recurso presentado por la empresa ex –empleadora, en contra de la decisión emitida por la Corte de Trabajo del Departamento Judicial de San Pedro de Macorís de fecha 13 de agosto de 2013, la cual, a su vez, venía a ratificar el fallo evacuado por el Juzgado de Trabajo del Distrito Judicial de La Romana en fecha 2 de mayo del año recién indicado.

La sentencia emitida por el juzgado de primer grado procedió a acoger la demanda del trabajador, declaró nulo de pleno derecho el desahucio ejercido por la parte empleadora (en virtud de la parte in fine del artículo 6 de la Constitución de la República Dominicana y el artículo 8 de la Ley 135-11 sobre VIH-SIDA), ordenó la restitución de todos los derechos legalmente correspondientes, desde el día del ejercicio del desahucio y condenó a la indicada empleadora al pago de la suma de Dos Millones de Pesos Dominicanos (equivalentes a US\$46,000.00, aproximadamente, a la tasa cambiaria nacional vigente al momento del fallo), como indemnización de los daños morales y perjuicios materiales sufridos por el demandante, con motivo del acto de terminación promovido por la empleadora.

Siguiendo el orden procesal previsto, al ser ejercido el recurso de apelación contra dicho fallo, la Corte de Apelación competente procedió a validar los razonamientos y motivaciones expuestos por el juez de grado inferior, al ratificar en todas sus partes la sentencia original, lo cual derivó en el apoderamiento de la Suprema Corte de Justicia, mediante el recurso extraordinario de la casación, la cual dictó su decisión en la fecha ya descrita.

Vale decir que, si bien señala la Corte de Casación que no se ha realizado una enunciación concreta de los medios que fundamentan el recurso, esta extrae del examen del memorial que le fuera dirigido, la siguiente descripción de agravios: Desnaturalización de los hechos y el derecho, falta de base legal, falta e insuficiencia de motivos y mala aplicación del derecho.

IV. SUSTENTACIÓN DE LA SENTENCIA

A fin de sostener una exposición organizada y comprensiva de los argumentos utilizados en la sentencia que comentamos, procederemos a exponer los principales aspectos valorados por la Sala Laboral de la Suprema Corte de Justicia:

a. **Convergencia de la protección constitucional con la norma adjetiva. La no discriminación**

En primer término, la Corte Suprema señala que, tal como se deriva de la parte in limine y el numeral 5 del artículo 62 de la Carta Magna, el trabajo es “un derecho, un deber y una función social”, en orden a cuyo ejercicio “se prohíbe toda clase de discriminación”.

El aspecto enunciado recibe concreción en el contenido del texto de la ley 135-11 de fecha 18 de junio de 2011, la cual prohíbe toda modalidad de discriminación laboral que impida la obtención, mantenimiento o alcance de ascensos, en desmedro de las personas afectadas por el VIH/SIDA, incluyendo la práctica

de exámenes para la detección de esta enfermedad, como condición para el disfrute de cualquiera de las modalidades de la vida laboral descritas.

Concluye la alta corte, que el acto ejecutado contra el trabajador tiene un sustento exclusivamente discriminatorio, por su indiscutido estado de salud. En ese sentido, razona a favor de la declaración de nulidad del desahucio, reconociéndole el sustento de la misma en base constitucionalmente legítima y admitiendo su procedencia en el Código de Trabajo (pág. 16 de la sentencia), aunque en realidad resulta de las previsiones del artículo 8 de la ley 135-11, como se había apuntado previamente en el mismo fallo.

b. Reconocimiento de que el desahucio es un derecho limitado. Ponderación entre derechos constitucionalmente reconocidos

En este orden, a pesar de la continua descripción practicada por la doctrina nacional, sobre la carencia de obligación de plantearse causa justificativa del desahucio en nuestro régimen legal (sustentada en la definición que de este realiza el artículo 75 del Código de Trabajo), lo que conlleva a un régimen de estabilidad imperfecta y la posibilidad de la terminación ad-nutum¹ por cualquiera de las partes contratantes, nuestro alto tribunal reconoce que este derecho encuentra sus límites en la posibilidad de un ejercicio abusivo del mismo. Este precepto, en ciertas situaciones, ha sido positivizado, como es el caso de la maternidad o del trabajador portador del VIH, según describe la sentencia, a las que deben agregarse otras menciones, derivadas del propio artículo 75, tales como las concernientes al trabajador protegido por el fuero sindical o en estado de suspensión legal de los efectos de su contrato, por una situación de carácter inherente a su persona.

Como parte del examen practicado, en contrapartida al argumento de la parte empleadora sobre la libertad de empresa y, con ello, de su poder de organización dentro de la misma, los jueces de la Sala de lo laboral, ponderan que ello encuentra “una serie de limitaciones (...) como es el caso de que se trata, el derecho a la vida y a un trabajo digno, en situaciones especiales donde el ciudadano trabajador y el trabajador ciudadano necesitan la protección necesaria (sic) y eficaz de los derechos derivados de su empleo, por ende requiere de estabilidad laboral y continuidad de sus labores (...) que esa situación se da cuando se demuestra que la terminación del contrato, aunque encubierta por el ejercicio del derecho del desahucio, tiene su razón de ser, en el estado de salud del trabajador desahuciado”.

1. Expresión latina equivalente a “A Voluntad”, que permite remarcar la diferencia del desahucio con el despido o la dimisión, en cuantos estos resultan modalidades de conclusión que exigen la exposición de causa justificativa cierta para su ejercicio.

Finalmente, la decisión examinada reitera que las medidas protectoras de carácter laboral no atentan contra la libertad empresarial, sino que son una expresión adecuada de la prevalencia del principio protector, característico y definitorio de la fisonomía del derecho del trabajo, y de los derechos fundamentales del trabajador.

c) Valoración del derecho fundamental de la dignidad humana

Procede de forma particular la Suprema Corte, a invocar el derecho fundamental de la dignidad humana, innato a todos los seres humanos, pero asumido en su carácter inespecífico, al ligarse al tema laboral, a fin de admitir que este actúa como un “valor jurídico trascendente a la convivencia de las personas, en este caso no solo como un ciudadano trabajador, sino como un trabajador ciudadano, donde es preciso reforzar la protección de la persona del recurrido que realiza una función en el trabajo aquejado del VIH”.

De esta misma forma, describe el tribunal, que al no tomarse en cuenta la dignidad humana en su justa medida y atreverse la empleadora a ejecutar el desahucio, ello atenta contra lo que denomina el “patrimonio moral” del trabajador y compromete con esta actuación su responsabilidad civil, con su consecuente deber de indemnizar al afectado.

V. COMENTARIO FINAL

El buen cumplimiento de la misión de los tribunales que integran el Poder Judicial no solo puede medirse en la cantidad de fallos o de recursos empleados, para brindar solución a determinados procesos, sino que también debe examinarse y sopesarse por la forma en que las decisiones evacuadas responden a hechos que, por su capacidad de lacerar la adecuada y pacífica convivencia social, ameritan una respuesta estatal definitiva y acorde con las políticas que debe promover el estado social y democrático de derecho, declarado en nuestra nación, a partir de la reforma constitucional de enero del año 2010.

Ese camino amerita trillarse en base al respeto de los derechos de carácter fundamental de todos los habitantes del territorio nacional, lo que de manera particular y acorde al objeto del proceso analizado, apostilla la sentencia del 18 de junio de 2014, bajo la singular expresión, reiterada en más de una ocasión, de hacer valer los derechos de “el ciudadano trabajador-el trabajador ciudadano”.

Es incontestable el marcado cuidado con que el legislador constitucional define un amplio marco de derechos laborales específicos, expresados en el artículo 62 de la ley sustantiva, pero esto no resulta óbice para pronunciarse, como lo hace el tribunal supremo, valorando el disfrute que corresponde a la

persona del trabajador, por su condición humana misma, de otros derechos (de carácter fundamental e inespecíficos a los fines laborales), como lo es a la dignidad humana (arts. 7 y 38), a la vida (art. 37) y a la igualdad exenta de discriminación (art. 39), entre otros.

Es necesario observar, como base argumentativa de las premisas esbozadas en su momento, el uso por la Corte de Casación de la técnica de ponderación² de derechos como intérprete de la Constitución, para colocar en el lugar preponderante de la balanza, los derechos a la vida y al trabajo digno (arts. 37 y 62 de la Constitución Dominicana), de los cuales resulta acreedor el trabajador, con preferencia al ejercicio de la libertad de empresa (art. 50 de la Carta Magna) que disfruta el empleador. Sin dudas es aquí donde resalta un gran aporte, entrelazando las finalidades protectoras que resultan de las políticas previstas en la ley 135-11 (en cuyas motivaciones iniciales se detalla el fin de proveer a las personas afectadas por el VIH/SIDA de un conjunto de medidas de resguardo a su integridad e intimidad ante toda modalidad de discriminación), con las normas constitucionales tendentes a “la protección efectiva de los derechos de la persona, el respeto a su dignidad y la obtención de los medios que le permitan perfeccionarse de forma igualitaria, equitativa y progresiva” (art. 8).

El objetivo de salvaguarda, provisto por la ley 135-11, definido en una visión global del individuo, a fin de evitar su discriminación por la condición de salud que le afecta, es marcadamente palpable, al cerrar las puertas a todo desahucio, despido no sometido a la previa autorización de las autoridades de trabajo o el uso de exámenes de detección de la enfermedad, como requisito para el ingreso, permanencia o disfrute de ascensos, lo que no resulta ser más que un fiel reflejo importado del principio protector, que gobierna y rige en la materia laboral.

Vale decir, las medidas de protección a la integridad y dignidad humana, así como al disfrute progresivo de los derechos que derivan de la constitución, resultan cónsonos e inseparables de la concepción que sobre los derechos de los trabajadores pregona desde hace muchos años la ley laboral (con las reglas prooperario), a la cual esta decisión de la Suprema Corte de Justicia viene a ofrecer un contundente espaldarazo.

Debe ser vista como una advertencia clara, la indicación de que el uso del desahucio no es un derecho que siempre puede ser ejercido por el empleador, porque este encuentra límites precisos en la ley, de donde, de no ser tomados

2. Esta técnica interpretativa consiste “en valorar cuál de los elementos implicados en el conflicto tiene mayor relevancia o importancia en las circunstancias del caso a decidir, a fin de inclinar la decisión a favor del principio más importante en dichas circunstancias”. (Martínez Zorilla, David. “Racionalidad y Justificación de la decisión en los casos de conflictos entre principios constitucionales” Anuario 2012 Tribunal Constitucional de la República Dominicana. Sto.Dgo. 2013, pág. 247).

en cuenta, coloca al empleador en un estado de ilicitud por uso abusivo de derechos, a la luz del Principio Fundamental VI del Código de Trabajo.

Todo lo descrito encaja, sin desperdicios, en el afán de preservación de los intereses de la parte hiposuficiente de la relación, sin necesariamente desdeñar de los poderes del empleador, pero sí recordándole que estos no pueden ser ejercidos de manera omnímoda; y es que ante bienes jurídicos especialmente protegidos, cualquier evento carente de causa clara y legalmente definida, deberá entenderse como un acto de discriminación, inaceptable en nuestro actual estado de derecho.

Esta ponderación, sin dudas, encuentra también sustento en el ordinal 4º del artículo 74 de la Constitución, cuando, ante el posible choque entre la libertad de empresa que disfruta el empresario y los derechos del trabajador afectado, el tribunal se decanta por estos últimos, reconociendo la posibilidad de limitar aquella, en la medida que afecta injustificada y discriminatoriamente al trabajador, al aplicar las normas en el sentido más favorable a este último, creando una armonía de los fines constitucionales y la ley adjetiva.

Para nosotros, esta decisión reviste un paso de importancia capital, para el mundo del derecho laboral constitucional; un peldaño en el complejo camino de preservar, en la práctica jurídica del siglo XXI, los derechos que comenzaron a fraguarse en las industrias y talleres del siglo XIX, ahora incorporados a los renovados ideales de una sociedad más igualitaria y más protectora del hombre como tal, en todos los escenarios de su vida. Dos épocas históricas diferentes y una misma finalidad.

LEGISLACIÓN

Decreto No. 366.97 que aprueba el Reglamento para la Aplicación de la Ley No. 8-90, sobre Zonas Francas, de fecha 15 de enero de 1990. G.O. 9962

Decreto No. 366.97 que aprueba el Reglamento para la Aplicación de la Ley No. 8-90, sobre Zonas Francas, de fecha 15 de Enero de 1990. G.O. 9962

LEONEL FERNÁNDEZ
Presidente de la República Dominicana

SUMARIO

CAPÍTULO I
Del Consejo Nacional de Zona Francas de exportación naturaleza, duración, domicilio
CAPÍTULO II
Composición y administración del Consejo Nacional de Zonas Francas de exportación
CAPÍTULO III
Sobre las actividades de las empresas de Zonas Francas
CAPÍTULO IV
De las operadoras de Zonas Francas
CAPÍTULO V
De las colititudes de las empresas operadoras de Zonas Francas
CAPÍTULOS VI
Del régimen aduanero
CAPÍTULO VII
Reglamentación para la venta al mercado local

NÚMERO: 366-97

VISTA la Ley 8-90 de fecha 15 de enero de 1990, fomenta el establecimiento de las Zonas Francas nuevas y el crecimiento de las existentes;

VISTO el artículo 51 de la Ley 8-90 que dispone que el Poder Ejecutivo dictará el o los Reglamentos que estime necesarios para mejor aplicación de esta Ley, previa recomendación que le sometiere el Consejo Nacional de Zonas Francas de Exportación;

VISTA la Resolución No. 64-97 del Consejo Nacional de Zonas Francas de Exportación, de fecha 19 de abril de 1997, mediante la cual se aprueba recomendar al Poder Ejecutivo dictar el Reglamento de la Ley 8-90.

CONSIDERANDO: Que la Ley 8-90 amerita un reglamento que defina su

alcance, interpretación y adecuación a la legislación vigente, de acuerdo a la experiencia acumulada en el país;

CONSIDERANDO: Que el Consejo Nacional de Zonas Francas de Exportación, a partir de la fecha que le dio origen, ha venido reglamentando diferentes aspectos a los fines de mejorar la aplicación de la indicada ley, todo lo cual requiere ser contenido en un Reglamento con fuerza legal;

En ejercicio de las atribuciones que me confiere el artículo 55 de la Constitución de la República, dicto el siguiente:

REGLAMENTO PARA LA APLICACIÓN DE LA LEY 8-90, DE FECHA 15 DE ENERO DE 1990

CAPÍTULO I DEL CONSEJO NACIONAL DE ZONAS FRANCA DE EXPORTACIÓN NATURALEZA, DURACIÓN, DOMICILIO

Artículo 1.- El consejo Nacional de Zonas Francas de Exportación es la institución responsable de la reglamentación y aplicación de la Ley 8-90 cuyas funciones están descritas en el Artículo 19 y siguientes de dicha ley, además de las atribuciones en el presente Reglamento y sus anexos.

Artículo 2.- Su duración será indefinida y su domicilio queda fijado en la ciudad de Santo Domingo, Distrito Nacional, República Dominicana.

CAPÍTULO II COMPOSICIÓN Y ADMINISTRACIÓN DEL CONSEJO NACIONAL DE ZONAS FRANCA DE EXPORTACIÓN

Artículo 3.- El Consejo Nacional de Zonas Francas de Exportación, tendrá un Director Ejecutivo que se encargará de ejecutar, supervisar y dar seguimiento a las decisiones de este organismo.

Para las funciones operativas del Director Ejecutivo, el Consejo Nacional de Zonas Francas de Exportación dictará un Reglamento Interno, tan amplio como lo considere necesario.

Artículo 4.- Son funciones del Director Ejecutivo:

- 1) Ejecutar los mandatos y decisiones del Consejo Nacional de Zonas Francas de Exportación.

- 2) Representar personalmente, o por delegación, al Consejo Nacional de Zonas Francas de Exportación en los actos públicos y privados en que éste participe.
- 3) Someter a la aprobación del Consejo Nacional de Zonas Francas de Exportación y en su representación, cualquier contrato de servicio o de compra de bienes, así como todos los documentos de egresos y obligaciones financieras del mismo.
- 4) Firmar y actuar, previo mandato del Consejo Nacional de Zonas Francas de Exportación y en su representación, cualquier contrato de servicio o de compra de bienes, así como todos los documentos de egresos y obligaciones financieras del mismo.
- 5) Presentar al Consejo Nacional de Zonas Francas de Exportación las solicitudes de permisos de instalación de empresas y operadoras de Zonas Francas, así como cualquier otra que requiera la aprobación de dicho organismo.
- 6) Velar por el cumplimiento de las normas y procedimientos establecidos en el Reglamento Interno del Consejo Nacional de Zonas Francas de Exportación.
- 7) Cualquier otra función que el Consejo Nacional de Zonas Francas de Exportación delegue en éste.

Artículo 5.- Las reuniones del Consejo Nacional de Zonas Francas de Exportación serán convocadas por el Presidente del mismo o por el Director Ejecutivo, y/o por éste a solicitud de por lo menos dos miembros titulares, con por lo menos cuarenta y ocho (48) horas de anticipación y le será suplida la agenda a tratar a cada uno de los miembros que lo componen.

Artículo 6.- Los fondos operaciones del Consejo Nacional de Zonas Francas de Exportación, podrán provenir de (l) la (s):

- a) Cuotas mensuales cobradas a las Operadoras de Zonas Francas y Empresas de Zonas Francas Especiales, conforme al mecanismo convenido en el Consejo.
- b) Por la venta de los formularios de Embarque, preparados al efecto por el Consejo.

- c) Donaciones y/o préstamos otorgados por organismos nacionales e internacionales en armonía con la política de endeudamiento externo trazada por la Junta Monetaria.
- d) Cobro de trámites por motivo de solicitudes y aprobaciones de permisos a ser otorgados a nuevas Operadoras y Empresas de Zonas Francas.
- e) Asignación del Gobierno Central mediante la Oficina Nacional de Presupuesto, otro Departamento o Cuenta de Estado.
- f) Cualquier otra fuente aprobada por el Consejo Nacional de Zonas Francas de Exportación.

CAPÍTULO III

SOBRE LAS ACTIVIDADES DE LAS EMPRESAS DE ZONAS FRANCA

Artículo 7.- De acuerdo al Artículo No.6 de la Ley 8-90, las Zonas Francas pueden ser de tipo Industrial o de Servicios, Especiales, o de carácter Fronterizo.

Artículo 8.- Empresas de Zonas Francas Industriales o de Servicios: Son aquellas empresas de Zonas Francas dedicadas a elaborar o transformar materias primas o productos importados semiprocesados, para luego ser exportados como productos terminados o semielaborados, así como aquellas dedicadas a ofrecer servicios a otras empresas del sector o para ser exportados directa o indirectamente, cuyo producto puede ser o no de carácter tangible.

Se consideran en esta categoría aquellos servicios orientados al mejoramiento de las condiciones operativas del recinto y/o sector y/o de las condiciones de vida de los trabajadores.

Igualmente, serán considerados como tales, sin que el listado sea limitativo, el almacenaje para la consolidación y exportación de mercancías producidas por las empresas de Zonas Francas; la distribución y/o terminación de bienes o mercancías, impresión de documentos. Asimismo, la preparación, venta y servicio de alimentos a las empresas de Zonas Francas y sus empleados, debiéndose observar lo dispuesto en el Acápito d) del artículo 33 de la Ley 8-90.

Se considerará que satisfacen también el requisito del Artículo 4 de la Ley No. 8-90 aquellas empresas que por su actividad contribuyan a complementar las operaciones de otras empresas de zonas francas.

Artículo 9.- Zonas Francas Especiales: Son aquellas que por la naturaleza del proceso de producción o por las características de la empresa requieren establecerse fuera de un parque industrial. El Consejo, para la evaluación y aprobación.

de la solicitud bajo esta categoría, tomará en cuenta el Artículo 6, Acápites c) de la Ley 8-90. Asimismo, solicitará todas las informaciones pertinentes a fin de evaluar y ponderar las solicitudes.

Párrafo I.- Esta categoría abarca también a aquellas empresas que por su proceso de producción se dediquen al procesamiento y/o industrialización de rubros agrícolas y cuya instalación esté dentro de los predios donde se realicen total o parcialmente los cultivos a procesar.

Párrafo II.- Para poder cambiar de actividad, las empresas de Zonas Francas Especiales deben contar con la aprobación del Consejo Nacional de Zonas Francas de Exportación.

CAPÍTULO IV DE LAS OPERADORAS DE ZONAS FRANCAS

Artículo 10.- COMPOSICIÓN DE LOS OPERADORES.- Los promotores, organizadores y forjadores de los Proyectos de Instalación, desarrollo y administración de Zonas Francas, podrán acogerse a la Ley 8-90, como:

- a.- Entidad Pública: Institución que depende directa o indirectamente del Estado Dominicano.
- b.- Entidad Mixta: Institución compuesta en indeterminada proporción por los sectores públicos y privados.
- c.- Persona física o moral del sector privado.

CAPÍTULO V DE LAS SOLICITUDES DE LAS EMPRESAS Y OPERADORAS DE ZONAS FRANCAS

Artículo 11.- Las decisiones del Consejo nacional de Zonas Francas de Exportación, relacionadas con el otorgamiento de Permisos de Instalación, operación o de cualquier otra naturaleza, deberán ser comunicadas por escrito a los interesados dentro de los quince (15) días siguientes, a partir de la fecha en que la decisión fue tomada.

En los casos de **rechazo de solicitud**, la misma deberá ser motivada y en la comunicación al interesado, se le explicarán las causas de dicho rechazo, dándole así la probabilidad de enmendar las deficiencias encontradas y someter una nueva solicitud.

Decreto No. 366.97 que aprueba el Reglamento para la Aplicación de la Ley No. 8-90, sobre Zonas Francas, de fecha 15 de enero de 1990.

CAPÍTULO VI DEL RÉGIMEN ADUANERO

Artículo 12.- (Modificado por el Decreto No. 1002-01 del 9 de octubre del 2001). Para los fines de una eficaz y práctica aplicación de las disposiciones contenidas en el Capítulo Octavo de la Ley 8-90, Artículo 30 y siguientes, el Consejo Nacional de Zonas Francas de Exportación ha aprobado un Acuerdo de Asuntos Aduanales para Zonas Francas de Exportación, así como el Adendum al Reglamento de Servicios de la Dirección General de Aduanas en los Diferentes Parques de Zonas Francas y las Zonas Francas Especiales, suscrito el 9 de octubre del 2001 por el Director General de Aduanas, el Consejo Nacional de Zonas Francas de Exportación y la Asociación Dominicana de Zonas Francas, Inc. (ADOZONA).

Artículo 13.- El Acuerdo para el manejo de los asuntos Aduanales para Zonas Francas está a cargo de una comisión interinstitucional, compuesta por representantes del Consejo Nacional de Zonas francas de Exportación, la Dirección General de Aduanas y de las Asociaciones y Operadores privado, bajo la coordinación del Consejo Nacional de Zonas francas. Esta comisión tripartita tendrá facultad para hacer los cambios o adiciones que estime necesarios al mencionado Acuerdo. El Acuerdo para el manejo de los Asuntos aduanales, para Zonas francas, deberá estar acorde con el espíritu y la letra de la Ley 8-90.

Artículo 14.- Se formará un Comité Interno en cada parque, compuesto por un representante de las empresas de zonas francas, el Administrador del Parque y el Encargado de Aduanas.

El mismo podrá disponer libremente de todos los desperdicios, chatarras, materiales de embalaje de equipos, los cuales no sean útiles o necesarios para la operación de la empresa.

CAPÍTULO VII REGLAMENTACIÓN PARA LA VENTA AL MERCADO LOCAL

Artículo 15.- (Modificado por el Decreto No. 309-00 del 12 de julio del 2000). Toda empresa de Zona Franca que desee exportar a territorio aduanero nacional al amparo de las disposiciones de los incisos e) y f) del Artículo 17 de la ley No. 8-90, deberá obtener la autorización al efecto por parte del Consejo Nacional de Zonas Francas de Exportación. Tales exportaciones se realizarán bajo las siguientes condiciones, en cuanto al porcentaje autorizado:

A) Hasta un 20%

Cuando se trate de productos y/o servicios procesados en el país y cuya importación esté permitida por la ley, previo pago del 100% de los impuestos correspondientes.

B) Hasta un 100%

1. Cuando se trate de productos y/o servicios que no se procesen en el territorio nacional, previo pago del 100% de los impuestos correspondientes.
2. Cuando se trate de productos y/o servicios que tengan en su elaboración un componente de materias primas locales de por lo menos un 25%, previo pago del 100% de los impuestos correspondientes.

PÁRRAFO I: El consejo nacional de zonas francas de exportación podrá autorizar exportaciones al territorio aduanero nacional sin tomar en cuenta el tiempo que las empresas de zonas francas solicitantes hubiesen operados como tales, siempre dentro de las limitaciones porcentuales señalada por la ley.

PÁRRAFO II: Para la determinación del porcentaje a autorizar, cuando se trate de bienes y servicios que se produzcan en el mercado local al momento de la solicitud, se tomará como base la producción exportada por la empresa hacia mercados internacionales en el ultimo año calendario o fracción.

Cuando se trate de bienes o servicios que no producen en el país o que tengan en su elaboración un componente de materias primas locales de por lo menos 25%, las empresas podrán exportar toda su producción a territorio nacional sin limitación durante los primeros seis meses de haber iniciado sus operaciones como empresa de zona franca. A partir de ese periodo dichas empresas deberán justificar futuras solicitudes en base a las exportaciones realizadas a la fecha de las referidas solicitudes.

PÁRRAFO III: Los impuestos correspondientes serán calculados por la Dirección General de Aduana excluyendo de la base imponible los componentes y valores agregados nacionales que han intervenido en el proceso de producción de los bienes de que se trate.

Una vez el Consejo Nacional de Zonas Francas de exportación autorice la exportación al mercado local, este remitirá a la dirección general de aduanas la localización correspondiente para los fines de lugar.

La Dirección General de Aduanas deberá remitir al Consejo Nacional de Zonas Francas de Exportación, en forma periódica, una relación de todas las liquidaciones de las exportaciones realizadas de acuerdo al presente artículo.

Dado en la ciudad, municipio y provincia de Santiago de los Caballeros, República Dominicana, a los veintinueve (29) días del mes de agosto del año mil novecientos noventa y siete, año 154 de la Independencia y 135 de la Restauración.

Leonel Fernández

Esta edición de 500 ejemplares de la
Revista de Ciencias Jurídicas, Volumen II No. 3
de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra,
se terminó de imprimir en Amigo del Hogar,
Santo Domingo, República Dominicana, 2014.



PUCMM
Pontificia Universidad Católica
Madre y Maestra

Campus de Santiago

Autopista Duarte, Km 1 1/2
Santiago de los Caballeros
Teléfono: 809 580 1962
Fax: 809 582 4549

Campus Santo Tomás de Aquino

Abraham Lincoln esquina Rómulo Betancourt
Santo Domingo, D. N.
Teléfono: 809 535 0111
Fax: 809 534 7060

Extensión de Puerto Plata

Calle Separación No. 2
Teléfono: 809 586 2060
Fax: 809 586 8246

República Dominicana

<http://www.pucmm.edu.do>