

LA PROTECCIÓN Y PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A TRAVÉS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Yasmin Cerón Castro¹



RESUMEN:

En un Estado Social y Democrático de Derecho donde se ha renovado la visión de los derechos fundamentales y se incorporan nuevos principios y valores sustanciales que son el punto de referencia para cada una de las acciones públicas, la contratación pública pasa de ser una herramienta de abastecimiento de bienes, servicios y obras, a desarrollar un papel estratégico que aporta a la función esencial del Estado, que es precisamente la protección efectiva de los derechos de las personas y el respeto a su dignidad. En ese artículo, se describe cómo y por qué debe ser utilizado el poder de la compra y contratación pública como herramienta para proteger y promover derechos humanos y fundamentales, implementando distintas medidas durante el ciclo contractual.



¹ La autora es abogada, egresada Summa Cum Laude de la Universidad Iberoamericana (UNIBE). Fue servidora pública de carrera administrativa de la Dirección General de Contrataciones Públicas, cerca de 10 años, siendo su última función la de titular de la Dirección de investigaciones y reclamos, la cual desempeñó hasta marzo de 2022.

Abstract:

In a Social and Democratic State of Law where the vision of fundamental rights has been renewed and new principles and substantial values are included and are the point of reference for each of the public actions, public procurement goes from being a tool of supply of goods and services, to develop a strategic role that contributes to the essential function of the State, which is precisely the effective protection of people's rights and respect for their dignity. This article describes how the power of public procurement should be used as a tool to protect and promote human and fundamental rights, implementing different actions during the contractual cycle.

Palabras claves: Contratación pública estratégica, Derechos fundamentales, Derechos humanos Estado Social y Democrático de Derecho, sostenibilidad.

Keyword: Strategic Public procurement, Fundamental Rights, Human rights, Social and Democratic State of Law, sustainability.

1. EL CONTEXTO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN UN ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

A nivel global la contratación pública se ha transformado y, para comprender la naturaleza y el fundamento de este cambio, se hace necesario poner en contexto el ecosistema que ha promovido el mismo.

En el caso dominicano, la influencia principal de esta transformación se puede atribuir al neoconstitucionalismo, también llamado constitucionalismo contemporáneo, término utilizado para referirse a la evolución de los ordenamientos o sistemas jurídicos que ha tenido lugar en muchos países durante la segunda mitad del siglo XX y que admite, una superación de la concepción formal del Estado de Derecho, a un Estado, Democrático, Social y de Derecho que supone la comprensión de la Constitución como sistema de valores y principios, que se proyecta sobre el derecho ordinario o infraconstitucional².

El neoconstitucionalismo, se caracteriza por marcar el cambio en el constitucionalismo clásico, ya que abarca como parte esencial de éste, principios generales de Derecho, valores y una amplia gama de derechos fundamentales, desde el voto universal, el principio de igualdad (desarrollado como el derecho a la no discriminación), incluyendo a su vez los derechos económicos, sociales y culturales, además de los derechos de tercera y ya cuarta generación, como son, el derecho a un medio ambiente sano y derecho a la conectividad. Por lo tanto, en el neoconstitucionalismo, la Constitución pasa de regular solamente

la forma y el poder del Estado, para regular también, a la sociedad, es decir, se encausa en el objetivo de garantizar los derechos fundamentales, más que en limitar el poder estatal.

Para el reconocido filósofo del Derecho, Prieto Sanchis³ el neoconstitucionalismo tiene una visión de la carta magna enfocada en los valores y principios vinculados a los derechos fundamentales de las personas y a su dignidad, que exceden su formulación meramente escrita. La dignidad y los derechos fundamentales se convierten en fundamento de la nueva forma de organización estatal.

Así pues, al constituir la dignidad humana el valor primario y principio constitucional supremo, este nuevo constitucionalismo demanda amplia protección hacia la persona. En palabras de Cabral Brea "el respeto por la persona humana se convierte entonces en premisa antropológica del Estado Social y Democrático de Derecho"⁴, lo que significa que la garantía y tutela de los derechos fundamentales del ser humano son un elemento característico de esta forma de Estado transversal a todas las acciones y ejecutorias públicas.

El constitucionalismo actual, ha dado lugar a una Constitución que no es puramente nacional, sino que está influenciada por aquellos derechos fundamentales, consignados en declaraciones, pactos, tratados o convenios internacionales sobre derechos humanos, cuya vigencia se ha venido asegurando, incluso, mediante la existencia de unos tribunales supraestatales capaces de interpretarlos y aplicarlos en los Estados miembros que así los hayan ratificado.

2 Serna Bermúdez, P. Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho. Editorial Limusa, México, 2009, pág. 213

3 Prieto Sanchis, L. "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial" en Miguel Carbonell (editor), Neoconstitucionalismo. 2da edición, Editorial Trotta, Madrid, 2005, pág. 132.

4 Cabral Brea, M. El Control de las Políticas Públicas Sociales por parte de los Tribunales Constitucionales: Una mirada desde el neoconstitucionalismo latinoamericano. Tribunal Constitucional, primera edición, Julio 2021

Es preciso mencionar en este punto, que con la proclamación de la Constitución el 26 de enero de 2010, y su modificación de 2015 se ha ampliado en muchos sentidos el horizonte del Estado dominicano ya que se plantea una renovada visión de los derechos fundamentales e incluye una serie de nuevos principios, valores y pilares sustanciales que son el nuevo punto de referencia para cada una de las acciones, políticas, programas, proyectos y decisiones que deban ser aplicadas en el Estado y, en consecuencia, en sus instituciones como entes y órganos ejecutores de las políticas públicas.

En el marco de este nuevo horizonte, ha surgido un sistema jurídico renovado que alcanza a la contratación pública, que nació desde los esfuerzos del proceso de reforma y modernización del Estado impulsado a inicios del año dos mil⁵ y que, tras la Constitución de 2010, se consolida como una reforma hacia un Estado Social y Democrático de Derecho, por su artículo 7, que supone intrínsecamente promover la finalidad esencial del Estado que consiste en “la protección efectiva de los derechos de las personas el respeto de su dignidad y la obtención de los medios que le permitan perfeccionarse de forma igualitaria, equitativa y progresiva, dentro de un marco de libertad individual y de justicia social, compatibles con el orden público, el bienestar general y los derechos de todos y todas”⁶.

Esta función significa, en otras palabras, que el carácter instrumental y servicial del Estado que debe promover y garantizar la protección de los derechos fundamentales no es cualquier protección, se trata, en todo caso, de una

protección efectiva, es decir, una protección que garantice que, en la práctica, en la realidad, los derechos fundamentales sean respetados por todos(as) y ejercidos y disfrutados en su máxima expresión.

De hecho, la Constitución une esta función con otros deberes, que influyen en el enfoque y gestión de la contratación pública, como es el “deber fundamental del Estado garantizar la racionalidad del gasto público y la promoción de una Administración pública eficiente”⁷. También dispone que: “La planificación, programación, ejecución y evaluación de la asignación del gasto público responderán a los principios de subsidiaridad y transparencia, así como a los criterios de eficiencia, prioridad y economía”⁸. Asimismo, al referirse a los servicios públicos, la Constitución indica que: “Los servicios públicos están destinados a satisfacer las necesidades de interés colectivo. El Estado garantiza el acceso a servicios públicos de calidad”⁹.

Todos esos mandatos, como veremos más adelante, se vinculan directamente a la contratación pública y trazan pautas para su desarrollo y ejecución y es que, para el cumplimiento de la función esencial del Estado, esto es, para garantizar la protección del ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales, la Administración¹⁰ necesita adquirir bienes, servicios y obras para los cuales en ocasiones requerirá la colaboración del sector privado. Esta unión entre el sector público y el privado es un verdadero negocio jurídico conocido comúnmente como contratos públicos.

5 Mediante el Decreto núm. 27-01, se creó el Consejo Nacional de Reforma del Estado (CONARE), con el propósito de orientar la readecuación de las instituciones dominicanas para que sean democráticas, transparentes, eficaces y eficientes, sustituyendo la Comisión Presidencial para la Reforma y Modernización del Estado, que había sido creada por el Decreto núm. 484-96.

6 Artículo 8 de la Constitución.

7 Artículo 75.6 de la Constitución

8 Artículo 238 de la Constitución

9 Artículo 147 de la Constitución

10 Cuando se emplea el término Administración o Administración Pública, se refiere a los órganos y entes que forman parte del Estado, incluyendo cada uno de sus poderes, instituciones autónomas y descentralizadas.



De manera particular, si observamos, la Constitución concretiza que al ser la Administración una persona jurídica-pública, para el ejercicio de sus competencias, en este caso, para contratar y adquirir bienes, servicios y obras, se encuentra sometida al principio de juridicidad, que implica, de acuerdo a su artículo 138, que: "La Administración Pública está sujeta en su actuación a los principios de eficacia, jerarquía, objetividad, igualdad, transparencia, economía, publicidad y coordinación, con sometimiento pleno al ordenamiento jurídico del Estado". Principios estos, que son de aplicación directa en la contratación pública que se realice entre la Administración y un particular.

El pleno sometimiento de la Administración al ordenamiento jurídico, tal como ordena la parte in fine del artículo citado, implica que ésta actúe sujeta a todo el sistema de fuentes (Constitución, tratados, leyes, reglamentos, principios generales de Derecho, etc.), es decir, que para contratar con el sector privado y también en la ejecución de estos contratos, se deberá garantizar el respeto a los derechos fundamentales consagrados no solo en la Constitución, sino también en aquellos tratados internacionales que contemplen derechos humanos (art. 74.3) y a todos aquellos derechos fundamentales que estén consignados en otra normativa (art.74.1) aun no sea de rango constitucional.

De esta forma, la Constitución como fuente primera de todas las demás normativas, traza un nuevo enfoque para la contratación pública, que es la protección y promoción de los Derechos humanos y fundamentales como finalidad esencial de un Estado Social y Democrático de Derecho, que conlleva como consecuencia una transformación en la forma y la razón de adquirir bienes, obras y servicios.

2. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO ESTRATEGIA

La contratación pública es el mecanismo utilizado por la Administración pública para realizar gran parte de los trabajos requeridos para cumplir con los objetivos y metas de Estado, a través la colaboración con el sector privado y obtener bienes, prestar servicios y ejecutar obras que no pueden ser provistas por las propias instituciones públicas o que, aun pudiendo, resulta preferible contratar a dicho sector para responder con eficacia y eficiencia al interés general, con miras a garantizar una prestación efectiva y oportuna de los servicios públicos.

Históricamente, la finalidad de las compras y contrataciones públicas ha tenido su fundamento en la búsqueda de la competencia, la transparencia y la lucha contra la corrupción, ya que es un escenario de alto riesgo debido a la inversión económica que representa, pues se destina en promedio cerca del 12 al 15% del PIB a nivel mundial¹¹, y aunque en América Latina, según el último informe de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)¹² el promedio es de un 6% del PIB, en el caso de República Dominicana, su impacto se logra dimensionar más fácilmente si se toma en consideración que la inversión oscila entre un 30% a 32% del presupuesto nacional.

Ha sido precisamente por la significativa inversión económica, que el enfoque tradicional de la contratación pública nace con una perspectiva orientada en la prevención de actos de corrupción en la selección de contratistas y en evitar la sobrevaluación de bienes, obras y servicios, centrándose en obtener el menor precio posible y no ha considerado, al menos de forma concreta, otras variables, condiciones o parámetros para determinar la mejor o más conveniente compra y contratación para el Estado.

En otras palabras, la perspectiva tradicional de la contratación pública se limita a procurar el cumplimiento de los procedimientos de selección de contratistas, velando por garantizar la transparencia y prevenir irregularidades asociadas con conflictos de intereses y corrupción administrativa. Con este enfoque se presta mayor atención al menor precio ofertado en la fase precontractual, el cual es usualmente preferido y catalogado como la oferta más conveniente.

Sin embargo, en los últimos años la finalidad de la contratación pública se ha ampliado. Ha pasado de ser sólo un mecanismo utilizado por el Estado para adquirir la prestación de servicios, ejecución de obras y el suministro de bienes de parte del sector privado, a tomar en cuenta

11 Cfr. La Organización Mundial de Comercio (OMC) afirma que en el año 2019 el promedio del PIB era de 10-15%, disponible en línea, https://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gproc_s.htm [última consulta: 29 de noviembre de 2022]. Mientras, que para la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) en el año 2019 el monto invertido en contratación pública fue de un 12%, en línea, <https://www.oecd.org/gov/contratacion-publica/> [consultado: 29 de noviembre de 2022].

12 37 OCDE, "Panorama de las administraciones públicas América Latina y el Caribe 2020" (2020), OCDE Publishing, p.156, disponible en línea <https://www.oecd.org/publications/panorama-de-las-administraciones-publicas-america-latina-y-el-caribe-2020-1256b68d-es.htm> [consultado: 29 de noviembre de 2022].

el poder de compra de la Administración pública como una herramienta para la promoción y ejecución de políticas públicas para el desarrollo.

Esta ampliación de la finalidad y perspectiva de la contratación pública supone necesariamente un cambio en la forma de adquirir bienes, obras y servicios, ya que la perspectiva tradicional limita las capacidades de decisión estratégica y de diseño de procedimientos que sí consideren la información resultante sobre la sostenibilidad, la promoción de otros derechos e incluso del ciclo de vida de las adquisiciones a través de criterios conocidos como Valor por Dinero¹³. Por ello, se reducen las oportunidades de aprovechar el poder de compra que tiene el Estado para promover la consecución de objetivos de interés general y de políticas públicas, incluida la posibilidad de motorizar a través de ella la protección y promoción de los derechos fundamentales como se analiza en este documento.

La innovada perspectiva de la contratación pública se concentra en adoptar mejores decisiones de compras, mediante el desarrollo de procedimientos más informados y orientados estratégicamente, a partir del análisis de la experiencia producida en las etapas contractual y postcontractual, y su relación con el diseño de los requerimientos de los próximos procedimientos de selección de contratistas.

Con esta perspectiva de la contratación pública, los(as) servidores y funcionarios, unidades y comités del área de compras dejan de ser meros tramitadores de procedimientos, para convertirse en verdaderos protagonistas de la contratación pública estratégica, actores encargados de la tarea de verificar y procurar el éxito de las adquisiciones, objetivo común al cual deben contribuir todas las áreas de la Administración que se relacionan con el uso del bien, obra o servicio que se necesita.

De este modo, reconocidos autores¹⁴ han coincidido en que la contratación pública no puede concebirse exclusivamente como una herramienta de adquisiciones de los poderes públicos, sino como un poderoso instrumento para llevar a cabo políticas públicas tan diversas como la el fomento de las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas (MiPymes), la sostenibilidad social, económica, ambiental y promoción de la innovación.

13 El concepto de "valor por dinero" es relativamente reciente, y su inclusión en las reformas legislativas sobre compras y contrataciones es una de las recomendaciones más enfáticas y constantes de los organismos técnicos especializados en la materia, para ampliar al respecto, véanse: Las recomendaciones de la OCDE sobre Contratación Pública, disponible en: <https://www.oecd.org/gov/ethics/OCDE-Recomendacion-sobre-Contratacion-Publica-ES.pdf> [consultado: 30 de noviembre de 2022]; Recomendaciones del BID sobre introducir criterios de selección no monetarios, disponible en: <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Las-compras-p%C3%ABlicas-en-Am%C3%AGrica-Latina-y-el-Caribe-y-en-los-proyectos-financiados-por-el-BID-Un-estudio-normativo-comparado.pdf> [consultado: 30 de noviembre de 2022]; Directiva modelo de la Red Interamericana de Compras Gubernamentales, disponible en: <https://u1y854.a2cdn1.secureserver.net/wp-content/uploads/2021/12/Directiva-Modelo-RICG-para-la-implementacion-de-compras-publicas-sostenibles.pdf> [consultado: 30 de noviembre 2022]

14 Véanse GIMENO FELIÚ, J. M. La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva Ley de contratos públicos y propuestas de reforma, primera edición. Madrid, Thomson-Civitas, 2006, págs. 16 y 17. GIMENO FELIÚ J. M. El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos, primera edición, Navarra Aranzadi; 2014, pág. 237. PERNÁS GARCÍA J. (Dir.) Contratación Pública Estratégica, Navarra, Aranzadi 2013; GONZÁLEZ GARCÍA, J. "Sostenibilidad social y ambiental en la Directiva 2014/24/UE de contratación pública" [en línea]. En Revista Española de Derecho Europeo, octubre-diciembre 2015, págs. 13-42. Disponible en: https://eprints.ucm.es/id/eprint/43941/1/REDE%2056%20%20Prof.%20Gonzalez%20Ga%20rc%C3%ADa%20_Sostenibilidad....pdf [consultado 26 de noviembre de 2022]

Por su parte, Gallego Córcole¹⁵ recalca que, a través de la contratación como estrategia, se permite instrumentalizarla con el fin de orientar y afianzar comportamientos empresariales beneficiosos para el interés general y de esta forma, se consideran objetivos secundarios o políticas horizontales aquellos objetivos que no justifican la contratación, pero que conllevan aparejada una mejora con respecto a la situación preexistente.

La contratación pública como herramienta estratégica en el caso dominicano, tiene su fundamento en el neoconstitucionalismo previamente contextualizado, en el cumplimiento de la función esencial del Estado y sus deberes fundamentales. Así pues, el nuevo constitucionalismo ha dado paso a la promulgación de varias normas transversales respecto al accionar estatal, tal y como la Ley núm. 1-12 que establece la Estrategia Nacional de Desarrollo (Ley END) para llevar a cabo el modelo de desarrollo sostenible al que aspira llegar la República Dominicana para el 31 de diciembre del año 2030, y que reconoce en sus ejes estratégicos, tercero y cuarto, los objetivos concretos del Estado para mejorar la calidad del gasto público, asignando prioridad a la dimensión social del desarrollo humano, entre otras vías, a través del uso eficiente de la contratación pública como mecanismo para fortalecer el desarrollo económico-social, proteger el medio ambiente y garantizar el desarrollo sostenible.

Uno de los primeros compromisos de Estado asumidos con la Ley núm. 1-12 fue la flexibilización de los requisitos y procedimientos de contratación dirigidos a las MIPYMES de acuerdo a su artículo 29 numeral 2) y sus objetivos específico y que se sustenta precisamente en artículo 8 de la Constitución, que como se reitera, entiende la función esencial del Estado como la protección efectiva del ejercicio de los derechos fundamentales, los cuales no solo son derechos individuales, sino también derechos sociales, y por tanto, implica la obligación del Estado a remover los obstáculos que impidan la igualdad real o material de las MIPYMES frente a las grandes empresas en la participación de los procedimientos de compras y contrataciones públicas.

De igual modo, el artículo 222 constitucional sobre Promoción de iniciativas económicas populares, reconoce con rango constitucional, la misión del Estado de incentivar y proteger el desarrollo de las MIPYMES: "El Estado reconoce el aporte de las iniciativas económicas populares al desarrollo del país; fomenta las condiciones de integración del sector informal en la economía nacional; incentiva y protege el desarrollo de la micro, pequeña y mediana empresa, las cooperativas, las empresas familiares y otras formas de asociación comunitaria para el trabajo, la producción, el ahorro y el consumo, que generen condiciones que les permitan acceder a financiamiento, asistencia técnica y capacitación oportunos", especialmente las dirigidas por mujeres, como garantía del derecho de igualdad, como resaltó el Tribunal Constitucional en su Sentencia TC/0672/18¹⁶.

Así pues, el primer caso palpable del uso de contratación pública como estrategia se evidencia en la promoción de las MIPYMES, sector en el que la República Dominicana ha sido reconocida

¹⁵ Gallego Córcoles, I. Cláusulas sociales y contratación pública: la experiencia del Derecho de la Unión Europea [en línea]. En Revista IUS ET VERITAS, núm. 62, junio 2021, pág. 82-97. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/23896> [consultado 26 de noviembre de 2022]

¹⁶ "Además, esta política pública destinada a reconocer el emprendedurismo femenino en el sector económico, se corresponde con la obligación del Estado señalada en el numeral 5 del artículo 39 de la Constitución, que le obliga a promover las medidas necesarias para erradicar la desigualdad de género que pudiere existir en este sector de la economía nacional"

como referente en América Latina y el Caribe.¹⁷ Esto nos permite concluir que, los principios generales del Derecho, los valores y nuevos derechos fundamentales reconocidos en el neoconstitucionalismo, han permitido un proceso evolutivo favorable de la contratación pública dominicana, encausada no solo a satisfacer las necesidades generales a través de la adquisición de bienes, obras y servicios, sino también a garantizar los derechos fundamentales y promover el ejercicio y disfrute pleno de los mismos.

Otras normas del sector público que nacen en el nuevo constitucionalismo y que sustente la contratación como herramienta estratégica es la Ley Orgánica de la Administración Pública núm. 247-12, en su artículo 10 establece que la Administración pública “tendrá entre sus objetivos la mejora continua de la gestión, bajo parámetros de racionalidad técnica y jurídica, de acuerdo con las políticas fijadas y los recursos disponibles. Con tal propósito, se determinarán los contenidos y correspondientes estándares de calidad en las prestaciones que proporcionan los servicios”.

Del mismo modo, la Ley núm. 107-13, sobre los derechos de las personas en sus relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo, establece el “principio de racionalidad”, según el cual “la Administración debe actuar siempre a través de buenas decisiones administrativas que valoren objetivamente todos los intereses en juego”, precisando además el mandato de que “La Administración ha de adoptar decisiones bien informadas”¹⁸. Vale precisar que, en Ley núm. 340-06 y sus modificaciones, ya existían dos principios que, en combinación con la nueva función esencial del Estado, son pilares para el enfoque estratégico de la contratación pública. Se trata del principio de eficiencia y del principio de economía y flexibilidad, que establecen que las ofertas seleccionadas deben satisfacer el interés general, que en el estado actual deberá centrarse, como se ha referido, en la protección efectiva de los derechos de las personas y su desarrollo humano, en mejorar la calidad del gasto público y en proteger el medio ambiente, garantizando la sostenibilidad económica y social. Estos principios manifiestan que en las compras y contrataciones:

Se procurará seleccionar la oferta que más convenga a la satisfacción del interés general y el cumplimiento de los fines y cometidos de la administración. Los actos de las partes se interpretarán de forma que se favorezca al cumplimiento de objetivos y se facilite la decisión final, en condiciones favorables para el interés general. Principio de eficacia.

Las normas establecerán reglas claras para asegurar la selección de la propuesta evaluada como la más conveniente técnica y económicamente. Además, se contemplarán regulaciones que contribuyan a una mayor economía en la preparación de las propuestas y de los contratos. Principio de economía y flexibilidad.

Hace apenas un año, como seguimiento del proceso de adaptación del Estado a los mandatos de la Constitución vigente, y de las leyes transversales que se han emitido luego del 2010, el Poder Ejecutivo dictó el Decreto núm. 149-21, a través del cual aprueba el Plan General para la Reforma

17 Primer lugar V Edición del Premio Interamericano a la Innovación para la Gestión Pública Efectiva, año 2017, la experiencia innovadora de República Dominicana fue ganadora del primer lugar en la categoría “Enfoque de Género y de Derechos”, por ser considerada como una herramienta que propicia la inclusión e igualdad de oportunidades a través de las compras públicas. Disponible en línea: <http://portal.oas.org/LinkClick.aspx?fileticket=PrGVA5zsAL0%3d&tabid=1826> [Consultado 26 de noviembre de 2022]

18 Artículo 26 de la Ley núm. 107-13

y Modernización del Estado, cuyo objetivo es “incrementar la capacidad del aparato administrativo para generar valor público, fortalecer la transparencia y el cumplimiento regulatorio, garantizar el acceso a derechos, mejorar el gasto administrativo, incrementar la calidad de los servicios públicos e impactar positivamente en la calidad de vida de la ciudadanía”.

También, en la forma de hacer contratación pública ha incidido la Agenda 2030 sobre los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) que contiene 17 objetivos para erradicar la pobreza y promover el crecimiento económico sin afectar el medio ambiente que, aunque es un instrumento internacional que no es jurídicamente vinculante, los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), como la República Dominicana, se han comprometido a alcanzarlos a través de sus ejecutorias y han considerado la contratación pública como una herramienta para potencializarlos.

De la mano de los ODS ha tomado relevancia el concepto y la implementación de las llamadas de compras públicas sostenibles (CPS), que en palabras de la experta en la materia, Goris Goris¹⁹, se refiere de manera más amplia a los procesos de contratación del Estado que tienen por finalidad satisfacer las necesidades de la Administración de forma que permita obtener valor por dinero sobre la base del ciclo de vida de los productos, lo cual genera beneficios sociales y económicos, y al mismo tiempo reduce el impacto del consumo sobre el medioambiente. Así pues, la autora describe que las CPS:

Son compras que apoyan lo local, apuestan a la eficiencia de los recursos del Estado, generan

mayores oportunidades para sectores minoritarios y mujeres, apoyan a los pequeños productores nacionales y a los empresarios responsables; entonces, se estaría saliendo de la tradicional regla de adjudicar al menor precio ofertado al considerar aspectos como la durabilidad del bien, servicio u obra (que al final se traduce en dinero), costos ocultos, menor impacto ambiental o mayor tiempo de uso, y maximización de impactos sociales²⁰.

Se observa en el objetivo 12 de las ODS sobre “producción y consumo responsables” la meta de promover “prácticas de adquisición pública que sean sostenibles, de conformidad con las políticas y prioridades nacionales” que a su vez se concatena con los Ejes 3 y 4, de la Ley END que prevé compras públicas estratégicas para el desarrollo a través de la: “3.1 Economía articulada, innovadora y ambientalmente sostenible, con una estructura productiva que genera crecimiento alto y sostenido, con trabajo digno, que se inserta de forma competitiva en la economía global” y su línea de acción y “4.1.2.3. Sostenibilidad Ambiental en la Gestión Estatal, a través de compras estatales que incorporen prácticas de consumo y aprovechamiento sostenibles”.

Considerando todo lo anterior, resulta claro que las CPS se enmarcan en los ODS y en la Agenda 2030, teniendo como misión neurálgica la protección y el desarrollo de los derechos humanos en tanto derechos fundamentales universales. Así lo resalta el Grupo de Trabajo de la ONU sobre Empresas y Derecho al referir que “Una vía de desarrollo en la que no se respeten y protejan los derechos humanos no puede ser sostenible, y dejaría sin sentido la noción de desarrollo sostenible”²¹. En consecuencias, la CPS en sus tres pilares cardinales económico,

19 Goris Goris, D. “Compras públicas para el desarrollo sostenible”. En Gaceta Judicial, ISSN 2076-619, X año 25 • Número 399, junio 2021, pág. 80.

20 Ídem.

21 Grupo de Trabajo de la ONU sobre Empresas y Derechos Humanos. “The business and human rights dimension of sustainable

social y medioambiental, no solo promueve la protección de los derechos humanos en todo el ciclo de la contratación pública, sino que también apoya el cumplimiento de los derechos humanos.

Todas estas disposiciones, también sustentan que en la República Dominicana recientemente se emitirá el Decreto núm. 617-22 sobre fomento a las compras sostenibles e inclusivas, el cual de forma expresa señala en sus considerandos que estas compras “procuran, además de garantizar la transparencia y el control de los fondos públicos, que se maximice el valor por el dinero invertido en beneficios sociales y reducir el impacto sobre el medio ambiente”. Por igual, dicho decreto establece que las compras públicas sostenibles no solamente son las compras con enfoque medioambiental, sino que abarcan, la sostenibilidad económica y la social, detalle que abordaremos en el siguiente apartado.

En definitiva, tras el análisis de la Constitución, las leyes núm. 1-12, núm. 247-12, núm. 107-13, los ODS y su Agenda 2030, los decretos núm. 149-21 y núm. 617-22, junto a los principios de eficacia y de economía y flexibilidad consagrados en la Ley núm. 340-06, no queda duda de que en un Estado Social y Democrático de Derecho se debe dejar atrás el enfoque tradicional y cortoplacista de la contratación como mecanismo de abastecimiento y control de fondos públicos y abocarse a la implementación de una contratación estratégica, que además de promover la transparencia y el uso eficiente del presupuesto, integra de forma transversal la dignidad y desarrollo humano que son las piedras angulares de la nación dominicana.

3. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO ESTRATEGIA DE PROTECCIÓN Y PROMOCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Conforme se expresaba al inicio de este documento, el neoconstitucionalismo está enfocado en los valores y principios vinculados a los derechos fundamentales del hombre y a su dignidad, que a su vez son los cimientos de un Estado Social y Democrático de Derecho donde la contratación pública ya no es un simple mecanismo de abastecimiento, sino que debe contribuir al cumplimiento de la función esencial del Estado y esto la convierte en un mecanismo o herramienta estratégica ya que, tal como afirma Jorge Prats²², para que un Estado se pueda considerar efectivamente Social y Democrático de Derecho, lo primordial es la observancia y realización de los derechos individuales, sociales, culturales y políticos.

De acuerdo con el artículo 38 de la Constitución dominicana, el Estado se fundamenta en el respeto a la dignidad de la persona y se organiza para lograr su protección real y efectiva, así como la de sus derechos fundamentales. De tal forma, el Tribunal Constitucional, ha afirmado que: “El respeto a la dignidad humana o de la persona, constituye el fundamento tanto de la Constitución dominicana como del Estado, siendo su respeto y protección una responsabilidad esencial de los poderes públicos (artículos 5, 7 y 38 de la Constitución) (...)”²³.

Esta responsabilidad especial que tiene el Estado de proteger, promover y hacer efectiva la dignidad humana y con ello la garantía plena de los derechos humanos y

development: embedding “protect, respect and remedy” in SDGs implementation” [en línea] 2017, pág.1. Disponible en: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Business/Session18/InfoNoteWGBHR_SDGRecommendations.pdf [Consultado: 30 de noviembre de 2022]

22 Jorge Prats, E. Derecho constitucional, vol. I, Ius Novum, Santo Domingo, 2014, pág. 619.

23 Tribunal Constitucional. Sentencia publicada en el portal del TC: TC/0030/19, 2 de abril de 2019 [en línea]. Disponible en: <https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/18484/tc-0030-19.pdf> [consultado: 30 de noviembre de 2022].

fundamentales, debe encontrarse en cada una de las ejecutorias de sus planes, programas, proyectos y, en esa línea, en los procedimientos de contratación pública y los contratos que se ejecuten resultante de los mismos. Para ello, es necesario comprender formalmente qué son los Derechos humanos, y eso lo define el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH)²⁴ como aquellos “derechos inherentes a todos los seres humanos, sin ninguna distinción de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua o cualquier otra condición. Todos tenemos los mismos derechos humanos, sin ninguna discriminación. Son derechos interrelacionados, interdependientes e indivisibles”.

Cabe precisar que los Derechos humanos no son solamente de aquellos derechos fundamentales que constan en la Constitución, esto ha quedado claro en ella misma al referir en su artículo 74 numerales 1) y 3) que los derechos fundamentales: “1) No tienen carácter limitativo y, por consiguiente, no excluyen otros derechos y garantías de igual naturaleza y; 3) Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado dominicano, tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado”. En ese sentido, se reconocen todos aquellos suscritos en normas y declaraciones, tales como La Declaración Universal de Derechos Humanos;

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros.

No puede dejar de mencionarse los principios rectores sobre empresas y derechos humanos aprobados por la Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el año 2011²⁵, de los cuales deben destacarse los principios 4²⁶, 5²⁷ y 6²⁸ que disponen a los Estados promover y exigir el respeto de los derechos humanos a todas las personas con las personas que tenga relaciones a través de contratos públicos, lo que va de la mano con un sistema de correcto seguimiento en la ejecución contractual como facultad de la Administración de supervisar los contratos.

Bajo ese entendido, una perspectiva de una acción basada en derechos fundamentales y humanos debería ser el centro de todos los marcos jurídicos y políticos de la contratación pública. No obstante, en el caso dominicano, todavía sigue teniendo mucha fuerza la perspectiva tradicional de la compra pública basada en la adquisición a menor precio y, que no da espacio a introducir otras variables, condiciones o parámetros para valorar aspectos más estratégicos como, tratar de asegurar el respeto de los derechos humanos en todo el ciclo de la contratación pública.

24 Véase ¿Qué son los Derechos humanos? [en línea]. Disponible en: <https://www.un.org/es/global-issues/human-rights> [consultado: 30 de noviembre de 2022].

25 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos, 2011 [en línea]. Disponible en: https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf [consultado: 30 de noviembre de 2022].

26 Principio 4: Los Estados deben adoptar medidas adicionales de protección contra las violaciones de derechos humanos cometidas por empresas de su propiedad o bajo su control, o que reciban importantes apoyos y servicios de organismos estatales, como los organismos oficiales de crédito a la exportación y los organismos oficiales de seguros o de garantía de las inversiones, exigiendo en su caso, la debida diligencia en materia de derechos humanos.

27 Principio 5. Los Estados deben ejercer una supervisión adecuada con vistas a cumplir sus obligaciones internacionales de derechos humanos cuando contratan los servicios de empresas, o promulgan leyes a tal fin, que puedan tener un impacto sobre el disfrute de los derechos humanos.

28 Principio 6. Los Estados deben promover el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas con las que lleven a cabo transacciones comerciales.

De hecho, existen datos palpables²⁹ de que las contrataciones basadas en el precio más bajo se asocian, en el sector privado, con violaciones a los derechos humanos por la explotación laboral y las condiciones de inseguridad en los espacios de trabajo.

Al respecto, si bien existe conciencia global de la reivindicación a respetar el derecho a un trabajo digno, lo que se ha traducido en normas exigidas al sector privado como responsabilidad social empresarial para mejorar la calidad de la jornada laboral e introducir cambios para implementar una producción responsable de sus productos, esto no ha trascendido tan ampliamente en la contratación pública, como señala Miranzo Díaz³⁰, ya que las instituciones no suelen incluir características sociales en sus contrataciones, lo que deriva, en la práctica, en una penalización hacia las empresas que implementan aspectos sociales en su actividad económica, pues estos pueden incrementar los costos de producción y por tanto el valor final del contrato, siendo perjudicadas sus ofertas en relación a las de otras empresas con un precio menor debido a que no cumplen con estos criterios.

Es preciso señalar que, si bien el uso estratégico de la contratación pública ha ido abriéndose espacio, en el caso dominicano como fue señalado, en temas de derecho a la igualdad de las mujeres, inclusión y derechos económicos

de las MIPYMES, igual en la región sobre derecho a un ambiente sano con la compras verdes³¹, Tornos Mas³² destaca que la inclusión en los procedimientos de contratación pública de consideraciones sobre los derechos humanos no ha sido suficiente ni frecuente, debido a que la legislación sobre contratación pública no ha hecho referencia a esta finalidad y, por otro lado, la exigibilidad del respeto de los derechos humanos por parte de las empresas aún tiene una regulación poco precisa, y las directrices en este sentido están muchas veces contenidas en normas de soft law, actuando más bien como recomendaciones y propuestas de actuación, que como norma prescriptivas y vinculantes.

A pesar de lo anterior, esto no debe ser un desmotivador para que los países intenten innovar en sus procesos contractuales. De ser interés, a nivel comparado, ya existen referencias normativas y buenas prácticas implementadas sobre la contratación pública enfocada en la garantía y protección de Derechos. Es el caso, por ejemplo, de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo del 26 de febrero de 2014 que obliga a los Estados miembros a velar, durante la ejecución del contrato, por el cumplimiento de las obligaciones vinculadas a derechos ambientales, sociales, laborales y a adaptar sus normativas en ese sentido. En cuanto a la implementación práctica, pueden ser

29 La tendencia hacia la llamada "fast fashion", por ejemplo, estuvo implicada en el desastre de Rana Plaza de 2013 en Bangladesh, donde colapsaron cinco fábricas de ropa, lo que resultó en al menos 1.132 fallecidos y más de 2.500 heridos. Para ampliar véase: Aruna Kashyap, "Paying for a Bus Ticket and Expecting to Fly", How Apparel Brand Purchasing Practices Drive Labour Abuses, Human Rights Watch, 23 de abril de 2019 y Dr. Ba-ak Ba-layan, Ingrid Landau, Marisa McVey y Kebene Wodajo, Good Business: The Economic Case For Protecting Human Rights, BHR Young Researchers Summit et al, diciembre de 2018.

30 Miranzo, Díaz, J. "La Contratación como motor de cohesión social tras la Ley núm. 9/2017", [en línea]. En Gabilex Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha, núm. Extraordinario, marzo 2019, pág. 23 Disponible en: https://gabilex.castillalamancha.es/sites/gabilex.castillalamancha.es/files/pdfs/javier_miranzo_diaz.pdf [consultado el 30 de noviembre de 2022]

31 El 60% de los países de ALC que respondieron indicaron tener políticas específicas o disposiciones legislativas para promover la participación de las PYME en la contratación pública. El 55% de los países de ALC, incluidos Brasil, Costa Rica, El Salvador y Paraguay, han desarrollado estrategias para promover la compras y contrataciones verdes y así contribuir a salvaguardar el medio ambiente y a combatir el calentamiento global. Para ampliar véase: Panorama de las Administraciones Públicas América Latina y el Caribe 2020, disponible en <https://www.oecd-ilibrary.org/sites/5623a414-es/index.html?itemId=/content/component/5623a414-es> [consultado el 30 de noviembre de 2022]

32 Tornos Mas, J. "Contratación pública y derechos humanos", [en línea]. En Revista digital de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, núm. 24, 2020, págs. 4 Disponible en: <https://doi.org/10.18601/21452946.n24.02> [consultado el 30 de noviembre de 2022]

estudiadas las guías y experiencia sobre contratación pública y derechos humanos emitidas por Irlanda del Norte³³, Gobierno Local de Cataluña³⁴ y Colombia³⁵. Referencias y buenas prácticas que han servido de base para el tema desarrollado en el siguiente subapartado, como medidas para incluir en la contratación pública con perspectiva de derechos humanos y fundamentales.

3.1 MEDIDAS PARA INCLUIR LA PERSPECTIVA DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL CICLO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

El Estado, cuando recibe bienes, servicios y obras de un privado, como contrapartida de un contrato público, debe asegurarse, o al menos prever, que para su ejecución no se hayan violado derechos fundamentales ni humanos, no solo de las condiciones laborales de los empleados de los proveedores, sino también sobre el impacto al medio ambiente e incluso la no afectación a las comunidades donde se produce o desarrolla la labor empresarial. Es por esto, que el referido principio rector núm. 6 sobre empresas y derechos humanos establece el deber de los Estados de promover entre las empresas con las que se tenga relaciones comerciales, el respeto integral de los derechos humanos. De este modo, el comentario que describe este principio señala:

Los Estados llevan a cabo múltiples transacciones comerciales con empresas, especialmente a través de sus actividades de adquisición. Esto les brinda oportunidades excepcionales -individual y colectivamente- de promover la concienciación y el respeto de los derechos humanos entre esas empresas, en particular al estipular los términos de los contratos, prestando la debida atención a las obligaciones del Estado dimanantes de la legislación nacional e interna³⁶.

La compra y contratación pública en la que se selecciona a esa persona o empresa privada está conformada por un conjunto de procesos, etapas y procedimientos que deben conducir al éxito de la adquisición y generar valor a través de ésta. Para los procedimientos ordinarios³⁷ el artículo 30 del Reglamento de aplicación de la Ley núm. 340-06 aprobado mediante Decreto núm. 543-12, establece como etapas obligatorias que deben agotar las instituciones, las siguientes: 1) Planificación, 2) Preparación, 3) Convocatoria, 3) Instrucciones a los oferentes, 4) Presentación, apertura y evaluación, 5) Adjudicación, 6) Perfeccionamiento del contrato, 7) Gerenciamiento del contrato y 8) Pago.

Estas ocho (8) etapas se agrupan en las llamadas etapa precontractual, contractual y postcontractual y es en cada una de ellas donde la institución contratante debe plantear una estrategia enfocada en valor por dinero, en este caso, en obtener el bien, servicio y obra requeridos sin afectar, e incluso promoviendo y protegiendo los derechos fundamentales de las

33 Véase Procurement Guidance Note PGN 03/18, Human Rights in Public Procurement. <https://www.finance-ni.gov.uk/sites/default/files/publications/dfp/PGN-03-18-Human-Rights-in-Public-Procurement.PDF>

34 Véase Guía para la protección y la promoción de los derechos humanos en la contratación pública https://reaseuskadi.eus/wp-content/uploads/GUIA_993_WEB_CAST-1.pdf

35 Véase Colombia Compra Eficiente. Guía de Compras Públicas Socialmente responsables. https://colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_cp_socialmente_responsables.pdf

36 Naciones Unidas. Informe del representante especial del secretario general del para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. Documento A/HR/17/31, de 21 de marzo de 2011.

37 Los procedimientos de selección ordinarios de acuerdo con la Ley núm. 340-06 son la licitación pública nacional o internacional, licitación restringida, sorteo de obras, comparación de precios, compras menores y subasta inversa.

personas vinculadas a la adquisición, ya sea como productoras o usuarias, en ejercicio de su función esencial como Estado Social y Democrático de Derecho.

Resulta oportuno aquí resaltar lo descrito por el departamento de finanzas de Irlanda del Norte en la guía sobre contratación pública y derechos humanos, sobre la razón de vincular estos dos temas:

1.2 El no respetar los derechos humanos de una persona entra en conflicto con los estándares internacionales y el derecho interno. Las autoridades públicas tienen la obligación de respetar, proteger y promover los derechos humanos incluso durante el proceso de contratación pública.

1.3 Un enfoque de contratación pública basado en los derechos humanos puede utilizarse tanto para prevenir violaciones y abusos contra los derechos humanos como para desempeñar un papel activo en el respeto, la protección y el cumplimiento de estos³⁸.

Ciertamente, existe una obligación por parte de las empresas de respetar los derechos humanos, así como también una obligación de los Estados de adoptar normas necesarias para garantizar, promover y supervisar cumplimiento de que empresas respeten los derechos humanos, lo que alcanza a la contratación pública.

Partiendo de lo anterior y considerando la perspectiva de la contratación pública como estrategia y su capacidad de promover y proteger derechos fundamentales, resulta de valor plantear algunas recomendaciones para aplicar en el ciclo de la contratación, tomando como referencia las buenas prácticas comparadas y desarrolladas en la materia.

Es importante precisar que, en todos los casos, estas medidas deben ser ponderadas y adaptadas razonada y proporcionalmente de acuerdo a las circunstancias propias como la magnitud del proceso, el tipo de bien, servicio u obra, así como otras variables vinculadas al tipo de sector, lugar de ejecución del contrato, las necesidades a satisfacer y los resultados que se esperan alcanzar. Las medidas dirigidas a los oferentes, podrán valorarse como requisitos necesarios o indispensables que deberán ser o como requisitos deseables a ser ponderados a través de puntaje.

MEDIDAS Y CONDICIONES EN LA ETAPA PRECONTRACTUAL

La etapa precontractual es aquella en la que se realizan todas las actuaciones previas a la formalización del contrato, incluyendo la planificación y preparación de las contrataciones, su convocatoria y desarrollo del procedimiento de selección de contratistas (recepción de ofertas, evaluación y adjudicación). En sentido general esta es la etapa más neurálgica, pues es donde las instituciones deben implementar una visión estratégica de la adquisición, claramente amparada en generar valor y promover la protección de los derechos fundamentales a través de los requisitos que deberán ser detallados en el pliego de condiciones³⁹. Las medidas que podrían ser implementadas son:

38 Procurement Guidance Note PGN 03/18, Human Rights in Public Procurement. Op. Cit. pág. 4 [traducción libre].

39 Incluido en el pliego las fichas técnicas y términos de referencia.

I. Planificar de forma estratégica la adquisición, verificando si la necesidad puede ser satisfecha a través de bienes, servicios o proveedores con un impacto social, económico o ambiental, para que las alternativas solicitadas cumplan con estas condiciones o se les otorgue puntuaciones más favorables de cumplir los criterios de sostenibilidad.

II. Indicar de forma expresa en el pliego de condiciones y en las convocatorias que los oferentes, proveedores y contratistas, así como sus suplidores en la cadena de suministro deben respetar los derechos humanos.

III. En el paso de estudios previos⁴⁰ la institución deberá realizar diagnóstico sobre los factores de riesgo o sensibles a la violación de derechos humanos vinculados a la compra o contratación considerando el sector productivo, a los fines de mitigar o neutralizar los posibles efectos negativos que pudieran ocasionarse.

IV. Que los oferentes presenten una declaración responsable⁴¹ que acompañe su oferta, en la que manifieste que, en toda su actividad contractual, incluso sus suplidores o subcontratistas cumplen con los derechos humanos y los garantizarán durante todo el periodo de ejecución del contrato que se les adjudique.

V. Que la oferta económica desagregue todos los costos de la mano de obra, personas laborando, el número y tipo de personas trabajadoras, así como las horas de trabajo para cumplir con el objetivo del contrato, esto a los fines de poder determinar si con el equipo de trabajo propuesto, se respeta la cantidad de horas máximas de trabajo y los salarios establecidos para el sector.

VI. Que los oferentes demuestran haber incorporado programas de cumplimiento normativo en sus empresas como parte de su responsabilidad corporativa haga referencia de forma específica a la protección de los derechos humanos. Esto puede ser exigible o ponderarse a través de puntuación adicional a la oferta.

VII. Que los oferentes aporten alguna documentación o certificación que ofrezca información cumplimientos de sostenibilidad en sus procesos de producción, de adquisición o cadenas de suministro.

VIII. En la etapa de evaluación, la institución realizar debida diligencia para obtener información sobre las empresas y sus niveles de riesgos frente a potenciales incumplimientos con los derechos humanos en la cadena de suministro.

⁴⁰ Entendiéndose por estudios previos el conjunto de documentos que fundamentan la adecuada preparación del procedimiento de selección de contratistas a ser realizado y permite delimitar el objeto, sus características, la demanda y oferta en el mercado, la viabilidad y el presupuesto estimado del bien, servicio u obra a contratar, así como cualquier información relevante para satisfacer la necesidad de que se trate.

⁴¹ Esta condición de declaración responsable es una buena práctica identificada en la guía de contratación pública y derechos humanos del gobierno de Cataluña y también de Colombia Compra Eficiente. En ambos casos se requiere que el documento sea aprobado al más alto nivel directivo de la empresa, su publicidad y difusión interna con sus personal y externa, además quedar reflejado en las políticas y los procedimientos operacionales de la empresa.

IX. Requerir a los oferentes que implementen debida diligencia de derechos humanos en sus procesos internos y externos con sus suplidores y en la cadena de suministros de sus productos o servicios.

En cuanto a la novedad de implementar la debida diligencia en materia de derechos humanos de parte de los proveedores, el Grupo de Trabajo de la ONU⁴² resalta que es un proceso de gestión de riesgos que permite a las empresas identificar las consecuencias negativas reales y potenciales sobre los derechos humanos relacionadas con sus actividades y cadenas de suministro, adoptar medidas para prevenir o mitigar esas consecuencias y, cuando el daño ya se ha producido, garantizar que las víctimas tengan acceso a una reparación efectiva. Asimismo, la OCDE en 2019 publicó un programa sobre “Contratación pública y conducta empresarial responsable”⁴³ para avanzar en la integración de las Conductas Empresariales Responsables (CER), centrándose en la integración de la debida diligencia en las políticas y prácticas de contratación pública a lo largo del ciclo de contratación pública.

Sobre debida diligencia, la Dirección General de Contrataciones Pública aprobó mediante Resolución ref. PNP-07-2022 la Guía ABC de la Debida Diligencia en las contrataciones Públicas⁴⁴ sin embargo, la misma no está enfocada en la protección y promoción de los derechos humanos, sino exclusivamente en la prevención de conductas contrarias a la ética, conflictos de interés, inhabilidades y prácticas anticompetitivas, por lo que sería adecuado incorporar a ésta disposiciones que permitan incluir la perspectiva de los derechos humanos y fundamentales.

MEDIDAS Y CONDICIONES EN LA ETAPA CONTRACTUAL

La etapa contractual, es aquella que inicia con la formalización del contrato y dentro de la cual se producen todas las actuaciones e incidencias vinculadas a su ejecución, desde las condiciones de su inicio hasta su terminación, es donde las instituciones deben procurar el debido seguimiento del contrato a fin de asegurarse de que todo lo que el adjudicatario ofreció durante el procedimiento y en su oferta sea cumplido con el valor que se ponderó para resultar ganador. Las medidas que podrían ser implementadas y que deberán estar anunciadas en el pliego de condiciones son:

I. Asignar a un responsable de contrato o gerente de contratos que tenga entre sus funciones y compromisos llevar una bitácora del contrato, inspeccionar que los bienes, servicios y los avances de las obras son entregados o ejecutados según lo establecido en el contrato

II. Establecer periodicidad en la supervisión y las consecuencias del incumplimiento, en forma de penalidades, incluyendo la resolución del contrato.

III. Requerimientos de informes periódicos al adjudicatario o contratista sobre el cumplimiento

42 Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derecho. Integración de los Derechos Humanos en la Contratación Pública: Un Enfoque En América Latina y el Caribe. Presentada en la última reunión celebrada el 20 de abril de 2022, disponible en: <https://empresasyderechoshumanos.org/compras-publicas/> [consultado el 30 de noviembre de 2022]

43 Véase a organización para la cooperación y el desarrollo económicos (OCDE). Guía de la OCDE de debida diligencia para una conducta empresarial responsable [en línea]. Disponible en: <https://mneguidelines.oecd.org/Guia-de-la-OCDE-de-debida-diligencia-para-una-conducta-empresarial-responsable.pdf>

44 La guía está disponible en línea en: <https://www.dgcp.gob.do/wp-content/uploads/2022/ABC%20DE%20LA%20DEBIDA%20DILIGENCIA.pdf>

de derechos humanos a lo interno de su empresa e incluso sobre la aplicación de la debida diligencia para con sus suplidores.

Sobre las medidas de seguimiento el autor Tornos Mas⁴⁵ remarca que, si bien en ocasiones la violación de los derechos humanos puede constituir un motivo de resolución del contrato, los procesos de seguimiento y control también pueden servir para corregir los impactos adversos a los derechos humanos que se hayan identificado (compensación financiera, reparación, etc.), a fin de favorecer un cambio en el comportamiento de los adjudicatarios y una mayor concienciación sobre la necesidad de cumplimiento con los derechos humanos. En esos casos, siempre habrá de accionar conforme al principio de proporcionalidad, medir el grado de voluntariedad y conocimiento del comportamiento empresarial.

MEDIDAS Y CONDICIONES EN LA ETAPA POSTCONTRACTUAL

La etapa postcontractual, es la que inicia con la terminación del contrato y concluye con el pago y liquidación de las obligaciones, sobre el tema vinculado a la protección de los Derechos Humanos, las medidas que podrían ser implementadas son:

I. Solicitar declaración al proveedor y contratista de si durante el suministro del bien, prestación del servicio o ejecución de la obra existió algún incidente interno sobre violación a derechos o exista alguna causa administrativa o judicial vinculada con a la ejecución del contrato y/o trabajadores.

II. Exigir información al contratista o proveedor sobre los mecanismos de restablecimiento o compensación del daño ocasionado, de haber habido.

OTRAS MEDIDAS TRANSVERSALES

En el informe del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derecho⁴⁶ se ha resaltado que la ausencia de más políticas e implementación de la contratación pública a los Derechos humanos, suele estar relacionada con la falta de orientación práctica sobre cómo las autoridades pueden hacer efectivo el deber del Estado de proteger estos derechos en todas sus actuaciones de contratación. Por lo tanto, recomiendan desarrollar programas de formación para las personas e instituciones públicas y privadas para aplicar los marcos jurídicos y políticos sobre derechos humanos y contratación pública.

En el caso dominicano, la Dirección General de Contrataciones Pública (DGCP) ya ha iniciado esfuerzos palpables para capacitar a las empresas en el programa de "Responsabilidad Social Empresarial"⁴⁷ que en sus primeras ediciones ha sido dirigida a MiPymes Proveedores del Estado, y que ha incluido dentro de sus temas herramientas para que las empresas conozcan y se autoevalúen en cuanto al cumplimiento de sus negocios de las mejores prácticas de derechos humanos, gobernanza, prácticas justas de comercio y gestión de residuos, aspectos que integran

45 Tornos Mas, j. Op. Cit. Pág. 23

46 Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derecho. Integración de los Derechos Humanos...Op. Cit.

47 Para ampliar, véase el programa disponible en: <https://www.dgcp.gob.do/programa-indicarse-pyme/>

la responsabilidad social empresarial. Sería recomendable que estas capacitaciones sean transversales para todas las personas físicas y jurídicas interesadas en proveer al Estado.

En cuanto a capacitación a las instituciones públicas se han desarrollado encuentros sobre el uso del Criterio de Valor por Dinero⁴⁸ con el propósito de que las adquisiciones no se sustenten exclusivamente en el precio y se incorporen de forma más acelerada y natural, otros criterios que permitan un enfoque en sostenibilidad medioambiental⁴⁹, en sostenibilidad económica⁵⁰ o en sostenibilidad social⁵¹, o incluso la combinación de todas o algunas de ellas, ya que lo que se busca es obtener el mejor valor posible en conexión con los objetivos de desarrollo sostenible, los derechos fundamentales y procurando la mejor calidad en los bienes, obras y servicios contratados.

Sobre este particular, en el ámbito local se reitera que mediante el Decreto núm. 617-22 sobre fomento a las compras sostenibles e inclusivas, el literal c), del párrafo del artículo define la contratación con sostenibilidad social como aquella que "busca reducir las desigualdades sociales, incluir grupos vulnerables, adultos mayores y mujeres, personas con discapacidad, así como promover el respeto de los derechos humanos, el cumplimiento y la adhesión a normativas y buenas prácticas internacionales de seguridad social, salud, e higiene en el ámbito laboral y a la accesibilidad universal en los bienes, obras y servicios a adquirir por el Estado".

Enmarcada en estas disposiciones transversales para todo el Sistema Nacional

de Compras y Contrataciones Públicas, se destaca que la DGCP ha elaborado un borrador de política de Compras Públicas Verdes sobre la base del citado decreto, que actualmente se encuentra en consulta pública⁵² y en el que - aun cuando no es propiamente un tema de compra verde-, se enuncian en su artículo 8 numeral b) posibles criterios de sostenibilidad social que pueden ser implementadas como las medidas de promoción y protección de derechos, a saber:

1. La valoración de ofertas presentadas por MiPymes y MiPymes mujeres, cooperativas de productores familiares o personas con discapacidad. 2. Exigir el cumplimiento estricto de las regulaciones y disposiciones legales de naturaleza laboral, seguridad industrial y salud ocupacional. 3. Adquisición de productos procedentes del comercio justo (ante una oferta sustancialmente baja, consultar al oferente respecto a las causas de los precios ofertados evitando así, precios sustancialmente bajos por incumplimientos a normas medioambientales o de derechos de trabajadores). 4. Establecer las condiciones de accesibilidad universal en los requerimientos principalmente en los dirigidos a contratar edificios públicos y medios de transporte. 5. Fomentar las contrataciones con proveedores locales de bienes, obras y servicios con el objetivo de dinamizar la economía y reducir los niveles de pobreza.

48 Director de la DGCP pondera decreto que fomenta las compras públicas sostenibles e inclusivas <https://www.dgcp.gob.do/noticias/director-de-la-dgcp-pondera-decreto-que-fomenta-las-compras-publicas-sostenibles-e-inclusivas/>

49 Literal a) párrafo artículo 1 del Decreto núm. 617-22

50 Literal b) párrafo artículo 1 del Decreto núm. 617-22

51 Literal c) párrafo artículo 1 del Decreto núm. 617-22

52 <https://consultaspublicas.dgcp.gob.do/propuestas/borrador-de-politica-de-compras-verdes/>

En definitiva, estas medidas transversales son también sumamente necesarias considerando que las instituciones han sido tímidas en aplicar la contratación pública con perspectiva estratégica y hasta tanto no exista más familiaridad y empoderamiento de parte de éstas, corresponderá a la Dirección General de Contrataciones Públicas dar el mayor impulso y promoción, así como apoyo de asesoría para que esta ampliación del rol de la compra y contratación pueda materializarse.

4. REFLEXIONES FINALES

Los cambios constitucionales y normativos que se han consolidado en los últimos años fundamentan una innovadora perspectiva y finalidad de la contratación pública, donde necesariamente deja de ser un mecanismo solo para adquirir la prestación de servicios, la ejecución de obras y el suministro de bienes del sector privado, para convertirse en una verdadera herramienta estratégica que aporta y agrega valor a la finalidad esencial de un Estado Social y Democrático de Derecho, que es la protección y promoción de los derechos fundamentales y el respeto de la dignidad de las personas.

Alineado a esta dirección, el poder y el impacto de la contratación pública como estrategia, puede lograr orientar y afianzar comportamientos de proveedores y contratistas en beneficio del interés general, por ejemplo, solicitando -siempre con carácter progresivo y proporcional- que, al ofertar, para obtener buenas evaluaciones y/o resultar adjudicatarios deban proponer bienes, servicios y ejecutar obras, con un enfoque de sostenibilidad, económica, social y/o ambiental.

De igual modo, en el ámbito de la protección de los derechos fundamentales, como ha sido desarrollado en el presente artículo, la Constitución, las normativas vinculantes en la materia y muy recientemente el Decreto núm. 617-22 permiten aplicar una serie de medidas, acciones y requisitos en las etapas del ciclo de la contratación para que, con el mismo enfoque estratégico de protección y promoción de derechos, el Estado pueda asegurarse, o al menos prever, que al recibir bienes, servicios y obras de un privado, como contrapartida de un contrato público, no se hayan violado derechos humanos ni fundamentales y en caso de identificarse, poder exigir su restablecimiento o compensación por el daño ocasionado.

BIBLIOGRAFÍA

Cabral Brea, M. El Control de las Políticas Públicas Sociales por parte de los Tribunales Constitucionales: Una mirada desde el neoconstitucionalismo latinoamericano. Tribunal Constitucional, primera edición, Julio 2021.

Christopher Mc. "Using public procurement to achieve social outcomes" [en línea]. En Revista Natural resources forum, 28, 2004, pág.257-267. Disponible en: <https://citeseerx.ist.psu.edu/document?repid=rep1&type=pdf&doi=948dba0e3724e4c5a07aba06e44445dad05ac76e>

Colombia Compra Eficiente. Guía de compras públicas socialmente responsables [en línea]. Disponible en: https://colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_cp_socialmente_responsables.pdf

Department of Finance of Northern Ireland. Procurement Guidance Note PGN 03/18 Human Right in Public Procurement, 2018 [en línea]. Disponible en: <https://www.finance-ni.gov.uk/sites/default/files/publications/dfp/PGN-03-18-Human-Rights-in-Public-Procurement.PDF>

Gimeno feliú, j. M. La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva Ley de contratos públicos y propuestas de reforma, primera edición. Madrid, Thomson-Civitas, 2006.

Gimeno feliu j. M. El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos, primera edición, Navarra Aranzadi; 2014.

Gallego Córcoles, I. "Cláusulas sociales y contratación pública: la experiencia del Derecho de la Unión Europea" [en línea]. En Revista Ius Et Veritas, núm. 62, junio 2021, pág. 82-97, Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/23896>

Goris Goris. D. "Compras públicas para el desarrollo sostenible". En Gaceta Judicial, ISSN 2076-619, X año 25 • Número 399, junio 2021

González García, j. "Sostenibilidad social y ambiental en la Directiva 2014/24/UE de contratación pública" [en línea]. En Revista Española de Derecho Europeo, octubre-diciembre 2015, págs. 13-42, Disponible en: https://eprints.ucm.es/id/eprint/43941/1/REDE%2056%20%20Prof.%20Gonzalez%20Ga%20rc%C3%ADa%20_Sostenibilidad....pdf

Grupo de Trabajo de la Organización de las Naciones Unidas Sobre Empresas y Derecho Humanos. Integración de los Derechos Humanos en la Contratación Pública: Un Enfoque En América Latina y el Caribe. Abril 2022 Disponible en: <https://empresasyderechoshumanos.org/compras-publicas/>

Grupo de Trabajo de la Organización de las Naciones Unidas Sobre Empresas y Derechos Humanos. The business and human rights dimension of sustainable development: embedding "protect, respect and remedy" in SDGs implementation, 2017, pág.1. Disponible en: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Business/Session18/InfoNoteWGBHR_SDGRecommendations.pdf

Jorge Prats, E. Derecho constitucional, vol. I, Ius Novum, Santo Domingo, 2014.

Pernás García J. (Dir.) Contratación Pública Estratégica, Navarra, Aranzadi, 2013.

Prieto Sanchis, L. "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial" en Miguel Carbonell (editor), Neoconstitucionalismo. 2da edición, Editorial Trotta, Madrid, 2005.

Martín Ortega, O. "Public Procurement as a Tool for the Protection and Promotion of Human Rights: A Study of Collaboration, Due Diligence and Leverage in the Electronics Industry" [en línea]. En Business and Human Rights Journal, núm. 3, 2018, págs. 75-95 © Disponible en: <https://doi.org/10.1017/bhj.2017.35> Published.

Miranzo, Díaz, J. "La Contratación como motor de cohesión social tras la Ley núm. 9/2017", [en línea]. En Gabilex Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha, núm. Extraordinario, marzo 2019, pág. 21-42 Disponible en: https://gabilex.castillalamancha.es/sites/gabilex.castillalamancha.es/files/pdfs/javier_miranzo_diaz.pdf

Morris, D. Impulsar el cambio a Través de la contratación pública: Herramientas de derechos humanos para profesionales y responsables de la formulación de políticas públicas [en línea]. Instituto Danés de Derechos Humanos, marzo 2020. Disponible en: https://www.humanrights.dk/sites/humanrights.dk/files/media/document/DIHR_Toolkit_Spanish_2020.pdf

Northern Ireland Human Rights Commission. Public Procurement and Human Rights, 2013 [en línea]. Disponible en: https://nihrc.org/uploads/publications/NIHRC_Public_Procurement_and_Human_Rights.pdf

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). "Panorama de las administraciones públicas América Latina y el Caribe 2020", 2020, [en línea]. Disponible en: <https://www.oecd.org/publications/panorama-de-las-administraciones-publicas-america-latina-y-el-caribe-2020-1256b68d-es.htm>

Organización para la cooperación y el desarrollo económicos (OCDE). Guía de la OCDE de debida diligencia para una conducta empresarial responsable [en línea]. Disponible en: <https://mneguidelines.oecd.org/Guia-de-la-OCDE-de-debida-diligencia-para-una-conducta-empresarial-responsable.pdf>

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos. Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos, 2011 [en línea]. Disponible en: https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinessshr_sp.pdf

Serna Bermúdez, P. Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho. Editorial Limusa, México, 2009.

República Dominicana. Constitución de la República Dominicana, proclamada el 13 de junio de 2015.

República Dominicana. Ley Núm. 340-06 sobre Compras y Contrataciones Públicas de Bienes, Servicios y Obras, de fecha 18 de agosto del 2006 con sus modificaciones contenidas en la Ley Núm. 449-06 de fecha 6 de diciembre del año 2006 y la Ley Núm. 47-20 de fecha 20 de febrero de 2020.

República Dominicana. Ley Núm. 107-13 sobre los Derechos de las personas en sus relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo, de fecha 6 de agosto del año 2013.

República dominicana. Decreto Núm. 543-12 que aprueba el Reglamento de Aplicación de la Ley de Compras y Contrataciones Públicas de Bienes, Servicios, Obras y Concesiones, de fecha 6 de septiembre del año 2012.

República dominicana. Ley núm. 1-12 que establece la Estrategia Nacional de Desarrollo 2030, de 25 de enero de 2012.

República dominicana. Ley núm. 247-12 Orgánica de Administración Pública, de 9 de agosto de 2012.

Tribunal Constitucional. Sentencia publicada en el portal del TC: TC/0672/18, 10 de octubre de 2018, [en línea], Disponible en: <https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/18238/tc-0672-18.pdf>

Tribunal Constitucional. Sentencia publicada en el portal del TC: TC/0030/19, 2 de abril de 2019 [en línea], Disponible en: <https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/18484/tc-0030-19.pdf>

Tornos Mas, J. "Contratación pública y derechos humanos", [en línea]. En Revista digital de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, núm. 24, 2020, págs. 11-41 Disponible en: <https://doi.org/10.18601/21452946.n24.02>