

El acceso a la contratación pública como derecho tutelable por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Gustavo Linares Benzo*

SUMARIO: I. Introducción. II. El derecho constitucional latinoamericano y el acceso a la contratación pública. III. Tratados, *soft law* y doctrina. IV. El derecho humano de acceso a la contratación pública en el SIDH. V. Los DESCA y el SIDH. VI. El acceso a la contratación pública como derecho humano consagrado en la Convención. VII. El estándar *RCTV* como estándar del acceso a la contratación pública en el SIDH. VIII. Conclusiones. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Para el *Ius Constitutionale Commune* en América Latina (ICCAL), “la cuestión central [ha sido] el constitucionalismo transformador en América Latina. Se trata de superar la profunda exclusión social a la luz de la tríada derechos humanos, democracia y Estado de derecho”.¹ De allí que el acceso a la contratación pública, importante mecanismo para la redistribución de los ingre-

* Doctor en Derecho por la Universidad Central de Venezuela. Profesor agregado de Derecho Administrativo de la misma Universidad.

¹ Bogdandy, Armin von, “*Ius Constitutionale Commune* en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 34, enero-junio de 2015, pp. 3-50.

sos públicos, deba entenderse como un derecho protegido por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH). Ello exige a la Administración pública mecanismos transparentes y no discriminatorios de selección de contratistas. Fundamentar este principio es el hilo conductor de este capítulo.

La historia económica de Venezuela en el siglo xx y, en su mayor parte, también la de América Latina, revelan que el acelerado crecimiento de una clase media hasta entonces inexistente se debió en buena medida a la creación y al acceso relativamente general e indiscriminado de muchas plazas de funcionarios públicos. Esta fue una de las vías que los sucesivos Gobiernos emplearon para la redistribución de la renta petrolera y, en general, de las rentas públicas.

Ese carácter igualador y de redistribución es una de las razones de la necesidad de exigir el acceso a la función pública por motivos de mérito y en pie de igualdad, lo que se encuentra garantizado en la mayoría de las constituciones latinoamericanas. Puede hablarse de un derecho constitucional al acceso a la función pública

Sorprende entonces que la otra gran vía de acceso a la redistribución de los ingresos públicos (la contratación administrativa) no haya sido vista de igual manera, como un derecho constitucional que demanda la igualdad de todos a la condición de contratista del Estado, lo que exige, en consecuencia, que la Administración implemente mecanismos transparentes y no discriminatorios para la selección de contratistas, lo que sí es una realidad —al menos normativa— en las leyes sobre contrataciones públicas, pero no existe, o casi no existe, en la mayoría de las constituciones, como veremos.

El acceso a la contratación pública representa también una oportunidad para la garantía y la realización de los derechos humanos, asegurando una mayor legitimidad democrática.² Especí-

² Bogdandy, Armin von; Morales Antoniazzi, Mariela y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (eds.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, 2017, pp. 138 y 139.

El acceso a la contratación pública como derecho tutelable...

ficamente, “el principio de igualdad no se concibe como la mera prohibición de la discriminación. Requiere más bien el reconocimiento, así como la superación de las formas más grotescas de desigualdad social, y en consecuencia una cierta redistribución por parte de un Estado social”.³

Con base en lo anterior, este trabajo tiene por objetivo analizar cómo el acceso a la contratación pública, influenciada por el SIDH, es un derecho humano, contenido implícito de la igualdad ante la ley (arts. 1.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —la Convención—).

El acceso a la contratación pública es garantía para alcanzar de manera efectiva la igualdad en el acceso a los fondos públicos (la otra cara de la moneda de la igualdad ante las cargas públicas), y así, lograr un impacto importante en la lucha contra la desigualdad en nuestros países. Una lectura integral de los elementos institucionales, jurisprudenciales y convencionales del SIDH permite identificar la existencia de un derecho humano de acceso a la contratación pública, el cual requiere un mayor desarrollo convencional y jurisprudencial. La tutela efectiva de un derecho humano al acceso a la contratación pública permitirá una nueva lectura de los regímenes de contratación pública de los Estados signatarios.

El acceso a la contratación pública, pues, como importante recurso para la redistribución de los ingresos públicos, debe entenderse como un derecho protegido por el SIDH, inclusive y específicamente mediante sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), lo que exige a la Administración pública, en consecuencia, mecanismos transparentes y no discriminatorios de selección de contratistas.

El principio de igualdad no se concibe como la mera prohibición de la discriminación. Requiere más bien el reconocimiento, así como la superación, de las formas más grotescas de desigualdad social y, en consecuencia, una cierta redistribución por parte de un Estado social.⁴

³ *Ibidem*, p. 152.

⁴ *Idem*.

GUSTAVO LINARES BENZO

II. EL DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO Y EL ACCESO A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Sin embargo, esta realidad potencialmente transformadora de la contratación pública no ha sido vista así ni por la normativa interamericana ni por las decisiones de los órganos del sistema. Ni siquiera el propio derecho constitucional interno de los países latinoamericanos establece claramente ese derecho, que se ha quedado en el nivel legislativo, e inclusive allí con tan poca efectividad que requiere revulsivos externos para desarrollar esa enorme potencia: uno de esos mecanismos de cambio puede ser el uso del SIDH para garantizar el acceso no discriminatorio, e incluso redistributivo, de la contratación del Estado.

Es útil entonces, antes de entrar en el análisis del propio SIDH, buscar una base para un derecho al acceso a la contratación pública: en primer lugar, en el texto de las constituciones nacionales, que sirva al menos de indicio en el posterior y fundamental examen al llamado bloque de convencionalidad,⁵ es decir, las normas y decisiones del SIDH.

Como muestra, la Constitución venezolana de 1999 contiene solo dos normas que se refieren expresamente a la contratación pública: los artículos 150 y 151. Se trata, sin embargo, de las centenarias normas sobre los contratos de interés público que pretenden proteger a la República de las contrataciones perjudiciales con potencias extranjeras, pero que en modo alguno se refieren a la contratación administrativa ordinaria, ni al acceso a ella en pie de igualdad de todos los ciudadanos.

En cambio, la Constitución Política de Brasil (1988) establece expresamente:

CAPITULO VII DE LA ADMINISTRACION PÚBLICA

XXI. Salvo los casos especificados en la legislación, las obras, servicios, compras y enajenaciones serán contratados mediante proceso de licitación pública que asegure igualdad de condiciones a todos los concurrentes, con cláusulas que establezcan obligaciones de pago, mantenimiento de las condiciones efectivas de la propuesta,

⁵ Ayala Corao, Carlos M., *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2012, pp. 114 y ss.

El acceso a la contratación pública como derecho tutelable...

en los términos de la ley, lo cual solamente permitirá las exigencias de cualificación técnica y económica indispensables para la garantía del cumplimiento de las obligaciones.

De igual modo, la Constitución Política de México señala:

Artículo 134. [...] Las adquisiciones, arrendamientos y enajenaciones de todo tipo de bienes, prestación de servicios de cualquier naturaleza y la contratación de obra que realicen, se adjudicarán o llevarán a cabo a través de licitaciones públicas mediante convocatoria pública para que libremente se presenten proposiciones solventes en sobre cerrado, que será abierto públicamente, a fin de asegurar al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes. Cuando las licitaciones a que hace referencia el párrafo anterior no sean idóneas para asegurar dichas condiciones, las leyes establecerán las bases, procedimientos, reglas, requisitos y demás elementos para acreditar la economía, eficacia, eficiencia, imparcialidad y honradez que aseguren las mejores condiciones para el Estado (Párrafo reformado *DOF* 07-05-2008, 29-01-2016).

Y la de Ecuador:

Art. 288.- Las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social. Se priorizarán los productos y servicios nacionales, en particular los provenientes de la economía popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas.

Como vemos, por lo menos tres constituyentes latinoamericanos son conscientes de la necesidad de establecer previsiones constitucionales sobre el acceso a la contratación pública, configurándola como un derecho subjetivo, al menos con toda claridad las constituciones mexicana y brasileña. La de Ecuador, si bien con un lenguaje dirigido más bien a la Administración, también da pie a construir un derecho tal.

Que al menos tres constituciones latinoamericanas establezcan un derecho constitucional al acceso a la contratación del Estado hace aún más necesario que el SIDH lo contemple también, incorporado como está el derecho convencional al bloque de la constitucionalidad en muchos de nuestros países.

III. TRATADOS, *SOFT LAW* Y DOCTRINA

Intentemos determinar si, a partir de tratados distintos a la Convención, sobre la que dedicaremos obviamente el grueso del trabajo, del llamado *soft law* y de la doctrina sobre la convencionalidad, se ha desarrollado un parámetro que permita identificar la necesidad de tutelar un derecho humano de acceso a la contratación pública.

El SIDH contempla una serie de convenciones que consagran la obligatoriedad de adoptar mecanismos de prevención y control sobre los procedimientos establecidos para la garantía de la transparencia, como la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC) y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC, por sus siglas en inglés). Estas han sido objeto de importantes desarrollos doctrinales,⁶ y su norma principal, que recoge un criterio general, es el artículo 9.1 de la UNCAC: “Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, adoptará las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, en la competencia y en criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción”.

Transparencia y competencia, como criterios, apuntan sin duda al acceso a la contratación pública. Sin embargo, un examen atento del articulado de estos tratados revela que se refieren principalmente al desarrollo y ejecución del contrato, para que en ellos no se violen derechos humanos típicos, como la discriminación de minorías o formas de opresión laborales.

De igual manera, la doctrina latinoamericana ha dedicado bastantes esfuerzos a analizar los vínculos entre derechos humanos y contratación pública.⁷ De este importante acervo pue-

⁶ Véase Morales Antoniazzi, Mariela, “Aproximación a los estándares interamericanos sobre corrupción, institucionalidad democrática y derechos humanos”, en Tablante, Carlos y Morales Antoniazzi, Mariela (eds.), *El impacto de la corrupción en los derechos humanos*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018, pp. 335-366; Piovesan, Flávia *et al.*, “La corrupción y los derechos humanos en Brasil”, en Tablante, Carlos y Morales Antoniazzi, Mariela (eds.), *op. cit.*, p. 83.

⁷ Klein Gussoli, Felipe, “Contratos, licitaciones y servicios públicos a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos incorporados en el

El acceso a la contratación pública como derecho tutelable...

de construirse una teoría de los contratos del Estado, pero, de nuevo, se aprecia la escasa referencia al acceso a la contratación, pues el núcleo del examen se centra en la ejecución contractual, en buena medida, siguiendo el contenido de los tratados correspondientes.

Otro tanto hay que decir del *soft law*, que inclusive algunos llaman ya “derecho administrativo global”. Sin entrar en los complejos problemas de vinculatoriedad y legitimidad de estos desarrollos,⁸ también se refieren sobre todo a la protección de los derechos humanos en la ejecución del contrato, buscando garantizar, por ejemplo, el respeto a los derechos laborales y ambientales por parte de los contratistas.⁹

En conclusión, los derechos humanos en materia de contratación pública en los tratados que integran el SIDH, como en la correspondiente doctrina y en el *soft law* aplicable, se analizan principalmente después de celebrado el contrato, como es el caso del cumplimiento de derechos laborales y ambientales por parte del contratista, pero han tenido mucho menos desarrollo antes de la contratación, en los momentos de preparación y publicidad (o no) del contrato y en los mecanismos de selección de los contratistas.

IV. EL DERECHO HUMANO DE ACCESO A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL SIDH

4.1. Introducción

No hay mayores referencias a la contratación administrativa en las normas que rigen al SIDH. Ni en la Convención ni en el Pro-

derecho brasilero”, *Revista digital de Derecho Administrativo*, núm. 24, segundo semestre de 2020, pp. 43-77.

⁸ Cassese, Sabino, *A world government?*, Sevilla, Global Law Press, 2018. Véase Morales Antoniazzi, Mariela, *op. cit.*; Piovesan, Flávia *et al.*, *op. cit.*

⁹ Véase WTO, *Procurement principles*, https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gpa_1994_e.htm; OCDE *Guidelines on procurement*, <https://www.oecd.org/governance/procurement/toolbox/principlestools/countrycases/>

tocolo de San Salvador hay referencia alguna a la contratación pública, ni mucho menos a un derecho tutelable para acceder a ella. Tal vacío es fácil de explicar.

En primer lugar, el SIDH ha sido, desde sus inicios, un sistema protector de derechos individuales, como expresamente lo dice el artículo 1.2 de la Convención. Tal limitación era cónsona con el objetivo del sistema en el momento de su creación y a lo largo de sus primeras décadas, que no era otro que la protección de los derechos humanos básicos —derechos civiles y políticos en la terminología al uso—, sobre los cuales actuó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte IDH desde el comienzo del sistema, sobre todo con la instauración casi simultánea de dictaduras a lo largo del continente, muchas de ellas violatorias en sumo grado de los derechos elementales a la vida, a la libertad, a la prohibición de torturas o desapariciones forzadas. Obviamente, tales derechos correspondían a la persona humana en sí misma, a la persona natural —por usar el término técnico del derecho civil—, y no a entidades cuya personalidad jurídica derivara de formalidades establecidas por la ley: las personas jurídicas.

La contratación administrativa, en especial, y todo el derecho administrativo, en general, son una institución y un derecho que se aplican tanto a las personas naturales como a las jurídicas; de hecho, sería discutible llamar derecho administrativo a un ordenamiento que no se aplique a personas jurídicas como empresas u otras formas de personificación jurídica, civiles o mercantiles.

Entre esos campos, donde el derecho administrativo rige principalmente, casi exclusivamente, a personas jurídicas, está el ámbito de la contratación administrativa, en el cual la Administración contrata sobre todo a empresas, muchas veces exclusivamente con empresas por expreso mandato legal. De allí que los particulares afectados por la actuación administrativa en el campo contractual, personas jurídicas casi todas ellas, ni siquiera pensarán en el SIDH para ventilar sus casos contenciosos.

De allí la importancia para la contratación administrativa y, diría, para toda la existencia de un derecho administrativo co-

El acceso a la contratación pública como derecho tutelable...

mún latinoamericano, de la legitimación de las personas jurídicas para acudir al SIDH. Sobre ello volveremos más adelante.

La segunda razón de la ausencia del tema de la contratación pública en la normativa del SIDH es el carácter no justiciable de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA). Aunque, como veremos, el derecho de acceso a la contratación pública no es un DESCA, sino una simple —aunque importantísima— concreción del derecho a la igualdad y no discriminación, y tanto las constituciones de muchos de nuestros países como buena parte de la doctrina lo consideran tal.

Ello no es de extrañar, puesto que los derechos expresamente justiciables son, en opinión de muchos, los derechos civiles y políticos (como la vida o la prohibición de la tortura), ante los que palidece el mucho más prosaico tema de los contratos de obras públicas o, para aludir a otras áreas del derecho administrativo, una autorización urbanística para construir viviendas o un permiso de conducir.

En otras palabras, el SIDH, hasta muy recientemente, era un foro de derecho supranacional concentrado en el derecho constitucional, aserto que no requiere de mayor justificación, pues basta con leer la Convención para ver su parecido con una lista de derechos fundamentales, una *Bill of Rights* latinoamericana; y cuando el SIDH se atreve a mencionar a los derechos económicos y sociales, donde el derecho administrativo actúa con más frecuencia, simplemente los enuncia, pero no los hace justiciables, *id est*, los saca del derecho.

El SIDH, para decirlo brevemente, es una suerte de derecho constitucional común de América Latina, el ICCAL, pues; pero todavía no un derecho administrativo común latinoamericano. Esa tarea está en ejecución, como se aprecia en esta obra.¹⁰

Enfrentemos el primer problema que presenta el objetivo de convertir al SIDH en un sistema de normatividad y ejecución del derecho administrativo: la legitimación de las personas jurídicas para acceder a su jurisdicción.

¹⁰ Brewer-Carías Allan R., “Derecho administrativo y el control de convencionalidad”, *Revista de la Facultad de Derecho UNAM*, vol. 67, núm. 268, 2017.

4.2. La legitimación de las personas jurídicas para acceder a la jurisdicción del SIDH.¹¹

El artículo 1 de la Convención garantiza los derechos de toda “persona” (art. 1.1), pero allí mismo define a la “persona” como “todo ser humano” (art. 1.2), con la conciencia, además, de estar dirigiendo la protección del sistema a las personas físicas exclusivamente.¹² Sobre dicha base se ha fundamentado la doctrina y la jurisprudencia del SIDH para no dar legitimación a las personas jurídicas para que tengan acceso a la jurisdicción del sistema.

De entonces a esta parte, algunas modulaciones se han dado a esta exclusividad textual de legitimación del SIDH: darla a los pueblos indígenas y a los accionistas de empresas.

4.2.1. *Los derechos de los pueblos y comunidades indígenas*

En los casos *Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua* (2001) y *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* (2010), la Corte amplió por primera vez la legitimación para acudir al SIDH a los pueblos indígenas, básicamente para darles posición procesal para la protección de su derecho a la propiedad comunal, que, según esa misma jurisprudencia, es de una naturaleza distinta a la de la propia de los sistemas de derecho oficiales y, por ello, no corresponde estrictamente a un sustrato personal individual.

Baste retener de este desarrollo que la Corte IDH, al menos desde el 2001, es consciente de que una legitimación procesal

¹¹ Corte IDH. OC-22/16. Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.11, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, e 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como el artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador). Opinión consultiva de 26 de febrero de 2016. Serie A, núm. 22.

¹² Cfr. Steiner, Christian y Uribe, Patricia (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Fundación Konrad Adenauer, 2014, pp. 579-603.

El acceso a la contratación pública como derecho tutelable...

reducida exclusivamente a las personas naturales puede dejar fuera del sistema a muchas de esas mismas personas, dado el carácter, digamos no técnicamente, colectivo del ejercicio de muchos derechos individuales.

4.2.2. Los derechos de los accionistas de empresas

En una evolución mucho más relacionada con el derecho administrativo, la Corte IDH ha venido extendiendo también la legitimación para actuar ante el SIDH a las personas naturales en cuanto accionistas de empresas, con lo cual indirectamente ha dado legitimación a estas para acceder a su jurisdicción. Así, en los casos *Ivcher Bronstein vs. Perú*¹³ y *Cantos vs. Argentina*, permitió que personas naturales invocaran sus derechos como titulares de acciones de sociedades de comercio y sentenció clara y expresamente sobre esas pretensiones, que afectaron jurídicamente a las personas jurídicas involucradas.

En el caso *Perozo y otros vs. Venezuela*,¹⁴ la Corte ratificó este criterio, afirmando que los derechos económicos y políticos mercantiles de los accionistas —personas naturales en las sociedades anónimas— son tutelables por el SIDH.

Por último, la sentencia *RCTV*¹⁵ también otorgó legitimación a los accionistas de esa empresa de televisión venezolana, quienes demandaron al Estado por la cancelación de la concesión administrativa correspondiente al espectro radioeléctrico. Por esa vía, los accionistas, de hecho, y la empresa, a través de ellos, obtuvieron una decisión favorable de la Corte IDH, que ordenó a Venezuela la restitución de la concesión mientras se licitaba públicamente de manera abierta y transparente.

¹³ Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C, núm. 74, párrs. 123, 125, 138 y 156.

¹⁴ Corte IDH. *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C, núm. 195, párrs. 399 y 400.

¹⁵ Corte IDH. *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C, núm. 293.

GUSTAVO LINARES BENZO

Sin embargo, la Corte procura mantener, al menos formalmente, la legitimidad exclusiva de las personas naturales para acudir al SIDH: “380. [...] Esta medida no implica la protección o reparación de la persona jurídica (RCTV C.A), sino que constituye el medio idóneo para reparar los derechos que se declararon vulnerados de los accionistas y trabajadores, aun si actualmente no hacen parte o trabajan para la empresa”.

Sin embargo, tan meramente formal es esta declaración de principio que la orden contenida en la decisión beneficia directamente a la empresa, pues es a ella a quien se ordena restituir la concesión.

Todo el anterior elenco de decisiones ha superado en la práctica la tradicional interpretación del artículo 1.2 de la Convención, a través de la ficción de que legitimando *ad processum* a los accionistas no se legitima a la empresa, lo que no resiste mayor examen. De aquí a permitir formalmente el acceso al SIDH a cualquier persona —natural o jurídica— que alegue verse afectada en sus derechos convencionalmente protegidos por la Convención, no hay un paso.

Ya vimos —puede decirse además— que en el caso de los pueblos indígenas ni siquiera se recurre a formalidad alguna para dar legitimidad procesal para acceder a la jurisdicción del SIDH a entidades que de ningún modo pueden considerarse personas naturales, sino nada menos que verdaderos pueblos, sin entrar aún a cuestionar su naturaleza jurídica.

4.3. Conclusión

No cabe duda, pues, de que, a todos los efectos prácticos, las personas jurídicas, y no solo las naturales, han accedido a la jurisdicción del SIDH; tanto es así que, de hecho, las empresas han visto satisfechas sus pretensiones por la vía de la legitimación de los accionistas, pero produciendo efectos sobre la empresa. Esta incongruencia técnica procesal, de la que obviamente es consciente la Corte IDH, pero que usó para mantener un criterio tradicional de interpretación con indiscutible base textual y positiva en la Convención, ha sido necesaria porque la tutela de perso-

El acceso a la contratación pública como derecho tutelable...

nas jurídicas es imprescindible para la misión misma del sistema como protector de los derechos convencionales.

Si el justificado criterio aplicado a los grupos étnicos indígenas se emplea para cualquier otra forma de colectividad, inclusive a las personas jurídicas sometidas al derecho administrativo, queda claramente resuelto el problema del acceso de personas jurídicas al SIDH y salvada así, a mi parecer, la existencia misma de un derecho administrativo común latinoamericano sobre la base de las decisiones y doctrina de ese sistema. El derecho administrativo es en gran parte un derecho aplicable a personas jurídicas, y sin la legitimación de estas para acceder al SIDH, sería pírrico el resultado de construirlo por ese método.

Sin embargo, reitero, la tendencia constante y reciente de la Corte es abrir esa legitimación a las personas jurídicas, faltando nada más una declaración formal que exprese la realidad de lo que mediante artificios innecesarios se logra de hecho y de manera encomiable por la Corte.

V. LOS DESCAs Y EL SIDH¹⁶

Podemos ahora analizar la segunda razón por la que el derecho administrativo ve limitada su presencia en la jurisprudencia del SIDH (al menos hasta época reciente), que, como dijimos, es la consideración de que los derechos tutelados por la Convención son estrictamente los civiles y políticos (capítulo II), para los que consagra plena tutela judicial. No obstante, no la extiende a lo que sin duda da base a su artículo 26: los llamados derechos económicos, sociales y culturales, hoy en día aumentados a los ambientales, de lo que se desprende el acrónimo “DESCA” para denominarlos.

Como se ve de la línea del discurso, buena parte del derecho administrativo se refiere a los DESCAs, nada menos, y por ejemplo, que a la regulación económica, a la educación o a la po-

¹⁶ Ventura Robles, Manuel E., “Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista IIDH*, vol. 40, 2004, pp. 87-131, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/R08064-3.pdf>

lítica ambiental. De allí que el problema de su justiciabilidad sea esencial para el objetivo de un derecho administrativo común latinoamericano que merezca el nombre. Enfrentemos someramente este asunto.

Previamente, empero, y como se verá más adelante, considero que el acceso a la contratación administrativa es un derecho civil y político en términos de la Convención, en concreto, un derecho implícito en la prohibición de discriminación y de igualdad ante la ley, así que el problema tiene mucho menos importancia para el asunto de este trabajo, pero puede ser decisivo para otros en este esfuerzo de pergeñar un derecho administrativo común. Basta nada más recordar los temas de mejoras de la regulación o de la organización administrativa para percatarse de ello. Hecho este *caveat*, daré al menos breve noticia del problema.

Los DESCAs no se incluyen en la Convención, que protege únicamente derechos civiles y políticos. Para invocarlos, es necesario justificar su protección implícita en alguno de los derechos previstos en ella. Desde el “Protocolo de Buenos Aires”, en la Carta de la Organización de los Estados Americanos se encuentran algunos DESCAs, pero condicionados a que los Estados tengan recursos para hacerlos efectivos. Ese protocolo no previó la protección de tales derechos desde el SIDH.¹⁷

El Protocolo de San Salvador (1999) estableció el acceso a la protección convencional de solo dos DESCAs: a la educación y a la sindicalización. La Corte, sin embargo, ha incluido a los DESCAs, refiriéndose a los derechos económicos, sociales y culturales mediante sentencias u opiniones consultivas, vinculándolos a los derechos civiles y políticos protegidos por la Convención.

¹⁷ Sobre el delicado tema de los DESCAs y el derecho nacional, puede verse, con provecho, Sánchez Sánchez, Zulima, *The right to asylum in Europe. Innovation of asylum procedures*, Madrid, Thomson Reuters-Aranzadi, 2018, pp. 28 y 29. Aunque referido al tema del asilo, el razonamiento es válido para cualquier otro derecho humano: “Nevertheless, the process towards a common asylum policy reaches its most important limits for development with the sovereignty of the States, as already indicated. While it is true that action must be coordinated, it is also true that the interests of the States in matters of migration and asylum differ according to cultural, social and economic reasons, national politics or geographical location”.

El acceso a la contratación pública como derecho tutelable...

Es bastante pacífico, pues, considerar que los DESCAs, con las excepciones ya mencionadas de la sindicalización y la educación, no son justiciables frente al SIDH. Tal postura ha sido criticada por buena parte de la doctrina, y ello es evidente con tan solo considerar la gran vulnerabilidad a la que se expone a los habitantes del hemisferio si buena parte de sus derechos humanos no son tutelables en sede interamericana.

A los efectos de este esfuerzo de construir un derecho administrativo común sobre la base del SIDH, a esta mayor vulnerabilidad se une una razón adicional: un derecho administrativo sin DESCAs es irreconocible, se vería sustancialmente reducido a la tutela de posiciones jurídicas elementales, impidiéndole al SIDH lo que han venido logrando desde hace décadas, si no siglos, las cortes administrativas nacionales. De allí que uno de los esfuerzos que parecieran ser patrimonio común de este ICCAL derecho administrativo es contribuir a una decidida apertura del SIDH a los DESCAs.

Sin embargo, todo lo dicho sobre los DESCAs no es más que un *excursus*, a mi modo de ver necesario, pero no más que una referencia, porque el acceso a la contratación pública no es un DESCAs, sino una manifestación evidente del derecho a la igualdad previsto en la Convención (arts. 1.1 y 24), plenamente justiciable ante la CIDH y la Corte IDH, por tanto. Veamos.

VI. EL ACCESO A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO DERECHO HUMANO CONSAGRADO EN LA CONVENCIÓN

Una de las poquísimas referencias a la contratación pública en la jurisprudencia del SIDH se encuentra en la sentencia *RCTV*, ya mencionada:

380. [...] sin que ello implique un reconocimiento de la propiedad de la concesión por parte de *RCTV*, como medida necesaria para garantizar el goce y ejercicio de los derechos conculcados en el presente caso de conformidad con el artículo 63.1 de la Convención Americana, la Corte ordena que se restablezca la concesión de la frecuencia del espectro radioeléctrico correspondiente al canal 2

GUSTAVO LINARES BENZO

de televisión, hasta tanto se otorgue de manera definitiva como consecuencia del proceso establecido en el párrafo 382 de la presente Sentencia. Esta medida no implica la protección o reparación de la persona jurídica (RCTV C.A), sino que constituye el medio idóneo para reparar los derechos que se declararon vulnerados de los accionistas y trabajadores, aun si actualmente no hacen parte o trabajan para la empresa. [...] 382. *Una vez se efectúe la restitución de la concesión a RCTV, el Estado deberá, en un plazo razonable, ordenar la apertura de un proceso abierto, independiente y transparente para el otorgamiento de la frecuencia del espectro radioeléctrico correspondiente al canal 2 de televisión, siguiendo para tal efecto el procedimiento establecido en la LOTEI o la norma 113 interna vigente para tales efectos. 392. Dicho proceso deberá ser llevado a cabo garantizando que no se apliquen criterios discriminatorios que condicionen el otorgamiento de la concesión, y deberá estar encaminado a fortalecer de manera efectiva el pluralismo democrático y el respeto a las garantías judiciales.* (Cursivas añadidas)

Aunque se trata de una orden accesoria al restablecimiento de la concesión al antiguo concesionario, para la Corte queda muy claro que es necesario que la entrega definitiva de la concesión de TV abierta debe hacerse mediante *“un proceso abierto, independiente y transparente para el otorgamiento de la frecuencia del espectro radioeléctrico correspondiente al canal 2 de televisión, siguiendo para tal efecto el procedimiento establecido en la LOTEI o la norma 113 interna vigente para tales efectos”* (cursivas añadidas). Es decir, la Corte establece una base jurisprudencial para el otorgamiento de los contratos públicos, como es el de concesión, en un procedimiento abierto y transparente.

Más adelante, inclusive, señala que esos procedimientos de selección del contratista, en este caso del concesionario, deben hacerse *“garantizando que no se apliquen criterios discriminatorios que condicionen el otorgamiento de la concesión, y deberá estar encaminado a fortalecer de manera efectiva el pluralismo democrático y el respeto a las garantías judiciales”* (cursivas añadidas).

Desde esta decisión, referida —así sea incidentalmente— a la contratación administrativa, ya la Corte hace referencia al principio de no discriminación, que, lejos de ser un DESCIA, está expresamente establecido en los artículos 1.1 y 24 de la Convención, y que es uno de los principios fundamentales del SIDH.

El acceso a la contratación pública como derecho tutelable...

Estas dos disposiciones establecen:

Artículo 1.1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

[...]

Artículo 24. Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.¹⁸

Este principio de no discriminación ha sido aplicado por la jurisprudencia de la Corte IDH sobre todo en relación con la protección de grupos vulnerables, de minorías étnicas o de otra especie, teniendo menos aplicación en el campo estrictamente administrativo. Como he adelantado, el SIDH ha sido sobre todo un tribunal de derechos humanos entendidos como derechos civiles y políticos, una suerte de tribunal constitucional, pero con menos focalización al nivel más concreto del derecho administrativo,¹⁹ con menos actividad en las vinculaciones con la Administración pública de mayor cotidianeidad, que es el ámbito propio del derecho administrativo, del *derecho constitucional concretizado*.

Aun así, hay algunos casos particularmente útiles para nuestro tema, que, junto con *RCTV*, permiten desarrollar y funda-

¹⁸ La jurisprudencia más relevante: Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C, núm. 12; *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C, núm. 130; *Caso Apitz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. *Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C, núm. 182; *Caso Atala Riffo vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C, núm. 239. Véase Steiner, Christian y Uribe, Patricia (eds.), *op. cit.*, p. 579.

¹⁹ *Cfr.* Parejo Alfonso, Luciano, *Lecciones de derecho administrativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 18.

mentar un derecho de acceso a la contratación pública como un derecho tutelable por el SIDH. Me refiero al caso *Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*.²⁰

En *Barbani*, las personas demandantes (cuatro ahorristas a quienes se les negó el beneficio) se encontraban en la misma posición en relación con los requisitos para acceder a medidas de rescate financiero que la de otras personas que sí accedieron a él. Esta diferencia de trato permitió que la Corte considerase la existencia de discriminación, pues el Estado no justificó el trato diferenciado entre unos y otros.

Se trata de un tema claramente administrativo, el de los subsidios públicos, prestaciones administrativas muy analizadas por la doctrina, a las cuales, aunque no se les ha dado el tratamiento contractual, no cabe duda de que guardan estrecha semejanza.

En *Barbani Duarte*, sobre todo, se analiza y decide sobre una materia estricta de derecho administrativo con base en el principio de no discriminación, sin invocar un DESCAs. Ha podido hacerlo sobradamente, considerando que el caso en realidad invocaba el derecho a la seguridad social u otro consagrado en el Protocolo de San Salvador y, consecuentemente, negando legitimación a los actores para acceder al SIDH.

En cambio, en *Barbani Duarte* se resuelve el asunto como lo haría cualquier tribunal administrativo de nuestros países: invocando la desigualdad de tratamiento de la Administración en una materia prestacional y de contenido pecuniario. Esta consideración es clave para encontrar la base convencional del derecho al acceso a la contratación pública, puesto que la misma argumentación de *Barbani* sería aplicable prácticamente sin cambios para una persona a la que no se le permitió acceder a los procesos de selección de contratistas, frente a otros que sí participaron y mantenían una posición semejante a del demandante.

Con *Barbani* y *RCTV*, se insiste, es posible encontrar la base del derecho de acceso a la contratación pública en la propia Convención y, más aún, a buena parte de un derecho a la no discrimi-

²⁰ Corte IDH. *Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C, núm. 234, párr. 174.

El acceso a la contratación pública como derecho tutelable...

nación frente a la Administración pública, con el cual sería muy factible convertir a la Corte en un tribunal contencioso administrativo sin recurrir a los DESCA.

VII. EL ESTÁNDAR *RCTV* COMO ESTÁNDAR DEL ACCESO A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL SIDH

7.1. Preliminar

Hasta aquí está hecha la mitad de la tarea porque, para convertir el acceso a la contratación pública en un derecho humano convencionalmente protegido, hay que arbitrar maneras en las normas y jurisprudencia del SIDH, que hagan posible su ejercicio sin traspasar la barrera de aplicar el derecho vigente, sin soluciones de *lege ferenda*.

Así, la primera condición para que el acceso a la contratación pública sea un derecho efectivo es la publicidad de esa contratación, publicidad que es uno de los objetivos fundamentales del derecho administrativo en esta materia desde sus mismos inicios. Para que toda persona, por ese solo carácter, tenga derecho a acceder a la contratación del Estado, la primera condición necesaria es que todos puedan conocer con antelación que la Administración pretende celebrar una contratación y, así, actuar en consecuencia. Decidir si se pretende participar en el correspondiente proceso de selección y luego, de ser así, justificar en pie de igualdad con todos los actores participantes en ese proceso los méritos para ser seleccionado como contratista.

Visto en sentido negativo, el gran y primer problema que el derecho administrativo ha afrontado es evitar procesos de selección de contratistas a espaldas del público, empezando por exigir la existencia misma de tales procesos, exigencia que no necesariamente ha existido siempre jurídicamente: es el caso extremo de las adjudicaciones directas, en las cuales la Administración escoge su contratista sin procedimiento ni publicidad alguna. Proceso público, pues, o publicidad procesal, verso y reverso, del requisito *sine qua non* de la existencia misma de un derecho de acceso a la contratación del Estado.

Encontrar la obligatoriedad de la publicidad de la contratación administrativa en la jurisprudencia del SIDH ya se intentó aquí, y está en *RCTV*. Esa decisión exigió “un proceso abierto, independiente y transparente” para seleccionar al contratista de la Administración. Ahondemos en esos conceptos para determinar si incluyen la publicidad.

7.2. Procedimiento abierto como elemento esencial del estándar *RCTV*

Un proceso abierto, debe decirse, desde luego, es necesariamente un proceso público, porque esa apertura significa obviamente “abierto a todos”, es decir, accesible sin discriminación. En otras palabras, cuando el SIDH se ha expresado sobre el procedimiento de selección de contratistas, ha exigido un proceso abierto a todos, es decir, conocido por todos, público, dotado de publicidad.

Continuando con el más escrupuloso respeto a buscar una base en el derecho vigente —camino útil para indagar en los elementos de esa publicidad—, se analiza el procedimiento administrativo concreto que la Corte consideró expresamente abierto y público: el “establecido en la [Ley Orgánica de Telecomunicaciones (LOTEL)]”, procedimiento que la Corte conocía detalladamente, como revela la propia sentencia *RCTV*. La LOTEL vigente para la fecha de *RCTV*, de 22 de junio de 2015, es la de 1 de junio de 2000.

Esa ley establece un detallado proceso de “oferta pública” (arts. 84 a 103). En ella pueden participar cualesquiera interesados (art. 87) sin que se establezca limitación alguna para ostentar esa condición. La LOTEL exige la más amplia publicidad para los procedimientos de otorgamiento de concesiones del espectro radioeléctrico (art. 87): su sistema de carteles, publicaciones, etc., hace que nadie pueda alegar que desconocía del proceso de selección de concesionario para justificar la violación de su derecho de acceso a la contratación pública. Inclusive, la LOTEL prevé una publicidad anticipada a estos procesos, al exigir en su artículo 85 que “[...] la Comisión Nacional de Telecomunicaciones determinará antes del inicio de cada año calendario, [...] las bandas o subbandas del espectro radioeléctrico disponible que serán objeto del procedimiento de Oferta Pública, así como los criterios que se emplearán para la selección”.

El acceso a la contratación pública como derecho tutelable...

En otras palabras, la referencia que *RCTV* hace a la *LOTEL* da base a la publicidad del procedimiento de selección de contratistas como elemento necesario del derecho de acceso a la contratación pública.

Este aserto es ya un estándar operativo para que el *SIDH* juzgue las actuaciones y las normativas de los Estados acerca de la contratación administrativa y su respeto al acceso de todos a ella. Así, a pesar de los distintos nombres y detalles procedimentales, el derecho administrativo comparado conoce de tres tipos de procedimiento de selección de contratistas: la licitación pública; el concurso privado, y la adjudicación directa, por usar únicamente, a efectos prácticos, las expresiones tradicionales del derecho venezolano; es decir, un procedimiento en el que *todos* pueden participar, mientras reúnan las condiciones exigidas (licitación pública); un procedimiento en el que participan *algunos* expresamente invitados por la Administración contratante (concurso privado); y un procedimiento (o ausencia de este) donde participa *una sola persona*, que es designada contratista directamente, sin que haya otras ofertas.

Procedimientos abiertos a todos, procedimientos abiertos a algunos, procedimientos para uno solo. Esta es la estructura, nombres y detalles, más o menos, de todo sistema de contratación pública, al que responden los propios de América Latina. Es necesario juzgarlos con el estándar del procedimiento abierto de *RCTV*, ya detallado en su referencia a la *LOTEL* venezolana.

Es obvio, así, que la licitación pública es, por su propia naturaleza, un procedimiento abierto, pues su publicidad es total y nadie puede alegar su desconocimiento para buscar remedio a la violación de su derecho de acceso a la contratación pública. No hay lugar ni espacio aquí para aplicar el estándar del procedimiento abierto a los eventuales déficits de publicidad que los Estados presenten en estos casos, pero, al menos, digamos que la publicación del proceso de licitación pública en el órgano oficial del Estado de que se trate (*Gaceta Oficial*, *Gaceta Federal*, etc.) o en un sitio web determinado específicamente para ello por la ley es suficiente, ya que respetan los estándares de la *LOTEL*, convencionalizados por *RCTV*.

Es ahora cuando comienzan los problemas, como saben tanto los funcionarios públicos que han organizado un proceso de selección de contratistas como los administrados que han decidido participar en él: cuando se recurre a un procedimiento que por definición no incluye a todos, sino que se dirige solo a algunos (el concurso privado) o a uno solo (la adjudicación directa). Es imposible llamar públicos a estos dos procedimientos, al menos en los términos de la licitación pública, puesto que a ellos no todos tienen acceso, sino solamente los que la Administración contratante decide. *¿Quid iuris*, convencionalmente hablando?

Una solución brutal es determinar que únicamente un procedimiento de licitación pública es abierto en los términos de RCTV, con lo cual quedaría sin base convencional, es decir, sin base jurídica alguna, cualquier otro procedimiento que no reúna esta publicidad total a la que nos hemos referido, incluyendo al concurso privado y la adjudicación directa: licitación pública o nada. Habría, así, que ordenar a todos los Estados la eliminación de cada uno de sus procedimientos de selección de contratistas que no sean licitación pública, y dar razón a los demandantes que aleguen que su acceso a esa contratación se cerró porque que el contratista fue escogido sin esa licitación.

Creo que es posible una solución menos brutal, a la que apuntan los más recientes desarrollos legislativos tanto en nuestros países como en otros. Analicemos la ley colombiana de selección de contratistas.

7.3. Aplicación del estándar de apertura a la legislación y actividad administrativa

7.3.1. Casos felices. Colombia y la Unión Europea

La Ley 1150 de 16 de julio de 2007 (*Diario Oficial* 46.691), “por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos”, es una reforma de la venerable ley 80, que mantiene los tres típicos procedimientos de selección: “Artículo 2°. *De las modalidades de selección*. La escogencia del contratista se efectuará con arreglo

El acceso a la contratación pública como derecho tutelable...

a las modalidades de selección de licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa”.

A nuestros efectos, aunque la ley mencione cuatro procedimientos, en realidad se reducen a tres en lo que respecta a la publicidad, porque tanto la licitación pública como el concurso de méritos están abiertos a todos.

1. Concurso de méritos. Corresponde a la modalidad prevista para la selección de consultores o proyectos, en la que se podrán utilizar sistemas de concurso abierto o de precalificación. En este último caso, la conformación de la lista de precalificados se hará mediante convocatoria pública, permitiéndose establecer listas limitadas de oferentes utilizando para el efecto, entre otros, criterios de experiencia, capacidad intelectual y organización de los proponentes, según sea el caso.

Así, la falta de publicidad se reduciría a los procedimientos de selección abreviada y de adjudicación directa, que no están abiertos a todos porque la Administración está habilitada en ambos casos para determinar a los participantes en cada proceso. De aplicarse el estándar en bruto, como decíamos, habría que entender que ambos procedimientos violan el ordenamientos del SIDH, porque no serían abiertos, no todos podrían participar.

Sin embargo, la ley 1150 establece una nueva disciplina que matiza notablemente esa conclusión (el parágrafo 2º de su art. 2): “Parágrafo 2º. El procedimiento aplicable para la ejecución de cada una de las causales a que se refiere el numeral 2º del presente artículo [la selección abreviada], deberá observar los principios de transparencia, economía, responsabilidad y las siguientes reglas: 1. *Se dará publicidad a todos los procedimientos y actos*” (cursivas añadidas).

La ley 1150 exige así que, aun en los casos de selección abreviada, si bien no todos pueden acceder al procedimiento y hacer ofertas como en la licitación pública, los actos correspondientes de inicio y todos los subsiguientes deben ser públicos, “*se les dará publicidad*”.

En otras palabras, estamos en presencia de un procedimiento que no es una licitación pública, pero que es público en el

GUSTAVO LINARES BENZO

sentido de que todos conocen qué ocurrirá y en qué condiciones. Así, la selección abreviada cumple con el estándar de *RCTV*, en tanto y en cuanto la publicidad sea suficiente para que aquellos que no fueron convocados, pero que se consideran con derecho a hacerlo, puedan acudir a la Administración correspondiente.

Es decir, no todos están convocados al proceso de selección abreviada, pero todos saben que ocurrirá, y ese es el gran cambio de la ley 1150. Se trataría así de un procedimiento en el que no todos pueden participar presentando ofertas, pero todos pueden saber del procedimiento y decidir si reúnen las condiciones para hacerlo y, de no ser invitados o de ser impedidos de participar, podrán, en consecuencia, intentar los recursos administrativos y judiciales ofrecidos por el ordenamiento colombiano. Sobre todo, de aceptarse esta tesis, podrán acudir al SIDH invocando la violación de su derecho a la igualdad y no discriminación si esos remedios fallan, o si son insuficientes.

En cambio, esta previsión de dar publicidad a los procedimientos y actos de la selección abreviada no existe para el caso de la adjudicación directa. Es decir que ese procedimiento, en principio, no pasaría el estándar del procedimiento abierto de *RCTV*, porque no solamente ningún interesado podría presentar ofertas para ser contratista, puesto que este ya fue escogido unilateralmente por la Administración, sino que tampoco conocerá de tal procedimiento. Ello haría al menos posible alegar que no ha debido emplearse en ese caso concreto la adjudicación directa o, inclusive, que la oferta que se hubiese podido presentar era más ventajosa para la Administración.

Podría concluirse, entonces, que el procedimiento de adjudicación directa que no sea hecho público violaría los estándares convencionales basados en *RCTV*. Tal conclusión, sin embargo, debe matizarse con base en los demás elementos del contrato cuyo contratista se selecciona directamente. De hecho, la adjudicación directa, tanto en el derecho colombiano como en prácticamente el resto de nuestros países, es un procedimiento que la ley considera excepcional, y para ello establece una serie de requisitos para garantizar esa excepcionalidad. La ley 1150 que analizamos establece al respecto:

El acceso a la contratación pública como derecho tutelable...

4. Contratación directa. La modalidad de selección de contratación directa, solamente procederá en los siguientes casos:

- a) Urgencia manifiesta;
- b) Contratación de empréstitos;
- c) Contratos interadministrativos, [...]
- d) La contratación de bienes y servicios en el sector Defensa y en el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, que necesiten reserva para su adquisición;
- e) Los contratos para el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas; [...]
- g) Cuando no exista pluralidad de oferentes en el mercado;
- h) Para la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo puedan encomendarse a determinadas personas naturales;
- i) El arrendamiento o adquisición de inmuebles.

Cláusulas semejantes existen en otras leyes de América Latina.

No es el caso aquí analizar si este elenco de causales que dan acceso a la adjudicación directa son suficientes para que supere en esos casos el estándar *RCTV*. Los casos de urgencia manifiesta (inciso a) y reservados por razones de seguridad y defensa (inciso d), son los típicos caballos de Troya de la contratación administrativa, aquí y en todas partes,²¹ y solo un adecuado control judicial del uso de los conceptos jurídicos indeterminados correspondientes garantizaría que la excepción es válida para el derecho interno. Sin embargo, el test para justificar esas excepciones se hace más exigente con el estándar de *RCTV*.

Hay que decir también que esta solución la comparte el derecho de la Unión Europea, del que América Latina —y en ella

²¹ Basta mencionar la batalla entre Amazon y Microsoft en la licitación de un contrato de *cloud computing* del Departamento de Defensa de los Estados Unidos. Véase <https://www.cnbc.com/2021/07/06/pentagon-cancels-10-billion-jedi-cloud-contract.html>

el SIDH— es particularmente tributaria, y que exige publicidad para todos los procesos de selección, salvo para lo que denomina *procedimiento negociado sin publicación previa*, que, en los términos que venimos empleando, podría denominarse “adjudicación directa”.

En efecto, la Directiva Europea 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, transpuesta²² ya a casi todos los Estados miembros de la Unión Europea,²³ prevé seis procedimientos distintos de selección de contratistas, regulados en el capítulo I (Procedimientos) del título II (Normas Aplicables a los Contratos Públicos), artículos 25 al 32: procedimiento abierto, procedimiento restringido, procedimiento de licitación con negociación, diálogo competitivo, asociación para la innovación, y procedimiento negociado sin publicación previa.

En nuestra categorización, el procedimiento abierto es una licitación pública, puesto que, escogido como procedimiento, “cualquier operador económico interesado podrá presentar una oferta en respuesta a una convocatoria de licitación” (art. 27.1), y todos los demás tienen la estructura de un concurso privado, pero con la debida publicidad: en todos ellos, “cualquier operador económico podrá presentar una solicitud de participación en respuesta a una convocatoria” pública de la Administración contratante (art. 28.1, procedimiento restringido; art. 29.1, procedimiento de licitación con negociación; art. 30.1, diálogo competitivo; art. 31.1, asociación para la innovación). Vemos entonces que, inclusive en el ordenamiento europeo, la adjudicación directa sin publicidad se mantiene, lo que es una cierta base para aceptarla también en nuestro medio, siempre como excepción.

²² Parejo, Luciano, *op. cit.*, p. 87.

²³ *Cfr.*, para España, Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 272, de 9 de noviembre de 2017; para Italia, *Codice dei contratti pubblici*, Decreto Legislativo de 18 de abril de 2016, núm. 50 (G.U.R.I. 19.04.2016 n. 91).

El acceso a la contratación pública como derecho tutelable...

De hecho, la directiva europea construye la adjudicación directa como excepción en términos semejantes a la colombiana, pues solo se acepta, por ejemplo, en casos de urgencia (art. 32.2.c), o de la ausencia de ofertas en un procedimiento normal (art. 32.2.a).

En consecuencia, Colombia, la LOTEL de 2001 venezolana y la Unión Europea son tres ejemplos de sistemas de selección de contratistas que pasarían una comparación con el estándar de *RCTV* y que, por tanto, permiten el acceso a la contratación pública mediante un procedimiento abierto —público hemos precisado aquí—.

Veamos ahora otro procedimiento: el venezolano, de la Ley de Contrataciones Públicas, que no acepta parangón con el estándar *RCTV*.

7.3.2. Casos infelices. Venezuela

La ley de Contrataciones Públicas vigente (G.O. 6.314 extr. de 13 de noviembre de 2014) establece cuatro tipos de procedimiento de selección de contratistas: concurso abierto (arts. 77 a 84); concurso cerrado (arts. 85 a 88); consulta de precios (arts. 96 a 100), y contratación directa (arts. 101 a 103).

Aplicándoles nuestra taxonomía, el concurso abierto es una licitación pública (todos pueden presentar ofertas y se le da publicidad), el concurso cerrado y la consulta de precios pueden considerarse ambos como concursos privados (solo pueden presentar ofertas a quienes la Administración invite) y la contratación directa es una adjudicación directa.

Entonces, en esta legislación, a diferencia de la europea y la colombiana, solo la licitación pública goza de publicidad (art. 79), mientras que en ninguno de los demás supuestos se hace público el procedimiento, con lo cual nadie distinto a los participantes seleccionados por la Administración podría solicitar su ingreso ni controlarlo en las instancias administrativas y judiciales. En el caso de la contratación directa, además, las causales para recurrir excepcionalmente a ella son numerosas y amplísimas (art. 101).

GUSTAVO LINARES BENZO

He aquí, pues, un sistema de contrataciones públicas anticonvencional, que no cumple con los requisitos mínimos establecidos en *RCTV*. Sería perfectamente factible, así, que una persona pueda invocar su derecho a la igualdad para controlar y remediar la violación a su derecho al acceso a la contratación pública, si se adjudica un contrato sin publicidad. Bastaría alegar que hubiese participado o, al menos, solicitado participar en el correspondiente procedimiento de selección de haberlo sabido, a lo que tenía derecho de acuerdo con la Convención: sin publicidad no se da el procedimiento abierto que exige *RCTV*.

En consecuencia, el control del sistema venezolano de contrataciones públicas, así como de cualquier otro que no alcance el estándar de apertura exigido por *RCTV*, puede ser controlado por el SIDH, pues este debe tutelar el acceso a la contratación pública como contenido del derecho a la igualdad de todas las personas sometidas a su jurisdicción.

Cerramos así el círculo, dando fundamento al SIDH como un tribunal de derecho administrativo, capaz de enjuiciar a la Administración contratante cuando sus actos, inclusive su normativa, viola el derecho convencional a la igualdad, al impedir el acceso a la contratación pública en los términos de *RCTV*.

En conclusión, un sistema de selección de contratistas de la Administración que, además de la licitación pública (donde todas las personas pueden presentar ofertas y participar), incluya procedimientos en los cuales no todos puedan ofrecer pero que sean públicos y, por tanto, los interesados puedan presentarse y alegar derechos a ser invitados; y que como procedimiento muy excepcional prevea la adjudicación directa sin publicidad para casos como la urgencia comprobada, puede considerarse que cumple con el estándar de convencionalidad de procedimiento abierto previsto en *RCTV*, como desarrollo del derecho a la igualdad previsto en la Convención.

7.4. Procedimiento independiente

RCTV exige como segundo requisito de un procedimiento de selección de concesionario del espectro radioeléctrico —doctrina

El acceso a la contratación pública como derecho tutelable...

que hemos extendido a todos los contratos del Estado— que tal procedimiento sea *independiente*.

Como se ha dicho, este trabajo es un intento por encontrar en el derecho convencional del SIDH un derecho de acceso a la contratación pública. Una vez obtenido ese acceso, no se pretende analizar ahora las eventuales exigencias del SIDH para el desarrollo del procedimiento. A ese desarrollo se refiere el baremo del procedimiento independiente y, por ello, puedo excusarme de tratarlo aquí.

Sin embargo, digamos simplemente que esa independencia, y obrando con una sola palabra de la sentencia pero de gran carga jurídica, debe entenderse como referente al sujeto que administra y decide el procedimiento de selección. Es decir que, muy probablemente, la Corte está pensando en la categoría de las agencias independientes, importación del derecho estadounidense al resto del mundo y cuyas complicaciones jurídicas son por todos conocidas.

En el caso *RCTV*, referente a una concesión del espectro radioeléctrico, la solución de organizar una agencia independiente para tal área es muy común, tanto en nuestros países como fuera de ellos. Obviamente, sin embargo, esta característica no puede extenderse a toda la contratación administrativa, porque se usurparían las funciones del poder ejecutivo y se crearía un enorme déficit de democracia en una de las actividades más típicas de la Administración, cuya legitimación democrática es evidente, dada su conexión con entidades políticas popularmente electas.

7.5. Procedimiento transparente

Por la misma razón, estudiar la transparencia como requisito de los procedimientos de selección del contratista excede el objetivo de este trabajo, pues sería exigible del procedimiento en sí y no del acceso a él. Además, se trata de un asunto cuyo perfil jurídico está lejos de ser pacífico, entre otras cosas, por su íntima relación, sino identidad, con la publicidad.

VIII. CONCLUSIONES

Recorrido el camino completo, se descubre la existencia de un definido derecho al acceso a la contratación pública como derecho humano incluido en la Convención y, en consecuencia, tutelable por el SIDH.

Ese derecho no es más que un contenido implícito del derecho a la igualdad y no discriminación previsto en la Convención (arts. 1.1 y 24), y no un DESCA, por lo que su tutela no puede impedirse mediante el razonamiento de que tales derechos no permiten el acceso al SIDH.

Ese derecho tiene como estándar principal el caso *RCTV*, que exige un procedimiento abierto para la contratación pública, apertura que, en buena medida, coincide con la publicidad de los procedimientos antes de la celebración del contrato. Ese estándar es perfectamente aplicable a los ordenamientos nacionales y a su ejecución, como se vio con la legislación colombiana, europea y venezolana.

De esta manera, corresponde al SIDH actuar como un verdadero tribunal contencioso administrativo, lo que exige, sobre todo, dar plena y total legitimación a las personas de cualquier especie, no solo a las personas naturales; y, aunque no sea materia de este trabajo, emplear todas las medidas preventivas y ejecutivas propias de un tribunal administrativo para producir un verdadero impacto, transformar, pues, la normativa y la práctica administrativas en la región.

BIBLIOGRAFÍA

AYALA CORAO, Carlos M., *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2012.

BOGDANDY, Armin von, “*Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador*”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 34, enero-junio de 2015.

El acceso a la contratación pública como derecho tutelable...

- BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.), *Ius Constitutionale Comune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, 2017.
- BREWER-CARÍAS, Allan R., “Derecho administrativo y el control de convencionalidad”, *Revista de la Facultad de Derecho UNAM*, vol. 67, núm. 268, 2017.
- CASSESE, Sabino, *A world government?*, Sevilla, Global Law Press, 2018.
- KLEIN GUSSOLI, Felipe, “Contratos, licitaciones y servicios públicos a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos incorporados en el derecho brasilero”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, núm. 24, segundo semestre de 2020.
- MORALES ANTONIAZZI, Mariela, “Aproximación a los estándares interamericanos sobre corrupción, institucionalidad democrática y derechos humanos”, en TABLANTE, Carlos y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (eds.), *El impacto de la corrupción en los derechos humanos*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018.
- OCDE, *Guidelines on procurement*, <https://www.oecd.org/governance/procurement/toolbox/principlestools/countrycases/>
- PAREJO ALFONSO, Luciano, *Lecciones de derecho administrativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.
- PIOVESAN, Flávia *et al.*, “La corrupción y los derechos humanos en Brasil”, en TABLANTE, Carlos y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (eds.), *El impacto de la corrupción en los derechos humanos*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018.
- SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Zulima, *The right to asylum in Europe. Innovation of asylum procedures*, Madrid, Thomson Reuters-Aranzadi, 2018.
- STEINER, Christian y URIBE, Patricia (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, México, Suprema

GUSTAVO LINARES BENZO

Corte de Justicia de la Nación-Fundación Konrad Adenauer, 2014.

VENTURA ROBLES, Manuel E., “Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista IIDH*, vol. 40, 2004, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/R08064-3.pdf>

WTO, Procurement principles, https://www.wto.org/english/tra-top_e/gproc_e/gpa_1994_e.htm