
El espejismo de Baena: Luces y sombras de un derecho administrativo comparado latinoamericano

Baena's mirage: Lights and shades of comparative administrative law in Latin America

Luis Eugenio García-Huidobro* y Sebastián Guidi**

In the context of a growing interest in comparative administrative law in Latin America, an emerging academic project asserts the existence of a “common administrative law” in the region, inspired by the so-called ius constitutionale commune in Latin America. In this essay, we examine the impact of the Baena decision (Inter-American Court of Human Rights, 2001) on the administrative regimes of Argentina, Chile, and Mexico so as to reveal the limitations of such a project. We speculate that the limited impact of this decision can be explained by particular characteristics germane to administrative law that tend to be overlooked from a constitutionalist optic. Finally, we draw from our case studies to make methodological recommendations to those who want to undertake comparative administrative law studies in the region.

* Investigador del Centro de Estudios Públicos (Chile) y Profesor de Derecho en las Universidades del Desarrollo y Adolfo Ibáñez. Candidato a Doctor en Derecho, Yale Law School. Email: egarciahuidobro@cepchile.cl.

** Profesor adjunto de la Universidad Torcuato di Tella. Candidato a Doctor en Derecho, Yale Law School. Email: sebastian.guidi@yale.edu.

Agradecemos a Delfina Beguerie, Patricia Cruz Marín, Agustín Gordillo y a los participantes del Coloquio Iberoamericano N° 235 del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional por sus valiosos comentarios y sugerencias. También queremos agradecer el trabajo realizado por los árbitros ciegos y muy particularmente por uno de ellos, cuya generosidad contribuyó mucho a mejorar nuestro argumento. Finalmente, agradecemos a Marianne Poehls por su valiosa contribución a la investigación de este ensayo.

Keywords: Inter-American Court of Human Rights, comparative administrative law, government employment, *ius constitutionale commune*

En el contexto de un creciente interés por el desarrollo del derecho administrativo comparado en América Latina, un proyecto académico en ciernes postula la existencia de un ‘derecho administrativo común’ en la región, inspirado en el llamado ius constitutionale commune de América Latina. En este ensayo realizamos un análisis del impacto del fallo Baena Ricardo c. Panamá (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001) en el derecho administrativo de Argentina, Chile y México para mostrar las limitaciones de tal proyecto. Conjeturamos que el limitado impacto de dicho fallo puede explicarse por particularidades propias del derecho administrativo que son soslayadas desde una óptica constitucionalista. Finalmente, realizamos algunas recomendaciones metodológicas para el estudio del derecho administrativo comparado en la región.

Palabras Clave: Corte Interamericana de Derechos Humanos, derecho administrativo comparado, empleo público, *ius constitutionale commune*

1. Introducción: ¿Surgimiento de una disciplina de derecho administrativo comparado en América Latina?

Hace sólo unos años, Héctor Mairal llamaba a desarrollar la disciplina de derecho administrativo comparado en América Latina.¹ Haciendo eco del creciente interés que esta disciplina ya despertaba entre los principales administrativistas de todo el mundo² y de la reciente creación del derecho administrativo global,³ el destacado administrativista argentino sugería la necesidad de desarrollar esta disciplina para desentrañar las particularidades únicas del proceso histórico de construcción del derecho administrativo latinoamericano.⁴

Afortunadamente, este llamado parece haber sido respondido. Es cierto que con anterioridad ya existía una destacada producción académica en materias regulatorias

¹ Hector Mairal, *The Need for Comparative Administrative Law Studies in Latin America*, 6 COMP. L. REV. 1 (2015). Éste difícilmente es el primer llamado a desarrollar un derecho administrativo comparado en Latinoamérica. Con anterioridad, véase Mauro Gomes de Mattos, *Importância do Direito Administrativo Comparado*, 212 REV. DIREITO ADMINISTRATIVO 195 (1998).

² En 2013, Boughey denunciaba que el derecho administrativo había quedado “relativamente fuera del boom comparativo” de los últimos años (Janina Boughey, *Administrative Law: The Next Frontier for Comparative Law*, 62 INT’L & COMP. L. Q. 55, 56 [2013]). Unos años después ya no podría hacerlo. Véanse, entre otras muchas publicaciones, las obras colectivas COMPARATIVE ADMINISTRATIVE LAW (Susan Rose-Ackerman *et al.* eds., 2ª ed. 2019) y OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE ADMINISTRATIVE LAW (Peter Cane *et al.* eds., 2020).

³ Véase el seminal trabajo de Benedict Kingsbury, Nico Krisch & Richard Stewart, *The Emergence of Global Administrative Law*, 68 LAW & CONTEMP. PROBS. 15 (2005) y su progenie en, v.g., RESEARCH HANDBOOK ON GLOBAL ADMINISTRATIVE LAW (Sabino Cassese ed., 2016). Para América Latina, véase EL NUEVO DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL EN AMÉRICA LATINA (Benedict Kingsbury *et al.* eds., 2014).

⁴ Mairal, *supra* nota 1, en p. 3.

desde una perspectiva comparada⁵ y la región también contaba con destacados administrativistas que habían incursionado en temáticas comparativas, como José Cretella Júnior, Allan Brewer-Carias, Eduardo Soto Kloss o el propio Mairal.⁶ Sin embargo, hasta hace sólo algunos años, la mayoría de las publicaciones latinoamericanas sobre derecho administrativo que se preciaban de comparativas se limitaban a reflexionar para una audiencia internacional sobre experiencias nacionales⁷ (o, a la inversa, enriquecer el estudio de la práctica nacional a la luz de la experiencia comparada).⁸ Aquellos trabajos propiamente comparativos, que los había, eran realizados mayormente sin conciencia de pertenencia a la disciplina.⁹

Sorprende así como en tan sólo unos cuantos años ha proliferado la publicación de monografías y manuales,¹⁰ la organización de congresos,¹¹ y la creación de instancias centradas en el desarrollo del derecho administrativo latinoamericano desde una perspectiva comparada.¹² En esta línea, han aparecido revistas especializadas para facilitar el desarrollo de la disciplina.¹³ También se ha vuelto más frecuente encontrar trabajos comparativos sobre procedimiento administrativo,¹⁴ responsabilidad patrimonial del Estado,¹⁵ contratación pública¹⁶ o justicia administrativa.¹⁷ Igualmente importante, una nueva generación de administrativistas latinoamericanos han

⁵ JACINT JORDANA & DAVID LEVI-FAUR, ¿HACIA UN ESTADO REGULADOR LATINOAMERICANO? (2004), Jacint Jordana & David Levi-Faur, *Toward a Latin American Regulatory State? The Diffusion of Autonomous Regulatory Agencies Across Countries and Sectors*, 29 INT'L J. PUB. ADMIN. 335 (2006); THE RISE OF THE REGULATORY STATE OF THE SOUTH: INFRASTRUCTURE AND DEVELOPMENT IN EMERGING ECONOMIES (Navroz Dubash & Bronwen Morgan eds., 2013). También destacan iniciativas como la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación.

⁶ HÉCTOR MAIRAL, CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (1984), JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, DIREITO ADMINISTRATIVO COMPARADO (1992); Eduardo Soto Kloss, *¿Existe un derecho administrativo inglés?* 70 REV. ADMIN. PÚB. 113 (1973).

⁷ EL DERECHO ADMINISTRATIVO EN AMÉRICA LATINA: HOMENAJE AL PROFESOR DR. ROLANDO PANTOJA BAUZÁ (Gladys Camacho Cépeda ed., 2016); JOSÉ LUIS BENAVIDES & PABLO MORENO, LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN AMÉRICA LATINA (2016), DERECHO ADMINISTRATIVO EN IBEROAMÉRICA (Santiago González-Varas Ibáñez ed., 2012).

⁸ Así, por citar dos ejemplos antiguos, RAFAEL BIELSA, DERECHO ADMINISTRATIVO (Vol. 1, 1956) y ENRIQUE SILVA CIMMA, DERECHO ADMINISTRATIVO CHILENO Y COMPARADO (Vol. 1, 1961; Vol. 2, 1962).

⁹ Por ejemplo, Carlos Delpiazzi, *Contratación Pública Electrónica en Europa y América Latina*, 66 REV. DER. PUCP 147 (2011); TENDENCIAS ACTUALES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN LATINOAMÉRICA Y EUROPA (Pedro Aberastury & Hermann-Josef Blanke eds., 2011).

¹⁰ Por ejemplo, EMERSON A. DA COSTA MOURA ET AL., ESTUDOS DE DIREITO ADMINISTRATIVO COMPARADO (2020).

¹¹ Por ejemplo, los congresos o conferencias organizadas por las instancias descritas *infra* nota 12.

¹² Entre otros, el Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, la Red Iberoamericana de Contratación Pública, Asociación de Derecho Público del Mercosur, la Red Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo, el Instituto Internacional de Derecho Administrativo y el Seminario Internacional sobre los Retos de la Contratación Administrativa en Iberoamérica organizado en la Universidad de Columbia en marzo de 2017.

¹³ Por ejemplo, la Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo.

¹⁴ ALLAN BREWER-CARIAS, PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN AMÉRICA LATINA (2020).

¹⁵ Marcela Cifuentes, *La responsabilidad del Estado por el hecho de las leyes inconstitucionales: estudio comparado entre Colombia y Francia*, 23 REV. DIG. DER. ADMIN. 329 (2020).

¹⁶ ENRIQUE DÍAZ & JOSÉ ANTONIO MORENO, CONTRATACIÓN PÚBLICA GLOBAL: VISIONES COMPARADAS (2020); Javier Robalino, *Las asociaciones público-privadas (APP): una opción para contratación administrativa en Latinoamérica*, 13 REV. DER. 97 (2010).

¹⁷ Ricardo Perlingeiro, *Contemporary Challenges in Latin American Administrative Justice*, 3 BRICS L.J. 21 (2017).

publicado monografías en destacados foros académicos,¹⁸ son invitados a contribuir en las principales obras colectivas y manuales sobre derecho administrativo comparado,¹⁹ reciben invitaciones a dictar clases en prestigiosas universidades extranjeras,²⁰ e incluso escriben en coautoría con los principales referentes de la disciplina a nivel mundial.²¹ En paralelo, administrativistas europeos y norteamericanos han comenzado a intervenir en discusiones latinoamericanas sobre derecho comparado, entregando recomendaciones o sugerencias para su desarrollo.²²

Agotado el júbilo inicial causado por el explosivo interés que ha despertado el derecho comparado entre administrativistas latinoamericanos, surge sin embargo una pregunta inevitable: ¿cómo deben aproximarse los cultores de esta disciplina al desarrollo de la actividad comparativa? Esta pregunta ciertamente acecha a la disciplina en general,²³ pero es todavía más apremiante en América Latina. La dispersión y desconexión que existe entre las diversas iniciativas para desarrollar la disciplina, la ausencia de criterios metodológicos y bases teóricas que todavía exhiben la mayoría de las publicaciones, y la recurrente utilización de doctrinas foráneas en forma irreflexiva por muchos entusiastas de la disciplina hace tal inquietud todavía más urgente.²⁴

Este ensayo busca contribuir a esta discusión al analizar críticamente una aproximación creciente a la cuestión, que propugna la existencia de un derecho administrativo común en la región construido a partir del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y que recurre a una metodología comparativa que llamaremos ‘vertical’. Este proyecto encuentra su inspiración en el desarrollo del *ius constitutionale commune* en América Latina (ICCAL). Así, análogamente a lo que ocurre en éste último, los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) cumplirían

¹⁸ EDUARDO JORDÃO, *LE JUGE ET L'ADMINISTRATION: ENTRE LE CONTRÔLE ET LA DÉFÉRENCE* (2016), GABRIEL BOCKSANG, *L'INEXISTENCE JURIDIQUE DES ACTES ADMINISTRATIFS. ESSAI DE THÉORIE JURIDIQUE COMPARÉE: FRANCE, CHILI, ESPAGNE, ITALIE* (2013). Con unos años de anterioridad, también puede verse publicaciones de administrativistas en áreas aledañas JAIME ARANCIBIA, *JUDICIAL REVIEW OF COMMERCIAL REGULATION* (2011), SANTIAGO MONTT, *STATE LIABILITY IN INVESTMENT TREATY ARBITRATION* (2009).

¹⁹ Véase las contribuciones de Mariana Mota y Gabriel Bocksang en *COMPARATIVE ADMINISTRATIVE LAW* (*supra* nota 2) y en *OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE ADMINISTRATIVE LAW* (*supra* nota 2).

²⁰ Por mencionar sólo algunos ejemplos, Ricardo Perlingeiro ha sido profesor visitante en Birmingham City University, Josefina Cortés en la Universidad de París Panthéon-Assas y de Houston, Gabriel Bocksang en la Universidad de París-Sorbonne. También existen casos como el de Mariana Mota, que actualmente se desempeña como profesora de derecho administrativo en la Universidad de Toronto.

²¹ Susan Rose-Ackerman & Eduardo Jordão, *Judicial Review of Executive Policymaking in Advanced Democracies: Beyond Rights Review*, 66 ADMIN. L. REV. 1 (2014), Michael Asimow et al., *Between the Agency and the Court: Ex Ante Review of Regulations*, 68 AM. J. COMP. LAW. 332 (2020) (uno de cuyos coautores es el chileno Gabriel Bocksang).

²² Por ejemplo, Giacinto della Cananea, *A New Comparative Research on Administrative Laws in Europe: Implications for Latin America* (CoCEAL Working Papers Series No. 6-1, 2019).

²³ Yoav Dotan, *The Common Real-Life Reference Point Methodology—Or: ‘The McDonald’s Index’ for Comparative Administrative Law and Regulation*, en *OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE ADMINISTRATIVE LAW*, *supra* nota 2, en p. 991.

²⁴ Para ejemplos específicos, véase Mairal, *supra* nota 1. En igual sentido, Eduardo Soto, *Responsabilidad del Estado/Administración: las consecuencias perversas de otro “injerto extranjerizante”*, 25 IUS PUBLICUM 95 (2010).

la doble función de homogeneizar ciertos aspectos del derecho administrativo de los países de la región y permitir su comparación.

Nos proponemos mostrar cómo esta aproximación al derecho administrativo comparado –de inspiración europea– no logra dar cuenta de las peculiaridades regionales de esta disciplina. Para ello, evidenciamos las deficiencias que supone utilizar esta aproximación y luego sugerimos algunos modos de superar sus limitaciones. Con tal fin, el resto de este ensayo exploratorio consta de tres secciones.

En la segunda parte, describimos la propuesta de aproximarse verticalmente al derecho administrativo regional, tomando como criterio de comparación los fallos de la Corte IDH. Mostramos cómo esta agenda ha sido influida por una aproximación metodológica de derecho constitucional comparado, al que algunos administrativistas acuden en busca de inspiración al momento de emprender el estudio comparativo del derecho administrativo latinoamericano.

En la tercera parte tomamos el que consideramos el fallo emblemático de la Corte IDH en materia de derecho administrativo (*Baena*, sobre la estabilidad y régimen sancionatorio de los empleados públicos)²⁵ y repasamos la situación del empleo público en Argentina, Chile y México para mostrar cómo, tras veinte años, esta decisión no ha producido los efectos homogeneizantes que quienes propugnan un derecho administrativo común esperarían. Este análisis evidencia cómo esta aproximación vertical puede producir un espejismo, que privilegiará similitudes superficiales al costo de perderse diferencias profundas.

Finalmente, en la cuarta parte aventuramos dos explicaciones para el fracaso de *Baena* como parámetro de un derecho administrativo común: por una parte, la separación entre las comunidades epistémicas dedicadas al derecho constitucional y al derecho administrativo; por otra, la gran dependencia del derecho administrativo de las prácticas concretas que lo constituyen. A partir de ello, concluimos sugiriendo algunas notas metodológicas que permitan a los futuros proyectos de derecho administrativo comparado superar las limitaciones que pueden suponer las aproximaciones verticales como la propuesta por el proyecto interamericanizador.

2. La aproximación vertical al derecho administrativo comparado: ¿Del ICCAL al ICAAL?

El proyecto de un derecho administrativo latinoamericano a partir de los precedentes interamericanos tiene una doble inspiración. Por una parte, el derecho administrativo europeo provee un ejemplo exitoso de modelo comparativo que toma como punto de inicio un proceso de integración regional. Por otra parte, el ICCAL ha presentado un modelo de derecho constitucional comparado que toma como centro la jurisprudencia de la Corte IDH. Con estos antecedentes, no es sorprendente que el proyecto de un

²⁵ *Baena Ricardo y otros v. Panamá, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia, Corte IDH (ser. C) N° 72 (2 de febrero de 2001).

derecho administrativo común latinoamericano se ofrezca como candidato a ocupar el espacio vacante por la falta de un estudio comparativo sistemático a nivel regional.

2.1. La aproximación vertical al derecho administrativo comparado

Si bien existen venerables antecedentes decimonónicos, el desarrollo contemporáneo del derecho administrativo comparado ha estado profundamente ligado a procesos de integración regional y de armonización normativa global. Tal vez como consecuencia, buena parte de los estudios de derecho administrativo comparado procede a través de una metodología que podríamos llamar vertical.²⁶ Así, estos estudios proceden a través de la comparación del modo en el que distintas jurisdicciones asimilan una misma norma aplicable a todas ellas. Este tipo de metodología, de hecho, es común en estudios de derecho internacional comparado²⁷ o sobre la internalización de normas internacionales.²⁸

El ejemplo más claro de esta tendencia es el derecho administrativo comparado europeo.²⁹ En Europa, ha sido precisamente la creación y desarrollo del derecho comunitario el que ha impulsado el estudio del derecho administrativo comparado.³⁰ En efecto, la existencia de marcos regulatorios cada vez más densos y de cada vez más alcance en el ámbito de las instituciones de la Unión Europea ha creado la necesidad práctica de desarrollar conocimientos que permitan entender el funcionamiento administrativo de los distintos países de la Unión y su relación con la normativa comunitaria. Este desarrollo comenzó en la década de 1980 y no se ha detenido.³¹

²⁶ Las categorías de verticalidad y horizontalidad son frecuentemente utilizadas en derecho internacional comparado. Por ejemplo, Mathias Siems, *New Directions in Comparative Law* en OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE LAW 868 (Mathias Reimann & Reinhard Zimmermann eds., 2006). Para su aplicación en derecho administrativo comparado, véase Roberto Scarciglia, *Reconsidering Methodology in Administrative Law*, 10 BEIJING L. REV. 1051, 1057–1059 (2019). En nuestra utilización, extendemos el uso del término comparación ‘vertical’ para referirnos a comparaciones entre países que toman a una norma superior (en este caso, los fallos de la Corte IDH) como *tertium comparationis*.

²⁷ Véanse discusiones en Aleksandar Momirov y Andria Naudé Fourie, *Vertical Comparative Law Methods: Tools for Conceptualising the International Rule of Law*, 2 ERASMUS LAW REV. 291, 295 (2009) y Anthea Roberts *et al.*, *Conceptualizing Comparative International Law* en COMPARATIVE INTERNATIONAL LAW 14 (Anthea Roberts *et al.* eds., 2018) (“En derecho internacional comparado, el punto de referencia para la comparación puede ser la propia norma internacional, ya que es común a los sistemas jurídicos estudiados”). (Traducción de los autores).

²⁸ La “internalización” de normas internacionales refiere al proceso a través del cual los estados sancionan normas en sus propios sistemas internos en consonancia con normas internacionales que los obligan, de modo que derecho internacional y derecho doméstico se confunden. Sobre este concepto en general, véase Harold Hongju Koh, *Why Do Nations Obey International Law?*, 106 YALE L. J. 2599 (1997). Para un ejemplo ilustrativo del método comparado utilizando la internalización de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, véase Darren Rosenblum, *Internalizing Gender: Why International Law Theory Should Adopt Comparative Method*, 45 COLUM. J. TRANSNAT’L L. 759 (2007).

²⁹ John S. Bell, *Comparative Administrative Law*, en OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE LAW 1261 (Mathias Reimann & Reinhard Zimmermann eds., 2006) (observando que los “intentos exitosos” de derecho administrativo comparado en Europa “descansan en la base de estándares comunes entre las jurisdicciones estudiadas a través de la Convención Europea y del derecho de la Unión Europea”). (Traducción de los autores).

³⁰ JÜRGEN SCHWARZE, EUROPEAN ADMINISTRATIVE LAW 6 (1992).

³¹ Para una historia del derecho administrativo comparado en relación con las instituciones de la Unión Europea puede consultarse PAUL CRAIG, EU ADMINISTRATIVE LAW (2019).

Como observa Jürgen Schwarze, “la Comunidad Europea, que ya fue descrita por la Corte Europea de Justicia como una comunidad basada en el derecho, podría ser más precisamente denominada una comunidad basada en el derecho administrativo”.³² En efecto, las normas comunitarias han tenido una enorme potencia homogeneizadora en el derecho administrativo de los distintos países de la región.³³ A este régimen de integración se le suma el derecho regional de los derechos humanos que emana de los órganos vinculados a la Convención Europea de Derechos Humanos (más obviamente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero también órganos de corte más político como el Comité de Ministros del Consejo de Europa o la Comisión de Venecia).³⁴

Estos sistemas normativos supranacionales han provisto a académicos y organizaciones internacionales de sendas inspiraciones para trasladar su estudio a Latinoamérica utilizando los cuerpos normativos que en algún sentido les son análogos: el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y los más tímidos procesos de integración regional como el MERCOSUR, el CARICOM o la Comunidad Andina.³⁵ Esta tarea ha sido emprendida en conjunto a un proyecto anterior y más extendido que se propone una tarea análoga para el derecho constitucional, el ICCAL.

2.2. El antecedente latinoamericano: el ICCAL

Para entender por qué algunos estudiosos han propuesto estudiar el derecho administrativo de la región a través del lente de la jurisprudencia interamericana, conviene detenerse en el antecedente más inmediato de esta agenda: el llamado derecho constitucional común latinoamericano o *ius constitutionale commune*. Según el ICCAL, existen dos procesos simultáneos en el derecho constitucional de los países de la región que se refuerzan entre sí. Por una parte, un proceso de apertura de los ordenamientos constitucionales nacionales hacia el derecho internacional en general y a la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) en particular.³⁶ Por otra parte, un proceso de mutación de la Corte IDH de una corte internacional a una suerte de corte constitucional regional, con capacidad para aprovechar esta apertura para modificar desde arriba los ordenamientos jurídicos de la región.³⁷ Estos procesos

³² SCHWARZE, *supra* nota 30, en p. 4. (Traducción de los autores).

³³ José Antonio Moreno Molina, *La administración pública comunitaria y el proceso hacia la formación de un derecho administrativo europeo común*, 148 REV. ADMIN. PUB. 341, 355 (1999) (“[E]n la actualidad no cabe ninguna duda de que el Derecho comunitario constituye un formidable vehículo de homogeneización de las diferentes normativas nacionales”).

³⁴ SCHWARZE, *supra* nota 30, en pp. 94–95.

³⁵ Della Cananea, *supra* nota 22, en pp. 14–15.

³⁶ Organización de los Estados Americanos, Convención Americana de Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969, Serie de Tratados de la Organización de los Estados Americanos N° 36, Registro de la ONU, 27 de agosto de 1979, N° 17955. Para una mirada de este fenómeno desde una perspectiva cercana al ICCAL, véase Héctor Fix-Zamudio, *La creciente internacionalización de las constituciones iberoamericanas, especialmente en la regulación y protección de los derechos humanos*, en CÁTEDRA NACIONAL DE DERECHO JORGE CARPIZO. REFLEXIONES CONSTITUCIONALES (Homero Vázquez Ramos coord., 2014).

³⁷ Concebir a la Corte IDH como una corte constitucional en la cúspide de un sistema constitucional regional integrado es el *ello* del ICCAL. Véanse los trabajos citados por Alejandro Rodiles, *The Great Promise of Comparative Public Law for Latin America: Toward Ius Commune Americanum?* en COMPARATIVE INTERNATIONAL

conjuntamente llevan a una suerte de convergencia en el derecho constitucional de los países de la región.³⁸

Para entender el ICCAL conviene tener presente dos aspectos fundamentales sobre su origen. Por un lado, se inspira en desarrollos del constitucionalismo europeo, principalmente alemán.³⁹ Esta influencia europea no se advierte únicamente en la localización geográfica de los centros de estudio que han dado impulso al ICCAL,⁴⁰ sino también en la influencia de la escuela llamada neoconstitucionalista en el desarrollo del ICCAL.⁴¹ El neoconstitucionalismo (rústicamente definido como la escuela de pensamiento constitucional que predica la irradiación de los valores constitucionales a lo largo de todo el ordenamiento jurídico) se ha difundido en Latinoamérica principalmente bajo la égida de teóricos alemanes, españoles e italianos.⁴²

Por otro lado, el ICCAL se ha difundido por la interacción entre las élites académicas y judiciales, que muchas veces comparten sus miembros. Así, jueces de las cortes supremas y constitucionales latinoamericanas se han reconocido como adherentes del neoconstitucionalismo o del ICCAL.⁴³ El ejemplo tal vez más notorio es el del

LAW, *supra* nota 27, en p. 510 y nota 42 que realizan tal caracterización. Von Bogdandy ha reconocido que utiliza el concepto de “constitucionalismo” para referirse al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en parte, porque la Corte IDH “actúa en gran medida como una corte constitucional” (Armin von Bogdandy & René Urueña, *International Transformative Constitutionalism in Latin America*, 114 AM. J. INT’L L. 403, 408 [2020]).

³⁸ Véase por todos Cabrera García y Montiel Flores v. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Corte IDH (ser. C) n° 220, 26 de noviembre de 2010, voto razonado del Juez *ad-hoc* Ferrer McGregor, §88 (augurando que el control de convencionalidad difuso llevará a “un punto de convergencia en materia de derechos humanos para establecer un auténtico *ius constitutionale commune* en las Américas.”). Para una crítica a esta tesis de la convergencia, véase David Landau, *Judicial Role and the Limits of Constitutional Convergence in Latin America* en *COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW IN LATIN AMERICA* (Rosalind Dixon & Tom Ginsburg eds., 2017).

³⁹ Rodiles, *supra* nota 37, en p. 509 (“[E]l [ICCAL] está todavía predominantemente informado por un ideal alemán de constitucionalismo europeo”). Para una defensa de esta tendencia desde el ICCAL, Juan C. Herrera, *La idea de un derecho común en América Latina a la luz de sus críticas teóricas* 30 (MPIL Research Papers Series No. 25, 2020).

⁴⁰ Buena parte de los estudios del ICCAL se basan en el Instituto Max-Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público (MPIL), y, en menor medida, en el Programa Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer (KAS).

⁴¹ Sobre la influencia del neoconstitucionalismo en el ICCAL, véase la introducción de los editores a *TRANSFORMATIVE CONSTITUTIONALISM IN LATIN AMERICA. THE EMERGENCE OF A NEW IUS COMMUNE* 15–18 (Armin von Bogdandy *et al.* eds., 2017).

⁴² Sobre el neoconstitucionalismo y sus inspiradores europeos, véase v.g. Eduardo Aldunate, *Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo*, 23 REV. DERECHO 79, 85 (2010).

⁴³ El caso más prominente lo da México, cuya escuela neoconstitucionalista ha provisto de jueces tanto a su propia Corte Suprema como a la Corte IDH. Algo similar ocurre en Colombia, cuya Corte Constitucional ha sido poderosamente influida por esta escuela de pensamiento (véase Alexandra Huneeus, *Constitutional Lawyers and the Inter-American Court’s Varied Authority*, 79 LAW & CONTEMP. PROBS. 179 (2016). En Brasil, un ejemplo de ello es el juez supremo Luís Roberto Barroso (Luís Roberto Barroso, *El Neoconstitucionalismo y la Constitucionalización del derecho en Brasil (El triunfo tardío del derecho constitucional en Brasil)* 12 REV. DER. UNIV. MONTEV. 26 (2012)). Para el caso de Argentina, véase ALFONSO SANTIAGO, *EN LAS FRONTERAS ENTRE EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y LA FILOSOFÍA DEL DERECHO* 183 (2010). Véanse *infra* también los casos de César Landa (nota 56) y Ernesto Jিনesta (nota 58).

ex-presidente de la Corte IDH, Eduardo Ferrer Mac-Gregor. Como investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM,⁴⁴ Ferrer Mac-Gregor había fomentado “conducir a un anhelado *ius constitutionale commune* en América Latina”.⁴⁵ Al llegar a su cargo en la Corte IDH, dio un renovado impulso a la doctrina del control de convencionalidad, según la cual “los jueces no son simples aplicadores de la ley nacional, sino que tienen, además, una obligación de realizar una ‘interpretación convencional’, verificando si dichas leyes que aplicarán a un caso particular resultan ‘compatibles’ con la CADH”⁴⁶. Según Ferrer Mac-Gregor, ya como juez, el control de convencionalidad no sólo debe ser ejercido por todos los órganos del estado, sino también en casos en los que el país no fue parte.⁴⁷

Estos dos aspectos del origen del ICCAL son los que tal vez explican que éste se haya transformado en una teoría que pretende tanto describir el estado actual de las prácticas constitucionales latinoamericanas, como en una doctrina normativa que impulsa la armonización constitucional regional alrededor de los fallos de la Corte IDH como una agenda transformadora.⁴⁸ Esta doble misión, veremos más adelante, tiene un costo: en tanto las élites constitucionales compartan la cosmovisión del ICCAL, su carácter normativo tendrá el aura de una profecía autocumplida. Sin embargo, si los operadores jurídicos no comparten esta visión (o, simplemente no la conocen), será difícil que adecuen su comportamiento a ella. El ICCAL, así, podrá seguir siendo normativo sólo a costa de dejar de describir la realidad. Esta crítica ya ha sido realizada con referencia a jueces inferiores que no pertenecen a las élites transnacionales que definen el ICCAL.⁴⁹ Veremos que esta crítica puede extenderse ciertamente al ámbito de los operadores del derecho administrativo.

⁴⁴ Este instituto es el epicentro del ICCAL en territorio latinoamericano. Véase Huneeus, *supra* nota 43, en p. 202.

⁴⁵ *Prólogo* de los editores en LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y SU INTERNACIONALIZACIÓN. ¿HACIA UN IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA? XXI (Armin von Bogdandy *et al.* eds., 2010). Véase también su voto en Cabrera García, §88.

⁴⁶ Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional*, en FORMACIÓN Y PERSPECTIVAS DEL ESTADO EN MÉXICO (Héctor Fix Zamudio & Diego Valadés coords., 2010).

⁴⁷ Gelman v. Uruguay, Supervisión de cumplimiento de sentencia, Corte IDH, 20 de marzo de 2013, voto razonado del Juez Ferrer Mac-Gregor.

⁴⁸ Es interesante notar que para los proponentes del ICCAL las funciones descriptivas y normativas de la disciplina no parecen estar delimitadas. La doble función del ICCAL es explícita desde los orígenes del movimiento: “[El ICCAL] [t]iene (...) tanto aspiraciones descriptivas y prescriptivas”, Leonardo García Jaramillo, *Desafíos de la interamericanización del derecho: la contribución del Ius Constitutionale Commune*, en IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE EN AMÉRICA LATINA. TEXTOS BÁSICOS PARA SU COMPRENSIÓN 580 (Armin von Bogdandy *et al.* eds., 2017). En igual sentido, véase la introducción de los editores a TRANSFORMATIVE CONSTITUTIONALISM, *supra* nota 41, en p. 4.

En otras ocasiones, ICCAL es presentado como un proyecto explícitamente político: según von Bogdandy, Latinoamérica es un vívido ejemplo de cómo “la academia comparativa promueve el constitucionalismo democrático e instituciones dignas de confianza” (Armin von Bogdandy, *The Idea of European Public Law Today*, en MAX PLANCK HANDBOOKS IN EUROPEAN PUBLIC LAW. THE ADMINISTRATIVE STATE 11 (Armin von Bogdandy *et al.* eds., [Vol. 1, 2017]).

⁴⁹ Rodiles *supra* nota 37, en pp. 519–520.

2.3. ¿Del ICCAL al ICAAL?

¿Puede el derecho administrativo comparado replicar la agenda del ICCAL, en lo que constituiría un derecho administrativo común latinoamericano? Por una parte, descriptivamente, los estudiosos del ICCAL consideran al derecho administrativo como incluido en sus áreas de incumbencia, no obstante haya pocos estudios consagrados expresamente a él.⁵⁰ El Instituto de Derecho Público del Instituto Max Planck, de hecho, ha realizado recientemente algunas conferencias exploratorias de una posible expansión de las estructuras propias del ICCAL al derecho administrativo.⁵¹

Por otro lado, normativamente, tanto los académicos del ICCAL como los promotores del control de convencionalidad insisten en que no solo los jueces sino todas las autoridades del estado, incluyendo las administrativas, deben ejercer el control de convencionalidad de su accionar.⁵² El control de convencionalidad se vuelve así una herramienta central en la construcción del ICCAL.⁵³ Llevado al extremo, así como los jueces de los estados miembros se han vuelto ‘jueces interamericanos’,⁵⁴ sus poderes ejecutivos se han vuelto algo así como ‘ejecutivos interamericanos’⁵⁵.

Algunos de los administrativistas más destacados de la región han enfatizado y elogiado este proceso de difuminación de las fronteras entre derecho constitucional

⁵⁰ Véase Edgar Corzo Sosa, *Derecho Común y espacio común latinoamericanos* 7–8 (Edgar Corzo, 2014), <http://www.edgarcorzo.com/wp-content/uploads/2014/03/DerechoComun.pdf> (último acceso: 19 de septiembre de 2021) (“[L]a expresión [derecho público común latinoamericano] rebasa con mucho el ámbito de los derechos humanos, ya que con ella también caben las Constituciones, el derecho administrativo y otros derechos más”). El propio von Bogdandy ha considerado que el interés del ICCAL es el derecho público en general, incluyendo el derecho administrativo, véase la introducción de los editores a *TRANSFORMATIVE CONSTITUTIONALISM* *supra* nota 41, en pp. 3–4).

⁵¹ Por ejemplo, el Primer Coloquio ICCAL-Derecho Administrativo, realizado virtualmente el 9 de julio de 2020; el Coloquio Iberoamericano N° 221 Segundo Conversatorio ICCAL-Derecho Administrativo: Sistematización del Impacto del SIDH en la construcción de estándares comunes de derechos humanos en América Latina, realizado virtualmente el 9 de septiembre de 2020; y, el Coloquio Iberoamericano N° 222 Tercer Conversatorio ICCAL-Derecho Administrativo: Los tribunales internacionales como tribunales administrativos, realizada virtualmente el miércoles 30 de septiembre de 2020.

⁵² Esta doctrina se volvió explícita a partir de *Gelman v. Uruguay*, Fondo y Reparaciones, Sentencia, Corte IDH (ser. C), n° 221, §239 (24 de febrero de 2011) (“[E]n las [instancias democráticas] también debe primar un ‘control de convencionalidad’(…) que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial”).

⁵³ Véase Néstor Pedro Sagüés, *El control de convencionalidad como instrumento para la elaboración de un ius commune interamericano*, en *LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y SU INTERNACIONALIZACIÓN*, *supra* nota 45, en p. 451 (“[L]a doctrina del “control de convencionalidad” se presenta como una de las herramientas más prácticas e inmediatas para elaborar un *ius commune* en la región”).

⁵⁴ Voto razonado del juez *ad hoc* Ferrer Mac-Gregor en Cabrera García, §57 (“[L]os jueces nacionales [...] son jueces interamericanos cuando realizan el ‘control difuso de convencionalidad’”).

⁵⁵ Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Control de convencionalidad y buenas prácticas: sobre el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales nacionales*, en *CUMPLIMIENTO E IMPACTO DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA Y EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. TRANSFORMANDO REALIDADES* 614 (Armin von Bogdandy *et al.* eds., 2019) (“el control de convencionalidad fortalece la subsidiariedad [complementariedad] del Sistema Interamericano de Derechos Humanos [SIDH] al transformar a los jueces nacionales —y en general a todas las autoridades de los Estados— en una especie de ‘jueces interamericanos’”). Véase también Néstor Pedro Sagüés, *Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad*, 21 ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO 141 (2015).

y administrativo, por un lado,⁵⁶ y entre derecho nacional e interamericano, por el otro.⁵⁷ Quien ha ido más lejos en esta línea argumental ha sido Ernesto Jinesta, quien ha postulado la inminencia de un ‘derecho administrativo común’ en la región⁵⁸. Según Jinesta:

la armonización del Derecho interno y del interamericano de los Derechos Humanos que se puede lograr mediante los pronunciamientos tanto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los Tribunales Constitucionales nacionales y la jurisdicción ordinaria local, nos permite identificar un *ius commune* administrativo interamericano que habrá de ir siendo perfilado y desarrollado paulatinamente⁵⁹

En la construcción de este derecho administrativo común, continúa Jinesta, el control de convencionalidad es una herramienta clave.⁶⁰ En efecto, no sólo deben realizarlo los magistrados del poder judicial sino también los funcionarios del ejecutivo al realizar funciones cuasi jurisdiccionales y, en general, al emitir normas de carácter general como decretos presidenciales, resoluciones ministeriales o regulaciones provenientes de entes autónomos.⁶¹ Si uno considera seriamente el control de convencionalidad preventivo sobre las normas generales, combinado con que la CADH puede violarse tanto por acción como por omisión⁶² y que es potencialmente aplicable a cualquier política pública,⁶³ el control del derecho interamericano sobre la actividad de la administración es prácticamente ubicuo.

⁵⁶ Sobre este proceso en el derecho europeo, puede consultarse Sabino Cassese, *La costituzionalizzazione del diritto amministrativo*, en SCRITTINI ONORE DI GAETANO SILVESTRI (Antonio Ruggeri ed., 2016). En Latinoamérica, puede consultarse César Landa, *La constitucionalización del derecho administrativo*, 69 THĒMIS-REVISTA DE DERECHO 199 (2016). Landa fue, elocuentemente, presidente del Tribunal Constitucional del Perú, juez *ad hoc* de la Corte IDH y realizó su posdoctorado en el Instituto Max Planck.

⁵⁷ Allan R. Brewer-Carías, *Sobre el control de convencionalidad ejercido por los tribunales nacionales y el derecho administrativo*, en HACIA UN DERECHO ADMINISTRATIVO PARA RETORNAR A LA DEMOCRACIA. LIBER AMICORUM AL PROFESOR JOSÉ ARAUJO JUÁREZ (Víctor Hernández Mendible & José Luis Villegas Moreno eds., 2018) (celebrando la “ruptura del cerco que el derecho constitucional le había tendido al control de convencionalidad, y del cual se ha escapado por fuerza de la vigencia del derecho administrativo”).

⁵⁸ Ernesto Jinesta, *La construcción de un Derecho Administrativo común interamericano: Reformulación de las fuentes del Derecho Administrativo con la constitucionalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 11 REV. IBER. DER. PÚB. & ADMIN. 112 (2011). Además de ser un destacado académico en Derecho administrativo, en la época de esta publicación Jinesta integraba la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

⁵⁹ *Id.*

⁶⁰ *Id.* (“En suma, el control de convencionalidad ejercido por las jurisdicciones constitucional y contencioso-administrativa de todos los países de América y, en último término, por la propia Corte Interamericana permitirá crear un Derecho Administrativo común interamericano, sustentado sobre la plataforma del orden jurídico regional de los Derechos Humanos”).

⁶¹ Sagüés, *supra* nota 55.

⁶² VÍCTOR BAZÁN, CONTROL DE LAS OMISIONES INCONSTITUCIONALES E INCONVENCIONALES. RECORRIDO POR EL DERECHO Y LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANOS Y EUROPEOS 327–340 (2014).

⁶³ Mario Molina Hernández, *Administración pública y control de convencionalidad: problemáticas y desafíos*, 5 REV. EUROLATINOAMERICANA DER. ADMIN. 287, 294 (2018) (“[S]i una autoridad tiene encomendado el diseño de políticas públicas en materia de educación, por ejemplo, dicha autoridad debe tomar en cuenta los contenidos normativos y jurisprudenciales interamericanos con la finalidad de cumplir con los diversos estándares internacionales”).

Otros autores destacados de la región han señalado el potencial transformador de la jurisprudencia de la Corte IDH en la administración a través del control de convencionalidad, aunque sin llegar a postular la existencia de un derecho administrativo común. Brewer Carías, por ejemplo, ha observado que la jurisprudencia de la Corte IDH ha logrado ‘romper el cerco’ del derecho constitucional y penetrar directamente en el derecho administrativo de la región, a través del control de convencionalidad que debe realizar el poder ejecutivo.⁶⁴ Juan Carlos Covilla ha observado que, a pesar de que “[l]as decisiones de la Corte IDH pueden tener un impacto considerable en la administración pública”⁶⁵ (al punto que los ‘principios y derechos’ del ordenamiento jurídico interamericano puedan “indicar la forma exacta como debe actuar la administración pública”),⁶⁶ este proceso no ha sido estudiado suficientemente por el derecho administrativo de la región. Así, Covilla llama a una “expansión de las barreras del Derecho administrativo nacional” hacia el derecho regional de los derechos humanos.⁶⁷

3. *Baena* y los límites de la verticalidad en derecho administrativo comparado latinoamericano

3.1. Por qué *Baena*

Corroborar la convergencia del derecho administrativo latinoamericano hacia los estándares que emanan de la Corte IDH no es sencillo. Si bien esta Corte rara vez aborda explícitamente asuntos de derecho administrativo, al mismo tiempo casi todos sus fallos lo implican de algún modo: frecuentemente los remedios ordenados por la Corte IDH están en cabeza de los poderes ejecutivos nacionales y su implementación requiere del socorro de entidades administrativas.⁶⁸ Sin embargo, en su mayoría estos fallos están fuera del área de influencia del Derecho administrativo. El fallo *Olmedo Bustos*,⁶⁹ al ordenar la clausura de la agencia chilena encargada de la precalificación de las películas, sin duda estaba dando una orden a ser ejecutada mediante instrumentos de derecho administrativo, pero el área de la libertad de expresión es un terreno más natural para constitucionalistas que para administrativistas.⁷⁰ Algo similar ocurre

⁶⁴ Brewer-Carías, *supra* nota 57.

⁶⁵ Juan Carlos Covilla, *El impacto de la jurisprudencia interamericana sobre las decisiones de la Administración Pública*, 78 REV. DIR. ADMIN. E CONST. 13, 16 (2019) (sin embargo, también observa que “desde la perspectiva del derecho administrativo su análisis no ha sido abordado con suficiencia”, p. 14, y que por lo tanto “al interior del Derecho administrativo debe realizarse un análisis profundo en el que se compare el control judicial [doméstico] de la administración pública [...] y las decisiones del juez interamericano”, *id.*, p. 23).

⁶⁶ *Id.*, p. 24.

⁶⁷ *Id.*

⁶⁸ *Id.*

⁶⁹ “La Última Tentación de Cristo” (*Olmedo Bustos y otros*) v. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Corte IDH (ser. C), n° 73, (5 de febrero de 2001).

⁷⁰ La libertad de expresión es percibida como una “libertad preferida” por los constitucionalistas, que enfatizan su protección como instrumento de la democracia, pero no así por especialistas en otras

con las reformas a instituciones de salud mental⁷¹ o instituciones carcelarias,⁷² que también involucran lateralmente al derecho administrativo, pero constituyen áreas de incumbencia primaria de especialistas en salud pública o seguridad.

Existe sin embargo un fallo de la Corte IDH que trata casi exclusivamente de derecho administrativo: *Baena*. En *Baena* se analizan despidos a trabajadores de la administración pública panameña, realizados por su presunta participación en actos de desestabilización política. *Baena* influye así en dos áreas clave del derecho administrativo: las sanciones administrativas y el empleo público. En este trabajo nos dedicaremos exclusivamente a este segundo aspecto. Si bien *Baena* ha tenido influencia en las normas y jurisprudencia vinculadas a sanciones administrativas, ésta es un área de estudio en que confluyen varias disciplinas jurídicas, como el derecho constitucional y el derecho penal.⁷³ Por el contrario, el empleo público es un área esencialmente administrativista. *Baena* nos provee entonces el caso de estudio más controlado de las relaciones entre jurisprudencia interamericana y Derecho administrativo.

3.2. El mandato de Baena

Los hechos de *Baena* son relativamente sencillos. En 1990, un grupo de trabajadores de distintas instituciones públicas panameñas fueron despedidos de sus empleos por haber participado en movilizaciones contra el gobierno que, además, fueron sospechadas de ser realizadas en connivencia con un intento fallido de golpe. La Asamblea Legislativa sancionó inmediatamente una ley que disponía la expulsión de los servidores públicos “que participaron y que participen en la organización, llamado o ejecución de acciones que atenten contra la Democracia y el Orden Constitucional.”⁷⁴ El propio órgano ejecutivo era el encargado de determinar si una acción atentaba contra la democracia y el orden constitucional.⁷⁵

En lo que aquí nos interesa, *Baena* establece que los despidos del empleo público pueden ser considerados sanciones a los efectos de la aplicación de los arts. 8 (garantías procesales) y 9 (legalidad) de la CADH.

En cuanto al principio de legalidad, la Corte IDH consideró que el art. 9 es aplicable tanto a las sanciones administrativas como a las penales.⁷⁶ En el caso concreto, observó que la Ley 25 “contenía un concepto muy amplio e impreciso sobre posibles conductas

áreas del derecho (véase NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS, CENSURA JUDICIAL Y DERECHO DE RÉPLICA 82–84 [2008], para el contraste entre el tratamiento dado a la libertad de expresión por parte de constitucionalistas y civilistas).

⁷¹ Ximenes Lopes v. Brasil, Sentencia, Corte IDH (ser. C), n° 149, (4 de julio de 2006).

⁷² Instituto de Reeducación del Menor v. Paraguay, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia (ser. C) n° 112, (2 de septiembre de 2004).

⁷³ Como sostiene Luciano Parejo, el derecho sancionatorio tendría un carácter mestizo que surge del cruce entre derecho penal y administrativo, véase *Prólogo* en EDUARDO CORDERO, DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR 1 (2014).

⁷⁴ Ley 25 de 14 de diciembre de 1990, publicada en la Gaceta Oficial de Panamá N° 21.687 de 17 de diciembre de 1990, Artículo 1, citado en *Baena*, §104.

⁷⁵ *Id.*, Artículo 2, citado en *Baena*, §104.

⁷⁶ *Baena*, §106.

ilícitas, cuyas características específicas no se establecían puntualmente, y que sólo se caracterizaban bajo el concepto de participación en actos contrarios a la democracia y el orden constitucional”.⁷⁷ Esta vaguedad impedía a las personas afectadas “orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto”.⁷⁸

Un camino similar siguió respecto al art. 8. Primero, consideró que “cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal”.⁷⁹ Permitirle al estado sustraerse de los requisitos del debido proceso simplemente calificando a ciertas sanciones como administrativas en lugar de penales, dejaría a su arbitrio la elección de si aplicar garantías procesales o no hacerlo.⁸⁰ En el caso concreto, los empleados habían sido sancionados con la expulsión sin procedimiento alguno ni revisión judicial suficiente,⁸¹ por lo que el art. 8 se había violado.

Si bien *Baena* está estrechamente vinculado a los hechos que le dieron origen, podemos extraer de él un mandato general. Los estados latinoamericanos conservan, en general, la libertad para organizar sus regímenes de empleo público del modo que lo consideren conveniente. Esta discrecionalidad incluye la posibilidad de establecer regímenes que no prevean la estabilidad en el empleo, lo que permitiría despedir empleados por razones de administración como reestructuración de servicios públicos o escasez de recursos.⁸² Sin embargo, si el despido se produce como consecuencia de una conducta reprochable —es decir, si actúa como una sanción— debe estar rodeado de las garantías del debido proceso y de legalidad sustantiva.

En materia de empleo público, este mandato puede ser violado (y, como veremos más adelante, efectivamente lo es) de modos distintos según el régimen legal de cada país. Un modo obvio de violarlo es sancionando empleados por fuera de los regímenes legales aplicables o sin debido proceso alguno, como en los hechos que dieron lugar a *Baena*.

Sin embargo, en regímenes de empleo público heterodoxo como los que son frecuentes en la región (empleados a contratos temporarios, o con contratos de derecho privado) existen modos también heterodoxos de violar *Baena*. Piénsese en un trabajador público cuyo contrato (precario) prevé que puede ser despedido (o, más frecuentemente, ‘no renovado’) por razones de discrecionalidad administrativa. En este caso, *Baena* no sería violado por sí mismo si el trabajador es despedido, por ejemplo, por reestructuración del servicio público en el que se desempeña o por escasez de recursos. Sin embargo, sí lo sería si es despedido utilizando la discrecionalidad como excusa para encubrir un despido motivado por una conducta del trabajador. En este caso, el propio despido sería una violación de *Baena* (al no haber sido precedido por proceso alguno). Pero además, la propia inexistencia de un régimen de rango legal que permita a los

⁷⁷ *Id.*, §108.

⁷⁸ *Id.*, §106.

⁷⁹ *Id.*, §124.

⁸⁰ *Id.*, §129.

⁸¹ *Id.*, §§133 y 141.

⁸² *Id.*, §131.

trabajadores saber qué conductas pueden realizar sin arriesgar sus empleos es, en sí misma, violatoria del mandato *Baena*.

Una consecuencia de nuestra lectura de *Baena* es que el estado puede despedir a estos trabajadores en ejercicio de discrecionalidad administrativa pero no en respuesta a una conducta, ya que esto implicaría que el despido es en realidad una sanción.⁸³ A primera vista podría decirse que esto vuelve a *Baena* irrelevante para estos empleados: el estado podría sancionarlos con el sólo artificio de no expresar sus causas. Esto no es así por tres motivos. En primer lugar, este argumento se aplicaría sólo a despidos y no a un rango de sanciones menores que no podrían ser explicadas sólo mediante la discrecionalidad administrativa. En segundo lugar, el despido como sanción posee un elemento de reproche del que el despido inmotivado carece. Por último, la perspectiva de una sanción puede disciplinar el comportamiento de los empleados de un modo opaco y excesivo que el principio de legalidad busca precisamente evitar.

3.3. Baena, país por país

La recepción que ha tenido en materia administrativa el mandato contenido en *Baena* ha sido disímil y, más importante aún, sugiere que cada país se aproxima a esta decisión en forma diferente y le asigna un valor distinto. Esto es particularmente interesante porque, a diferencia de lo que ocurre en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos siempre han negado que los estados miembros gocen de un margen de apreciación para la aplicación de la CADH.⁸⁴ Para ejemplificar lo anterior, se ofrece a continuación una breve reseña de cómo Argentina, Chile y México han abordado el mandato contenido en *Baena*.

Estas reseñas conllevan una sencilla pero importante implicancia: el mandato de *Baena* no sólo fracasó, sino que lo hizo en forma distinta en cada país. De esto se sigue una consecuencia doble. Por una parte, desde lo normativo, sugiere moderar el entusiasmo por la fuerza transformadora de los fallos de la Corte IDH, al menos en cuestiones vinculadas al derecho administrativo dada la escasa influencia de aquélla en éste. Por otra parte, y de modo más ilustrativo para este trabajo, muestra las limitaciones de un proyecto como el ICAAL: producto del escaso impacto de la jurisprudencia interamericana en las instituciones administrativas, la elección de estos fallos como unidades de comparación en un proyecto comparativo tiene escasa utilidad académica.

⁸³ Los empleados públicos de la región suelen gozar de derecho a la estabilidad con fuente en sus ordenamientos constitucionales (véase Nora Patricia Vignolo, *El servicio civil en las constituciones latinoamericanas*, 9 COLECCIÓN 27 [2000]). Sin embargo, este derecho no es exigido por el Sistema Interamericano (o, al menos, no lo era hasta 2017, cuando la Corte lee en *Baena* un “derecho a la estabilidad laboral” [véase Lagos del Campo v. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Corte IDH (ser. C) n° 340, ¶ 146 (31 de agosto de 2017), citando *Baena*, §134]).

⁸⁴ Véase v.g. la posición del ex juez de la Corte IDH Cançado Trindade, que sostiene que es imposible aplicar la doctrina del margen de apreciación en una región con la fragilidad institucional de Latinoamérica (ANTONIO CANÇADO TRINDADE, *EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL SIGLO XXI* 389–390 [2006]).

Para la elección de países a reseñar, se ha privilegiado aquellos que se sitúan en una posición intermedia en cuanto al acatamiento de la autoridad de la Corte IDH. Si bien, por regla general, ningún país latinoamericano puede lucir un cumplimiento ejemplar de los fallos emanados de la Corte IDH,⁸⁵ ello no obsta que el compromiso de cada país con el mandato transformador impulsado por ésta varíe considerablemente.⁸⁶ En un extremo se encuentran países como Colombia o Costa Rica, que suelen ser utilizados como el ejemplo paradigmático de apego a este afán reformador. En estos países, por ejemplo, es cada vez más frecuente que sus tribunales superiores de lo contencioso-administrativo fundamenten sus decisiones en precedentes de la Corte IDH.⁸⁷ Por otro lado, en el extremo opuesto existen países que por distintos motivos permanecen indiferentes al mandato de la Corte IDH, entre los que se encuentran paradigmáticamente República Dominicana y Venezuela.⁸⁸

En este artículo, sin embargo, hemos priorizado tres países importantes de la región que se encuentran en una posición intermedia, esto es, que evidencian un apego al mandato transformador impulsado por la Corte IDH pero no suelen ser estudiados como ejemplos paradigmáticos de dicho compromiso. La razón de esta elección es sencilla: son justamente los países en una situación intermedia como la descrita los que podrían empujar hacia la construcción de un derecho administrativo común en América Latina.

Como anticipamos, cada uno de estos países muestra un modo diferente en que fracasó *Baena*. En Chile, las autoridades permanecen ciegas al mandato de *Baena*, al punto que la Corte Suprema ha desatendido los intentos de tribunales inferiores de resolver controversias de empleo público con arreglo a este fallo. En México, si bien las autoridades ven a *Baena* como una autoridad vinculante y la citan en sus fallos, se han negado a oír el verdadero significado que tendría de ser aplicado a controversias de empleo público. En Argentina, las autoridades ven y oyen el significado de *Baena*, pero se niegan a hablar sus consecuencias. Así, nuestros casos de estudio pueden identificarse con los tres monos sabios de la escultura de Hidari Jingorō: el mono que no ve, el que no oye y el que no habla.

a) Argentina (*Iwazaru, el mono que no habla*)

Argentina fue durante años un ejemplo regional en materia de apertura constitucional al Sistema Interamericano de Derechos Humanos.⁸⁹ La reforma constitucional de

⁸⁵ Véase Alexandra Hunneus, *Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court's Struggle to Enforce Human Rights*, 44 CORNELL INT'L L.J. 493 (2011).

⁸⁶ Hunneus, *supra* nota 43.

⁸⁷ Respecto de Colombia, véase por ejemplo Consejo de Estado [C.E.], Sala Cont. Adm., 29 de enero de 2009, Expediente 30340 (R-20030015801). Respecto de Costa Rica, véase por ejemplo Corte Suprema, Sala Constitucional, 1 de noviembre de 2000, voto 9685-2000.

⁸⁸ Ximena Xoley & Silvia Steininger, *Parting Ways or Lashing Back? Withdrawals, Backlash and the Inter-American Court of Human Rights*, 14 INT'L J. LAW IN CONTEXT 237, 248–252 (2018).

⁸⁹ Así lo fue desde 1994 hasta al menos 2017, con la emisión de la sentencia *Fontvecchia* por parte de la Corte Suprema de Justicia, que opuso cierta resistencia al cumplimiento de sentencias de la Corte IDH cuando implicara la perturbación de sentencias nacionales con autoridad de cosa juzgada. Para una breve reseña de este viraje, véase Jorge Contesse, *Judicial Backlash in Inter-American Human Rights*

1994 dio jerarquía constitucional a la CADH “en las condiciones de su vigencia”,⁹⁰ cláusula que fue rápidamente interpretada por la Corte Suprema en el sentido que se seguiría como interpretación autoritativa la de aquellos órganos encargados de darle cumplimiento a tal convención, esto es, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte IDH.⁹¹ La Corte argentina pronto reconocería que la autoridad de la Corte IDH alcanzaba, incluso, para revertir sus propias sentencias de sobreseimiento con autoridad de cosa juzgada⁹² (aunque este punto sería luego revisado por la propia Corte en una integración posterior).⁹³ De igual forma, también reconoció el carácter obligatorio de las recomendaciones de la CIDH, yendo incluso más allá de las propias pretensiones normativas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.⁹⁴ La retórica relativa a los derechos humanos y su protección internacional no se limita al discurso judicial, sino que los tratados internacionales de derechos humanos son frecuentemente invocados en el Congreso Nacional⁹⁵ y en actos del Poder Ejecutivo.⁹⁶

Como consecuencia de lo anterior, los tribunales de este país han recurrido a *Baena* más frecuentemente que sus pares de otros países latinoamericanos. Por ejemplo, la Cámara Federal en lo Contencioso Administrativo cita el precedente con frecuencia al revisar el procedimiento en sanciones administrativas.⁹⁷ Por su parte, la Corte Suprema de Justicia ha citado *Baena* no sólo en cuestiones vinculadas a garantías en materia de sanciones administrativas⁹⁸ sino también en materia de empleo público.

Law?, INT'L J. CONST. L. BLOG (Mar. 2, 2017), <http://www.iconnectblog.com/2017/03/judicial-backlash-interamerican/> (último acceso: 19 de septiembre de 2021).

⁹⁰ Art. 75.22, CONSTITUCIÓN NACIONAL [CONST. NAC.] (Arg.).

⁹¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN], 7/4/1995, “Girolodi, Horacio David y otros/recurso de casación”, Fallos 318:514.

⁹² Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN], 29/11/2011, “Derecho, René Jesús s/incidente de prescripción de la acción penal”, Fallos 334:1504.

⁹³ Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN], 14/2/2017, “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Fallos 340:47.

⁹⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN], 6/8/2013, “Carranza Latrubesse, Gustavo c. Estado Nacional”, Fallos 336:1024 (voto de los jueces Fayt y Zaffaroni).

⁹⁵ Por tomar un ejemplo, en el reciente debate sobre la legalización del aborto voluntario, ambos lados en el debate invocaron para sí la autoridad de los instrumentos internacionales de derechos humanos. El sector opuesto a la legalización insistía en las reservas realizadas por el Estado Argentino a la Convención de los Derechos del Niño y en la protección de la vida desde la concepción del art. 4° de la CADH. El sector que la promovía les recordaba que dicha protección es sólo “en general” desde la concepción, y traía a colación los múltiples informes de distintos organismos de aplicación de tratados internacionales de derechos humanos que condenaban la política argentina de penalización del autoaborto.

⁹⁶ Por ejemplo, los considerandos del Decreto de necesidad y urgencia N° 70/2017, que modificó de modo restrictivo la generosa ley argentina de migraciones, hacen un esfuerzo por mostrar al Decreto como compatible con la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH. Véase Decreto DNU 70/2017, Poder Ejecutivo Nacional, Boletín Oficial n° 33.555 del 30 de enero de 2017.

⁹⁷ Por ejemplo, Cámara en lo Contencioso-Administrativo Federal, 27/2/2016, “Garriga, Marcelo c/ DGA s/ recurso directo de organismo externo”, Expte. CAF 30794/2016.

⁹⁸ V.g. Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN], 7/7/2015, “Meynet, Álvaro Javier s/queja”, Fallos 338:601, cons. 10.

Así, en *Madorrán*, la Corte invoca *Baena* para justificar que el remedio preferido en estos casos es la restitución del trabajador a su puesto.⁹⁹ En *Ramos*, la Corte cita *Baena* para recordar que la discrecionalidad de la administración en materia laboral está restringida por el respeto a los derechos humanos (entre ellos, la estabilidad en el empleo protegida por la Constitución nacional).¹⁰⁰ En consecuencia, así como los tratados internacionales de derechos humanos y los organismos encargados de su aplicación son frecuentemente citados en las discusiones parlamentarias, existen proyectos de ley que citan a *Baena* en sus fundamentos, sea para modificar regímenes de sanciones administrativas¹⁰¹ o incluso para elevar los estándares de protección del empleo público.¹⁰²

Aun a pesar de lo anterior, puede decirse que *Baena* ha fracasado de algún modo en la Argentina: desde el dictado de este precedente interamericano y no obstante la precariedad del empleo público en el país, no ha existido ningún intento serio de reformar el régimen de empleo público.¹⁰³ En la Argentina coexisten tres regímenes de contratación de personal: el de planta permanente (es decir, empleados con estabilidad que sólo puede ser desvirtuada mediando una sanción grave), de planta transitoria (es decir, sujetos al mismo régimen legal que los primeros, pero sin estabilidad) y contratados.¹⁰⁴ Estos últimos —cuyo número es difícil de determinar, dado que precisamente no integran la nómina formal del estado no obstante estimarse que representan un número significativo—¹⁰⁵ son aquellos que firman un contrato de locación de servicios con alguna repartición pública o, curiosamente, con universidades nacionales que actúan como verdaderos contratistas del estado, en atención a que su autarquía financiera les permite eximirse de ciertas normas de control administrativo.¹⁰⁶ Estos trabajadores no poseen ningún tipo de régimen aplicable, más allá de las normas de derecho privado que regulan su contrato.¹⁰⁷ La Corte

⁹⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN], 3/5/2007, “*Madorrán, Marta Cristina c/ Administración Nacional de Aduanas s/reincorporación*”, Fallos 330:1989, cons. 8.

¹⁰⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN], 6/4/2010, “*Ramos, José Luis c/ Estado Nacional (Min. De Defensa – ARA) s/ indemnización por despido*”, Fallos 333:311, cons. 9. Cabe destacar que ni *Madorrán* ni *Ramos* son fallos sobre una sanción administrativa, sino un despido inmotivado mediante la no renovación de contratos a término sucesivos.

¹⁰¹ Por ejemplo, Proyecto de Ley Expte. 4820-D-2013, del 19/6/2013, presentado por la diputada Marcela Virginia Rodríguez, sobre modificación del régimen de sanciones de la ley 26.396, de Prevención y Sanción de Trastornos Alimentarios.

¹⁰² Proyecto de Ley Expte. 2386-D-2015, del 30/4/2015, presentado por el diputado Víctor de Gennaro y otros, sobre modificación de la ley de Organización de la Justicia Nacional del Trabajo.

¹⁰³ De hecho, la Ley N° 25.164, Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional, 15/9/1999, [LIX-E] A.D.L.A. 5252, Boletín Oficial N° 29.247, 8/10/1999, fue promulgada en 1999, dos años antes que *Baena*.

¹⁰⁴ Ana Laura Fernández & Mariana González, *Empleo público: nivel, evolución y formas de contratación*, 46 REALIDAD ECONÓMICA 33 (2017).

¹⁰⁵ *Id.*, pp. 41–42.

¹⁰⁶ *Id.*

¹⁰⁷ Norberto Zeller & Ana Rivkin, *La burocracia argentina: nuevos procesos de trabajo y flexibilidad en las relaciones laborales*, en ENTRE TECNÓCRATAS GLOBALIZADOS Y POLÍTICOS CLIENTELISTAS. DERROTERO DEL AJUSTE NEOLIBERAL EN EL ESTADO ARGENTINO (Mabel Thwaites Rey & Andrea López eds., 2005).

Suprema ha indicado que la contratación de trabajadores sin régimen de estabilidad deben ser “examinada con criterio restrictivo”.¹⁰⁸ Sin embargo, en contraste con su rol activista en otras áreas,¹⁰⁹ la Corte jamás ha propiciado una reforma general del régimen de empleo público para subsanar esta irregularidad generalizada.¹¹⁰

En Argentina, entonces, un enorme número de empleados públicos cumplen con un horario y tienen una relación de subordinación con sus superiores en el estado, pero sin embargo no poseen régimen legal alguno que les indique las conductas que pueden merecerles una sanción o incluso un despido (los que, cuando se producen, se realizan sin debido proceso). La inexistencia de este régimen, y la falta de algún intento serio por crearlo, son en sí mismos un modo de fracaso de *Baena*. Esta es tal vez la forma más sutil de incumplirlo de las tres reseñadas en este ensayo: acoger judicialmente el mandato contenido en el precedente interamericano pero limitando su impacto únicamente a las controversias que se sometan a resolución judicial.¹¹¹ Esta sutileza no obsta a que igualmente este incumplimiento se traduzca en miles de empleados públicos que continúan careciendo de un régimen laboral que les permita conocer las situaciones en las que pueden ser sancionados o el procedimiento a través del cual podrían llegar a serlo.

b) Chile (*Mizaru, o el mono que no ve*)

Si bien el compromiso chileno con el control de convencionalidad es reciente¹¹² y todavía enfrenta una importante resistencia académica,¹¹³ la Corte Suprema de ese país ha sido cada vez más enfática en cuanto a la adhesión al mandato transformador de la jurisprudencia interamericana. Recientemente, en la sentencia que da cumplimiento al caso *Norín Catrimán*, la Corte ha expresado por primera vez de modo explícito que

¹⁰⁸ *Ramos*, cons. 9.

¹⁰⁹ Véase por ejemplo *POR UNA JUSTICIA DIALÓGICA: EL PODER JUDICIAL COMO PROMOTOR DE LA DELIBERACIÓN DEMOCRÁTICA* (Roberto Gargarella ed., 2014), para una colección de ensayos que analizan algunas de las ocasiones en las que la Corte Suprema promovió reformas estructurales.

¹¹⁰ El mismo día que el citado fallo *Ramos*, la Corte dictó el fallo *Sánchez* negando la aplicación analógica de la ley de contrato de trabajo a un contador de la Auditoría General de la Nación, que había trabajado allí durante ocho años mediante contratos temporales. Véase Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN], 6/4/2010, “*Sánchez*, Carlos Próspero c/Auditoría General de la Nación s/despido”, Fallos 333:335. Para un análisis de estos fallos y sus sucesores, Silvina Capdevila, *La evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de empleo público transitorio, con posterioridad a “Ramos” y “Sánchez”*, 1 REV. DIGITAL ASOC’N ARG. DER. ADMIN. 103 (2016).

¹¹¹ De todos modos, como se desarrolló en el Capítulo 3.2, en tanto no exista una regulación general que determine el régimen sancionatorio de estos empleados públicos, se producirá la violación al principio de legalidad del Art. 9 de la CADH.

¹¹² Miriam Henríquez, *Propuesta inicial sobre derechos constitucionales*, en *PROPUESTAS CONSTITUCIONALES: LA ACADEMIA. Y EL CAMBIO CONSTITUCIONAL EN CHILE 44–45* (Lucas Sierra ed., 2016); Constanza Núñez, *Bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad en Chile: avances jurisprudenciales*, 11 ANUARIO DE DERECHOS HUMANOS 157 (2015). En contra de esta posición, véase HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ, *DERECHOS FUNDAMENTALES, BLOQUE CONSTITUCIONAL DE DERECHOS: DIÁLOGO INTERJURISDICCIONAL Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD* 39 (2014).

¹¹³ Por ejemplo, Ximena Fuentes & Diego Pérez, *El efecto directo del derecho internacional en el derecho chileno*, 25 REV. DER. (COQUIMBO) 119 (2018).

los jueces chilenos, como “parte del Sistema Interamericano”, tienen la obligación de practicar el control de convencionalidad.¹¹⁴

No obstante lo anterior, el mandato de *Baena* fracasó judicial y legislativamente. En materia judicial, el caso chileno es indiciario de dos posibles limitaciones de la aproximación propuesta por el proyecto de derecho administrativo común latinoamericano. La primera y más directa forma en que se incumple el mandato de *Baena* surge de considerar el único caso de que se tiene registro de la aplicación de este fallo en materia sancionatoria de empleo público. En 2015, una corte de apelaciones chilena dictó una decisión en que, para resolver a favor de empleados públicos en un procedimiento sancionatorio, justamente tuvo por fundamento el mandato contenido en *Baena*.¹¹⁵ En ella se justifica la existencia de un debido procedimiento administrativo que, conforme a los precedentes de la Corte IDH, reconociendo un derecho humano básico “a obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, [las que] deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas”.¹¹⁶

Tal decisión fue sin embargo recurrida ante la Corte Suprema. En su decisión, el máximo tribunal no sólo resolvió revocar la decisión del tribunal inferior, sino también ordena “suprim[ir]” todos los razonamientos de la sentencia apelada en que se incluyen menciones a *Baena* y a los restantes pronunciamientos de la Corte IDH que sirven de fundamento para tal decisión.¹¹⁷

La segunda forma en que *Baena* ha fracasado en Chile resulta de la mencionada tendencia regional de realizar contrataciones circunvalando los regímenes tradicionales de empleo público. A través de una serie de arreglos institucionales precarios —y muchas veces en directa contradicción con la legislación vigente—, una parte importante de los empleados públicos chilenos están sujetos a regímenes laborales sumamente precarios, que se asemejan a acuerdos de derecho privado.¹¹⁸ Desde 2010, cuando se produce la primera alternancia política del país en veinte años, esta configuración del empleo público comienza a traducirse en despidos masivos y una serie de abusos ante la llegada de cada nuevo gobierno.¹¹⁹ Como reacción a esta situación, la Corte Suprema y la Contraloría General de la República comienzan a

¹¹⁴ Corte Suprema de Justicia [C.S.J.], 16 mayo 2019, “Norín Catrimán y otros con Fisco de Chile”, Rol de la causa: 1386–2014, sentencia de pleno (Chile). Existen autores que sugieren que ello también ha ocurrido con el Tribunal Constitucional. Humberto Nogueira, *Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile*, 19 ANUARIO DER. CONST. LAT’AM. 511 (2013).

¹¹⁵ Corte de Apelaciones de Temuco [C. Apel.], 20 octubre 2015, “Colegio de Profesores de Pucón con Municipalidad de Pucón”, Rol de la causa: 3.329-2015, protección.

¹¹⁶ *Id.* (cons. 4°).

¹¹⁷ Corte Suprema de Justicia [C.S.J.], 5 enero 2016, “Colegio de Profesores de Pucón con Municipalidad de Pucón”, Rol de la causa: 22.872–2015, protección.

¹¹⁸ Para una síntesis de esta realidad, véase Enrique Rajevic, *La crisis de la regulación del empleo público en Chile: Ideas para un nuevo modelo*, en UN ESTADO PARA LA CIUDADANÍA (Isabel Aninat & Slaven Razmilic eds., 2018).

¹¹⁹ Véase Enrique Rajevic, *El empleo público en crisis: Ideas para salir del marasmo*, 1 REV. CENTRO ESTUD. ADMIN. EST. 9 (2019).

abordar los casos de empleos precarios a partir de las normas sobre procedimiento administrativo y, de esta manera, hace aplicables sus principios generales, sobre todo el principio de motivación. La Corte Suprema comienza a sostener que, cuando la autoridad administrativa adopta medidas respecto de quienes tienen un vínculo precario con ella, lo hace a través de un acto administrativo, razón por lo cual se vuelve imperativo que se “explícite sus motivos o fundamentos (...) como condición mínima de razonabilidad”.¹²⁰ De este modo, se restringe fuertemente la discrecionalidad administrativa de los despidos y renovaciones, al tiempo que se facilita el control judicial de estas decisiones.

Este proceder de la Corte Suprema y la Contraloría General de la República se enmarca dentro de una estrategia más ambiciosa que ambas han desarrollado para limitar la discrecionalidad de la autoridad en materia de empleos públicos precarios.¹²¹ Con este fin, se comienza a restringir la posibilidad de terminar anticipadamente los empleos temporales o precarios¹²² y se permite la aplicación analógica de acciones judiciales¹²³ y reglas indemnizatorias de derecho laboral privado.¹²⁴ Incluso se comienza a resolver algunas peticiones de los empleados en contra del texto expreso de las leyes, permitiendo que los empleos temporales tengan ciertos elementos de permanencia si son renovados en más de una oportunidad¹²⁵ o pasen a ser permanentes si han sido renovados por periodos largos de tiempo.¹²⁶ Sin embargo, lo importante de este proceder judicial es que ante los mismos vacíos normativos que *Baena* busca prevenir, los tribunales superiores chilenos han preferido remedios alternativos a aquellos sugeridos por la Corte IDH.

El panorama legislativo no es mucho más alentador para quien busque sugerir la interamericanización de derecho administrativo chileno. De todas las reformas legales en materia de empleo público promulgadas con posterioridad al caso *Baena*,¹²⁷ sólo

¹²⁰ Corte Suprema de Justicia [C.S.J.], 4 mayo 2017, “Bon Fuenzalida con Municipalidad de Codegua”, Rol de la causa: 97.796–2016, protección.

¹²¹ Luis Eugenio García-Huidobro, *El tango se baila de a dos: empleo público y reformas estructurales*, EL MERCURIO LEGAL (18 mayo 2020, 9:40 AM) <https://www.elmercurio.com/legal/noticias/opinion/2020/05/18/el-tango-se-baila-de-a-dos-empleo-publico-y-reformas-estructurales.aspx> (último acceso: 19 de septiembre de 2021).

¹²² Véase Contraloría General de la República [C.G.R.], 28 noviembre 2016, Oficio N° 85.700, Imparte instrucciones para la aplicación de dictámenes.

¹²³ Corte Suprema de Justicia [C.S.J.], 30 abril 2014, “Bussenius Cornejo con CENABAST”, Rol de la causa: 10.972–2013, unificación.

¹²⁴ Corte Suprema de Justicia [C.S.J.], 1° abril 2015, “Vial Paillán con Municipalidad de Santiago”, Rol de la causa: 11.584–2014, unificación.

¹²⁵ El quiebre en la jurisprudencia administrativa se produce con Contraloría General de la República [C.G.R.], 2 marzo 2018, Dictamen N° 22.766, sobre renovación sucesiva de personal a contrata. La Corte Suprema ha apoyado esta posición reiteradamente. Véase Corte Suprema de Justicia [C.S.J.], 2 noviembre 2016, “Román con Subsecretaría de Salud Pública”, Rol de la causa: 36.491–2015, unificación.

¹²⁶ El cambio jurisprudencial se produce con la sentencia Corte Suprema de Justicia [C.S.J.], 16 abril 2019, “Peñaloza con Subsecretaría de Interior y Seguridad Pública”, Rol de la causa 3.886-2019, protección.

¹²⁷ Siendo las principales la Ley N° 21.050, Otorga reajuste de remuneraciones a los trabajadores del sector público, 7 Diciembre 2017 [D.O.]; Ley N° 20.955, Perfecciona el sistema de alta dirección pública, 20 Octubre 2016 [D.O.]; Ley N° 20.948, Otorga bonificación adicional y otros beneficios para los

en una única oportunidad se menciona este precedente de la Corte IDH. Durante la reciente discusión legislativa que precedió a la dictación de la Ley N° 21.280/2020 (que hace aplicable las acciones judiciales de derecho laboral privado a los empleados públicos), una experta mencionó tangencialmente el caso *Baena* al presentar una ponencia en la Comisión del Trabajo del Senado.¹²⁸ Esto evidencia que *Baena* es relevante desde el punto de vista académico pero no autoritativo en la práctica administrativa o política. De hecho, los parlamentarios nunca volvieron a abordar este tema ni a mencionar el fallo.¹²⁹

Así, el fracaso de *Baena* en Chile es mucho más rotundo que en Argentina: en este caso los tribunales y actores políticos deciden ni siquiera ver el mandato de la decisión de la Corte IDH a pesar de que estaba frente a sus ojos.

c) México (*Kikazaru, o el mono que no oye*)

México también evidencia una importante apertura constitucional hacia la jurisprudencia de la Corte IDH.¹³⁰ La Corte Suprema ha declarado inequívocamente que las decisiones de la Corte IDH tienen carácter de auto-ejecutables y, más importante aún, que todos los jueces mexicanos tienen el deber de realizar un control de convencionalidad a la luz de su jurisprudencia como interpretación autoritativa de la CADH.¹³¹ Este anhelo transformador también es popular entre los integrantes de los influyentes Instituto de Investigaciones Jurídicas y el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, ambas instituciones pertenecientes a la Universidad Nacional Autónoma de México (y que, a la postre, han sido fundamentales en esparcir el ICCAL en la región).¹³² De todos modos, esta apertura ha encontrado sus limitaciones: a partir de la famosa contradicción de tesis 293/2011 se ha sentado el principio de que en caso de conflicto entre la Constitución federal y la CADH, la primera deberá prevalecer por sobre la segunda.¹³³

funcionarios públicos, 3 Septiembre 2016 [D.O.]; Ley N° 20.900, Para el fortalecimiento y transparencia de la democracia, 14 Abril 2016 [D.O.]; Ley N° 20.734, Fija condiciones especiales para la bonificación de retiro voluntario, 3 Marzo 2014 [D.O.]; Ley N° 20.212, Modifica las leyes que indica, 29 Agosto 2007 [D.O.]; Ley N° 19.863, Sobre remuneraciones de autoridades de gobierno y cargos críticos de la administración pública, 6 Febrero 2003 [D.O.].

¹²⁸ Biblioteca del Congreso Nacional (Chile), *Historia de la Ley N° 21.280 sobre el ámbito de aplicación del procedimiento de tutela laboral* 21, 11 de enero de 2021, https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/7808/HL_D_7808_d556986615363a7d4d5d495527a4588c.pdf (último acceso: 19 de septiembre de 2021).

¹²⁹ *Id.*

¹³⁰ Enrique Carpizo, *El control de convencionalidad y su relación con el sistema constitucional mexicano. Hacia una simple actividad protectora de los derechos humanos*, 138 BOLETÍN MEX. DER. COMP. 939 (2013).

¹³¹ Por ejemplo, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación [SCJN], sentencia de amparo directo en revisión 133/2012, 20 de agosto de 2012, cons. 97.

¹³² Huneeus, *supra* nota 43, en p. 202.

¹³³ Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación [SCJN], sentencia de contradicción de tesis 293/2011, 3 de septiembre de 2013. Para un análisis de esta decisión y sus implicancias para el ordenamiento constitucional mexicano, véase Alberto Puppo, *De Kelsen a la Contradicción de tesis 293/2011: los conflictos normativos entre jerarquías formales y decisionismo*, 49 BOL. MEX. DER. COMP. 173 (2016).

En concordancia con lo anterior y, al menos en una primera lectura, la Corte Suprema mexicana ha honrado el compromiso constitucional del país con el derecho interamericano de los derechos humanos. En este sentido, dicho Tribunal ha citado a *Baena* en más de cien ocasiones, en su mayoría para hacer referencias genéricas a la importancia del derecho al debido proceso y cómo éste debería concretarse.¹³⁴ Más importante aún, en muchas de estas decisiones la Corte explicita que esta decisión, así como los restantes pronunciamientos de la Corte IDH, importan un límite al *ius puniendi* estatal en general¹³⁵ y al derecho administrativo sancionador en particular.¹³⁶

Al conocer causas disciplinarias de empleo público, la Corte mantiene la cita a *Baena* para justificar limitaciones al *ius puniendi* en su vertiente administrativa, pero luego lo completa con una apreciación peculiar. La Corte concluye que los procedimientos de remoción de funcionarios no son por regla general de naturaleza sancionatoria, toda vez que en aquéllos sólo se está verificando el cumplimiento de los requisitos para la permanencia dentro del servicio civil de carrera.¹³⁷ Excepcionalmente, agrega, podrán proceder ciertas garantías —como la presunción de inocencia— en caso que ellas sean aplicables como resultado de haberse desencadenado el proceso de remoción a causa de otro proceso penal vinculado, en cuyo este último proceso irradiará derechos y garantías a aquél.¹³⁸

Es interesante notar también la absoluta ausencia de referencias a *Baena* en la decisión de la controversia sobre empleo público más importante de las últimas décadas: la Ley de Remuneraciones de los Servidores Públicos aprobada por el Congreso Federal en 2018. En lo que aquí interesa, la Ley buscaba dos objetivos: una modificación del régimen infraccional aplicable a los empleados públicos y una rebaja salarial generalizada en el estado. La Comisión Nacional de Derechos Humanos —la agencia federal a cargo de la promoción y defensa de los derechos humanos— recurrió ante la Corte Suprema federal solicitando que se declarara la inconstitucionalidad de la norma, a lo que se sumaron más de 27.000 amparos deducidos por empleados estatales.¹³⁹

En cuanto a la reforma del régimen sancionatorio, la Comisión había invocado (en una nota al pie, y entre otras fuentes) el fallo *Baena* para recordar a la Corte la importancia del principio de legalidad para todo tipo de sanciones, enfatizando que

¹³⁴ Véase Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación [SCJN], sentencia en amparo directo en revisión 4336/2018, 20 de mayo de 2020.

¹³⁵ Por ejemplo, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación [SCJN], sentencia en amparo directo en revisión 3849/2018, 3 de julio de 2019, cons. 65.

¹³⁶ Por ejemplo, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación [SCJN], sentencia de acción de inconstitucionalidad 45/2018 y su acumulada 46/2018, 24 de marzo de 2018, cons. 165.

¹³⁷ Pleno de la Suprema Corte Suprema de Justicia de la Nación [SCJN], sentencia de contradicción de tesis 448/2016, 11 de septiembre de 2018.

¹³⁸ *Id.*

¹³⁹ SCJN invalida artículos de la Ley de Remuneraciones de Servidores Públicos, *EL ECONOMISTA*, 20 de mayo de 2019, <https://www.economista.com.mx/politica/SCJN-invalida-articulos-de-la-Ley-de-Remuneraciones-de-Servidores-Publicos-20190520-0064.html> (último acceso: 1 de noviembre de 2020).

muchas de las reformas propuestas adolecían de vaguedades varias.¹⁴⁰ La Corte Suprema acogió este reproche de constitucionalidad con respecto a algunas de las figuras sancionatorias introducidas, pero sin mención alguna a *Baena* (o a cualquier otro fallo de la Corte IDH).¹⁴¹

En cuanto a la reducción salarial, ni la Comisión ni la Corte realizan cita alguna a *Baena* (y terminan por invalidar este aspecto por deficiencias del proceso legislativo). Esto merece alguna aclaración. La Ley buscaba que ningún empleado estatal pudiese tener una mayor remuneración que la del presidente ni de su superior jerárquico. Dado que el presidente puede fijar su propio salario, en la práctica podía fijar el de todo trabajador estatal (lo que efectivamente ocurrió, cuando el Presidente López Obrador redujo su salario en más de un 60 %).¹⁴² Podría pensarse que *Baena* no es un caso pensado para esta situación, y es cierto, pero deseamos resaltar una particularidad. Si bien esta fallida reforma legal tuvo su origen como parte del plan de austeridad impulsado por López Obrador desde sus tiempos de candidato,¹⁴³ lo cierto es que tal medida también se explica por la histórica animadversión del Presidente mexicano contra los estamentos directivos de la burocracia federal de dicho país, a quienes él mismo ha calificado en más de una oportunidad como cómplices de lo que él llama la mafia del poder.¹⁴⁴ Este ánimo vindicativo del Presidente mexicano contra la llamada ‘alta burocracia’ sugiere el carácter de sanción encubierta que esta medida suponía, sobre todo si se considera en su contexto político: una autoridad presidencial abiertamente crítica de los sectores directivos de la burocracia federal mexicana desde los primeros días de su administración,¹⁴⁵ con una crítica que ha ido escalando con posterioridad a la mencionada decisión¹⁴⁶ al punto de llegar a sugerir la eliminación de los órganos autónomos, uno de los principales avances del constitucionalismo mexicano reciente.¹⁴⁷ Este argumento era frecuente en la esfera pública. Su completa

¹⁴⁰ Demanda de acción de inconstitucionalidad, promovida por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 21 de noviembre de 2018, https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-01/Acc_Inc_2018_105%5B1%5D.pdf (último acceso: 1 de noviembre de 2020)

¹⁴¹ Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación [SCJN], sentencia de acción de inconstitucionalidad 105/2018 (y acumulada 108/2018), 19 de julio de 2019, cons. 12.

¹⁴² Rafael Cardona, *Fija AMLO en \$108 Mil su Salario Mensual*, REFORMA, 15 de julio de 2018 <https://www.reforma.com/aplicaciones/articulo/default.aspx?id=1444057&sc=672> (último acceso: 1 de noviembre de 2020).

¹⁴³ López Obrador *dibuja su plan de austeridad para cambiar el rostro del Gobierno*, EL PAÍS, 16 de julio de 2018 https://elpais.com/internacional/2018/07/16/actualidad/1531708329_222187.html (último acceso: 1 de noviembre de 2020).

¹⁴⁴ En este sentido, ANDRÉS MANUEL LÓPEZ OBRADOR, *LA MAFIA QUE SE ADUEÑÓ DE MÉXICO... Y EL 2012* (2010).

¹⁴⁵ *AMLO critica el crecimiento de la burocracia en México*, AP NEWS, 7 de diciembre de 2018 <https://apnews.com/article/eb01a0b116034da0b6ecb4b2f0dbe218> (último acceso: 1 de noviembre de 2020).

¹⁴⁶ *Opositores a Ley de Remuneraciones pueden ganar, pero moralmente son la nada: AMLO*, EL FINANCIERO, 6 de octubre de 2019 <https://www.elfinanciero.com.mx/nacional/ya-son-5-mil-774-funcionarios-que-se-amparan-contra-ley-de-remuneraciones> (último acceso: 1 de noviembre de 2020).

¹⁴⁷ *AMLO analizó con su gabinete la eliminación de organismos autónomos*, EL ECONOMISTA, 8 de enero de 2021 <https://www.economista.com.mx/empresas/AMLO-analisis-con-su-gabinete-la-eliminacion-de-organismos-autonomos-20210112-0017.html> (último acceso: 1 de noviembre de 2020). Sobre el rol de los órganos autónomos dentro del sistema constitucional mexicano, véase PEDRO SALAZAR, *EL PODER EJECUTIVO EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA* (2017), CHRISTOPHER BALLINAS, *LUCHAS POLÍTICAS EN EL DISEÑO DE ORGANISMOS AUTÓNOMOS* (2011).

ausencia en la arena judicial podría indicar que el derecho administrativo no ha podido asimilar el sentido común construido por la Corte IDH.

Un análisis del impacto que ha tenido *Baena* en la cuna del ICCAL arroja un resultado decepcionante. *Baena* es ocasionalmente citado, sí, pero su aplicación es restringida de un modo algo artificial a los casos que han sido originados como consecuencia a un proceso penal anterior. Cuando lo que está en juego es de alta relevancia pública (como en el caso de la Ley de Remuneraciones), los actores interesados en lograr el máximo impacto retórico no parecen considerar que citar la única decisión de la Corte IDH en materia de empleo público sea particularmente beneficioso. Para cerrar la trilogía de los monos sabios, pareciera que México ve la importancia del fallo *Baena*, pero no oye lo que éste tiene realmente para decir.

4. ¿Por qué un espejismo? Una agenda de investigación alternativa para un derecho administrativo comparado

4.1. Por qué (y cómo) fracasó *Baena*

El ICCAL espera mucho de los fallos de la Corte IDH. Desde la creación del control de convencionalidad, quienes pregonan un derecho común describen a la Corte como el principal vector de la “interamericanización” del derecho constitucional latinoamericano.¹⁴⁸ Desde la propia Corte se augura que sus fallos llevarán a un “auténtico *ius constitutionale commune* en las Américas”.¹⁴⁹ El ICAAL, aunque aún en estado embrionario, parecería ir todavía más allá: afirma —y propone— que la jurisprudencia interamericana no sólo moldea el derecho constitucional sino que también derrama sus mandatos transformadores sobre los ordenamientos administrativos de la región y permite estudiarlos comparativamente de modo vertical.

A la luz de lo expuesto en la sección precedente, es claro que *Baena* fracasó en satisfacer semejantes expectativas. Sin embargo, como las familias infelices de Tolstoi, en cada país fracasó a su modo. En Chile, las soluciones entregadas por los tribunales y la Contraloría General de la República, aun a pesar de procurar entregar una solución ante la desprotección a la que se enfrentan los empleados contratados fuera de la carrera funcionaria, incumplen el mandato de legalidad requerido en *Baena* y evitan encauzar estos conflictos dentro del estatuto administrativo sancionador. En Argentina, los tribunales (incluida la Corte Suprema) se han mostrado retóricamente respetuosos del fallo *Baena*, pero la realidad muestra un creciente número de empleados públicos jurisprudencialmente considerados como tales y, sin embargo, sin ningún régimen sancionatorio de rango legal que pueda cumplir siquiera mínimamente

¹⁴⁸ Mariela Morales Antoniazzi & Pablo Saavedra Alessandri, *Inter-Americanization. Its Legal Bases and Political Impact* en TRANSFORMATIVE CONSTITUTIONALISM *supra* nota 41, en p. 257 (“La interamericanización de los órdenes jurídicos nacionales describe el impacto de los estándares interamericanos en aquellos estados que han aceptado la jurisdicción de la [Corte IDH]”). (Traducción de los autores).

¹⁴⁹ Voto de Ferrer Mac-Gregor en *Cabrera García*, §88.

con los arts. 8 y 9 de la CADH. En México, los tribunales mencionan a *Baena* y lo utilizan como fundamento de sus decisiones, pero minimizan las consecuencias de su aplicación a casos excepcionales (al punto de considerar que una desvinculación no es sancionatoria salvo que ésta sea producto de un proceso penal).

Este módico cumplimiento de la sentencia contrasta con las ambiciones transformadoras de la Corte IDH y con las esperanzas de quienes ven en ella una institución capaz de homogeneizar el derecho administrativo latinoamericano. Estas esperanzas tal vez radican en un espejismo: el fallo *Baena* es, efectiva pero ocasionalmente, mencionado por los tribunales y otras instituciones estatales. Estas menciones, sin embargo, ocultan su escasa normatividad real. Por eso, en la tarea de buscar puntos de apoyo para la construcción de un derecho administrativo comparado en la región, proponemos partir justamente desde el desbaratamiento del espejismo de *Baena* (en vez de asumir un éxito putativo).

De nuestra reconstrucción, conjeturamos dos explicaciones al fracaso de *Baena*. Las dos explicaciones reposan sobre sendos hiatos sobre los cuales la aproximación de derecho común latinoamericano aplicado a lo administrativo, por distintos motivos, no ha reflexionado lo suficiente. Por un lado, la separación más o menos radical entre distintas comunidades jurídicas; por el otro, la distancia entre las normas formales y las prácticas reales. Las analizaremos seguidamente.

a) *Distintas comunidades epistémicas*

Una de las explicaciones de la propagación relativamente exitosa de la escuela del ICCAL es la existencia, en el ámbito del derecho constitucional de la región, de una comunidad de operadores jurídicos que abrevan en el derecho interamericano como fuente de inspiración y, al mismo tiempo, poseen influencia política suficiente para llevar a cabo sus agendas. Alexandra Huneus, por ejemplo, muestra que la variación intra-regional en el cumplimiento de la jurisprudencia de la Corte IDH se debe a la existencia de juristas orientados a la jurisprudencia interamericana y con capacidad de incidencia política.¹⁵⁰ Estas redes de operadores, sea a través del activismo¹⁵¹ o de la judicatura,¹⁵² replican en la práctica constitucional de cada país los discursos provenientes del Sistema Interamericano, el que a su vez se alimenta de los desarrollos provenientes de algunos sectores de aquellos países.

Salvo casos excepcionales,¹⁵³ los juristas dedicados al derecho administrativo no replican esa distribución. Los constitucionalistas y los administrativistas constituyen,

¹⁵⁰ Huneus, *supra* nota 43.

¹⁵¹ La expansión de normas de derechos humanos a través de la actividad transnacional de los activistas ha sido estudiada particularmente por KATHRYN SIKKINK & MARGARET KECK, *ACTIVISTS BEYOND BORDERS. ADVOCACY NETWORKS IN INTERNATIONAL POLITICS* (1998).

¹⁵² Sobre el rol de las redes de jueces constitucionales en la difusión de ideas jurídicas puede consultarse ANNE-MARIE SLAUGHTER, *A NEW WORLD ORDER* (2004).

¹⁵³ Además de los mencionados casos de César Landa y Ernesto Jinesta, puede mencionarse el caso del colombiano Enrique Gil Botero, que luego de desempeñarse como Magistrado del Consejo de Estado (2003–2011), fue elegido como miembro de la CIDH (2016–2019).

en buena medida, comunidades epistémicas distintas.¹⁵⁴ Los criterios de validación de sus conocimientos difieren, como lo hacen las fuentes que consideran con autoridad normativa.¹⁵⁵ En América Latina, los juristas dedicados al derecho administrativo no suelen abreviar en los mismos textos y, fundamentalmente, no suelen recurrir a la jurisprudencia de la Corte IDH en busca de autoridad. El derecho administrativo latinoamericano, de inspiración principalmente francesa pero también española y alemana, se concibe a sí mismo como una disciplina científica casi intemporal. El derecho constitucional, de inspiración norteamericana, se concibe a sí mismo como una disciplina conectada a las decisiones de la política. Otto Mayer ha capturado este *ethos* en una frase ya canónica: “el derecho constitucional pasa, el derecho administrativo permanece.”¹⁵⁶

Las posiciones ocupadas por unos y otros en la distribución de los cargos públicos también son relevantes. El derecho constitucional puede modificarse, en buena medida, desde las cortes supremas y tribunales constitucionales. Así, la migración de jueces y personal entre cortes constitucionales y órganos interamericanos podría tener consecuencias en sí misma. El derecho administrativo, en cambio, si bien está en buena medida constreñido por la práctica judicial, depende en mayor medida del funcionamiento interno del poder ejecutivo.¹⁵⁷ Para alcanzar una influencia semejante en derecho administrativo, este intercambio de operadores debería alcanzar órganos de asesoramiento o control ejecutivo como contralorías, consejos de estado, tribunales de cuentas, asesorías generales o tribunales contencioso-administrativos. Sin embargo, estos funcionarios y sus dependientes no suelen ser reclutados de entre los seguidores del neoconstitucionalismo o entre cultores de fallos de la Corte IDH. Así, los funcionarios ejecutivos domésticos no hablan el lenguaje de la Corte IDH y, de modo reflejo, la Corte IDH tampoco parecería hablar el lenguaje del derecho administrativo.¹⁵⁸

¹⁵⁴ El término “comunidad epistémica” fue popularizado por Peter Haas (véase v.g., Peter Haas, *Epistemic Communities*, en OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW (Daniel Bodansky, Jutta Brunnee & Ellen Hey eds., 2008). Una comunidad epistémica, según Haas, es una comunidad de profesionales que comparten creencias causales y valorativas, criterios de validez y una práctica social. Esta separación entre las comunidades epistémicas del derecho constitucional y administrativo está implícita en distintos textos que tratan la dicotomía entre derecho constitucional y administrativo latinoamericano (véase Mairal, *supra* nota 1; Diego Lopez, *El sueño weberiano: Claves para una comprensión constitucional de la estructura administrativa del Estado colombiano*, 1 REV. DER. PÚB. 2 (2006).

¹⁵⁵ Sobre las diferentes autopercepciones de las disciplinas jurídicas, véase Rodrigo Coloma Correa, *Las disciplinas jurídicas y su reinención*, 22 REVISTA IUS ET PRAXIS 253 (2016).

¹⁵⁶ OTTO MAYER, *DEUTSCHES VERWALTUNGSRECHT* (Vol. 1, 1961). Para usar un ejemplo de la región, la autopercepción del derecho administrativo como disciplina desentendida de los desarrollos contingentes de la legislación llega al paroxismo en la decisión del administrativista argentino Miguel Marienhoff de nunca actualizar su monumental *TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO*, publicado originalmente en 1965, a pesar de que posteriormente se sancionaría la influyente Ley de Procedimientos Administrativos. No obstante esta omisión impensable en cualquier otra disciplina, el tratado de Marienhoff sigue siendo de consulta canónica en el país y la región.

¹⁵⁷ Para un interesante estudio que evidencia ello a propósito de la realidad norteamericana, véase JERRY L. MASHAW, *BUREAUCRATIC JUSTICE: MANAGING SOCIAL SECURITY DISABILITY CLAIMS* (1983).

¹⁵⁸ Este carácter más “local” del derecho administrativo con respecto al derecho constitucional es advertido por Tom Ginsburg, *Written Constitutions and the Administrative State* en *COMPARATIVE ADMINISTRATIVE LAW*

b) *Lo que el derecho oculta (arriba y abajo)*

Esta división entre las comunidades epistémicas del administrativismo y el constitucionalismo no es una coincidencia que podría ser sorteada a fuerza de más conferencias y posgrados que pongan a las disciplinas en diálogo. El derecho administrativo exige, de por sí, tipos de razonamiento distintos sobre problemas diferentes. Esta diferencia va más allá de la mera distinción entre sus objetos de estudio (las normas constitucionales y administrativas, respectivamente) sino que incluyen modos de aproximarse a ellos necesariamente diversos. Se podría trazar esta diferencia de varios modos, pero pensemos puntualmente en uno.¹⁵⁹

Las constituciones son instrumentos jurídicos, pero mucho más que eso. Las constituciones se presentan a sí mismas como proveyendo las narrativas fundamentales que constituyen —justamente— la comunidad política¹⁶⁰. El lenguaje del derecho constitucional no sólo forma una comunidad profesional, sino que da a la sociedad una retórica para lograr el autogobierno, promover sus reclamos y resistir los abusos del poder.¹⁶¹ El derecho constitucional comparado es, en buena medida, el estudio de estas narrativas.¹⁶²

El derecho administrativo estudia normas jurídicas, pero mucho más que eso. Como sostiene Eduardo Jordão, el derecho administrativo posee una dimensión ‘de gestión’ (*managerial*) de la que el derecho constitucional carece. Si bien esto tiende a ser dejado de lado en la enseñanza del derecho administrativo de la región (a diferencia de lo que ocurre en países de tradición anglosajona),¹⁶³ la disciplina no está únicamente preocupada por proteger los derechos de los administrados, sino por permitir la gestión de la administración, el poder del estado más complejo y ubicuo.¹⁶⁴ El derecho administrativo se ejerce en los tribunales constitucionales, pero también —y fundamentalmente— en las oficinas de los presidentes y ministros, de los burócratas de rango medio y de los llamados *street-level bureaucrats* (traducido como burócrata de

supra nota 2, en pp. 121, 123 (“[P]odría haber menos convergencia en derecho administrativo que en derecho constitucional, donde los jueces regularmente miran falos de otras cortes y los redactores de constituciones se inspiran en modelos extranjeros” ya que la misión simbólica del derecho constitucional “se expresa mayormente en un terreno internacional. . . [y] necesita un lenguaje común para ser comprendida”). (Traducción de los autores).

¹⁵⁹ Para otras distinciones en este mismo sentido, véase *id.*

¹⁶⁰ Sobre el entendimiento del derecho constitucional como narrativas fundantes de la comunidad, la obra ineludible es Robert M. Cover, *Nomos and Narrative*, 97 HARV. L. REV. 4 (1983).

¹⁶¹ Sobre la creciente utilización del lenguaje jurídico para articular demandas políticas en América Latina, véase la introducción de los editores a *CULTURES OF LEGALITY. JUDICIALIZATION AND POLITICAL ACTIVISM IN LATIN AMERICA* (Javier Couso, Alexandra Huneeus & Rachel Sieder eds., 2011).

¹⁶² Gunther Frankenberg, *Comparing Constitutions: Ideas, Ideals, and Ideology—Toward a Layered Narrative*, 4 INT’L J. CONST. L. 439, 450–451 (2006) (argumentando que para ganar interés “los estudios constitucionales comparados (...) deben tratar (...) de las constituciones como derecho y orden así como de las constituciones como cultura y como la imaginación de la comunidad”). (Traducción de los autores).

¹⁶³ Por ejemplo, MASHAW, *supra* nota 157.

¹⁶⁴ Eduardo Jordão, *The Three Dimensions of Administrative Law*, 19 REV. DIREITO ADMIN. E CONST. 21 (2019).

ventanilla o callejero) como policías, asistentes sociales e inspectores de seguridad e higiene.¹⁶⁵

Tanto el derecho constitucional como el derecho administrativo sobrepasan a lo meramente jurídico. La diferencia es que mientras el derecho constitucional lo hace ‘hacia arriba’ (hacia las narrativas fundantes que se da una nación para constituirse como tal) el derecho administrativo lo hace ‘hacia abajo’ (hacia las micro-prácticas que dotan de presencia al Estado en los resquicios más recónditos de la sociedad). Esta asimetría tiene, como no podría ser de otro modo, consecuencias en la posibilidad de una corte internacional de modificar el derecho local.

Esta ubicuidad del derecho administrativo lo hace, por añadidura, más vulnerable a las prácticas culturales que alejan la práctica del derecho de su letra. Estudiosos de la cultura jurídica de la región han señalado durante años una cultura de incumplimiento de las normas que vuelve ilusorio creer que se conoce el derecho por conocer los textos legales o reglamentarios. Una queja que por años han efectuado los administrativistas latinoamericanos es la existencia de administraciones paralelas:¹⁶⁶ la cultura del incumplimiento de las normas formales en derecho administrativo es tan radical en las burocracias latinoamericanas,¹⁶⁷ que más vale desarrollar —al decir de un académico brasileño— un “derecho administrativo para escépticos”¹⁶⁸ con el objetivo de enfrentar a la infinidad de instituciones informales con arreglo a las cuales se estructuran realmente las administraciones públicas.¹⁶⁹

4.2. Reflexiones metodológicas finales: ¿Qué nos puede enseñar (el fracaso de) Baena

El derecho administrativo comparado ciertamente presenta desafíos de una complejidad paralizante, sobre todo en una región con las particularidades de América Latina. No es entonces esta la instancia para esbozar prescriptivamente una propuesta metodológica, siquiera mínima.¹⁷⁰ Sin embargo, el espejismo de Baena sugiere que cualquier agenda de investigación en esta línea deberá procurar, a lo menos, superar

¹⁶⁵ MICHAEL LIPTSKY, STREET-LEVEL BUREAUCRACY: DILEMMAS OF THE INDIVIDUAL IN PUBLIC SERVICES (2010). Para una aproximación más etnográfica al conocimiento de las realidades burocráticas BERNARDO ZACKA, WHEN THE STATE MEETS THE STREET: PUBLIC SERVICE AND MORAL AGENCY (2017).

¹⁶⁶ La obra clásica es la de AGUSTÍN GORDILLO, LA ADMINISTRACIÓN PARALELA (1982). Su equivalente en Brasil es la también clásica CARLOS ARI SUNDFELD, DIREITO ADMINISTRATIVO PARA CÉTICOS (2011). En Chile, véase EDUARDO SOTO KLOSS, DERECHO ADMINISTRATIVO. BASES FUNDAMENTALES 21 (Vol. 1, 1996).

¹⁶⁷ Sobre la cultura del incumplimiento de normas en general, véase ¿SE ACATA PERO NO SE CUMPLE? ESTUDIOS SOBRE LAS NORMAS EN AMÉRICA LATINA (Kathya Araujo ed., 2009); Mauricio García Villegas, *Ineficacia del derecho y cultura del incumplimiento de reglas en América Latina*, en *El DERECHO EN AMÉRICA LATINA: UN MAPA PARA EL PENSAMIENTO JURÍDICO DEL SIGLO XXI* (César Rodríguez Garavito coord., 2011) y MAURICIO GARCÍA VILLEGAS, *NORMAS DE PAPEL: LA CULTURA DEL INCUMPLIMIENTO DE REGLAS* (2009). Carlos Nino ha estudiado el fenómeno de la “anomia boba” como causa del subdesarrollo argentino, y según García Villegas su análisis podría extenderse al resto de la región, CARLOS SANTIAGO NINO, UN PAÍS AL MARGEN DE LA LEY (2009).

¹⁶⁸ SUNDFELD, *supra* nota 166.

¹⁶⁹ GRETCHEN HELMKE & STEVEN LEVITSKY, *INFORMAL INSTITUTIONS AND DEMOCRACY. LESSONS FROM LATIN AMERICA* (2006).

¹⁷⁰ Para una revisión exhaustiva de las distintas aproximaciones metodológicas al derecho administrativo comparado, véase *OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE ADMINISTRATIVE LAW*, *supra* nota 2.

las limitaciones del ICAAL que hemos evidenciado en este ensayo. Así, como mínimo, el estudio del derecho administrativo comparado latinoamericano deberá considerar los dos elementos que fueron objeto de nuestras conjeturas.

En primer lugar, el derecho administrativo comparado deberá prestar atención a las comunidades epistémicas que realmente ejercen y estudian el derecho administrativo en cada país de la región. Un sesgo muy atractivo para quien realiza estudios comparados desde una plataforma vertical —como el propuesto por ICAAL— es centrar su atención en aquellos proyectos que hablan en un lenguaje familiar para la audiencia internacional o transnacional. En el caso del derecho constitucional, la transnacionalización del discurso constitucional puede ocasionalmente brindar plausibilidad a este sesgo.¹⁷¹ Sin embargo, esto es bastante menos frecuente en el más vernáculo derecho administrativo. Si uno se esfuerza por encontrar administrativistas que hablan un lenguaje que uno puede entender, puede que se encuentre con excelentes exponentes en los márgenes de la disciplina, que podrán ser estimulantes intelectualmente pero probablemente no lleven a una comprensión fiel del sistema en el que están inmersos.

La correcta identificación de la comunidad epistémica relevante tiene consecuencias enormes en la selección de los materiales normativos a comparar, ya que, éstos dependerán de los criterios particulares de validación dentro de las comunidades administrativas locales¹⁷² o la forma en que operan las influencias dentro de ésta.¹⁷³ Como consecuencia, el estudio comparado deberá identificar también ciertas instituciones fundamentales para el derecho latinoamericano muy particulares a su cultura administrativa. En el ámbito del derecho constitucional comparado es usual estudiar con atención los fallos de los tribunales constitucionales o cortes supremas para entender tanto las reglas constitucionales como su modo de razonamiento.¹⁷⁴ Ello no se replica respecto de su par administrativo: si el tribunal constitucional es el sumo sacerdote constitucional,¹⁷⁵ el derecho administrativo es, en cambio, politeísta. En la creación y difusión de lo administrativo participan una multiplicidad de organismos, tales como contralorías, tribunales de cuentas, entidades regulatorias, auditorías, etc. Por ejemplo, así como difícilmente podría entenderse las complejidades del derecho administrativo chileno sin comprender el rol que juega la Contraloría General de la

¹⁷¹ Véase Ginsburg *supra* nota 158. Sin embargo, críticas similares a la nuestra han sido realizadas con respecto a la metodología del ICCAL. Véase Delfina Beguerie, *The Rise of Human Rights in Latin America, the Rise of a Common Constitutional Law? Puzzles of Authority, Traditions, and Transformations* (2019, manuscrito inédito a disposición).

¹⁷² Mairal *supra* nota 1 (ejemplificando que los requisitos para obtener una cátedra de derecho administrativo en Argentina son fruto de las influencias que existen en esa comunidad epistémica y que ellos difieren de las necesarias para una cátedra de derecho constitucional.)

¹⁷³ Eduardo Jordão & Renato Toledo, *Estrangeiros no direito administrativo: os dados dos anos 80*, JOTA (30 de abril de 2021, 8:33 AM) <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/estrangeiros-no-direito-administrativo-os-dados-dos-anos-80-30042021> (último acceso: 19 de septiembre de 2021) (explorando las influencias extranjeras en las publicaciones de los principales administrativistas brasileños).

¹⁷⁴ Un excelente ejemplo de este tipo de análisis es MITCHEL DE S.-O.-L'E. LASSER, *JUDICIAL DELIBERATIONS: A COMPARATIVE ANALYSIS OF TRANSPARENCY AND LEGITIMACY* (2004).

¹⁷⁵ Esta metáfora ha sido tratada, entre otros, por SANFORD LEVISON, *CONSTITUTIONAL FAITH* (1988).

República en él.¹⁷⁶ tampoco podrían comprenderse las del brasileño sin reparar en el protagonismo del *Tribunal de Contas da União*.¹⁷⁷

En segundo lugar, el derecho administrativo es también profundamente dependiente de la práctica administrativa realmente existente, al punto que es difícil distinguir —incluso conceptualmente— el uno de la otra. Esto supone una dificultad adicional, ya que muchas veces ellas están ocultas tras codificaciones voluntaristas o encriptadas. Piénsese en la situación del empleo público en los países estudiados: parte del espejismo de *Baena* se produce por pensar que los empleados públicos de la región son aquellos legislativamente reconocidos como tales, y no la inmensa masa de trabajadores con contratos precarios que, en la práctica, se desempeñan como un empleado público más. Un estudio del derecho administrativo comparado en la región tiene que afrontar la difícil tarea de escudriñar estas prácticas para extraer de ellas reglas reconocibles que puedan ser efectivamente contrastadas. Semejante esfuerzo, además, se inscribiría en —y contribuiría a— un creciente interés de las ciencias sociales por el estudio de las estructuras burocráticas latinoamericanas, un área de cardinal importancia y sorprendentemente subestudiada.¹⁷⁸

No se nos escapa la dificultad de la tarea que promovemos. Es tentador acometer el estudio del derecho comparado a través de la lectura de instrumentos fácilmente identificables y teniendo un horizonte normativo que nos disculpe por la omisión de distinciones relevantes. Sin embargo, mientras no nos adentremos en un estudio de las comunidades y prácticas que dan vida al derecho administrativo, seguirá siendo posible caer en el espejismo de que América Latina posee un derecho administrativo común. Después de todo, todos tienen a *Baena*... aunque cada uno tenga uno distinto.

¹⁷⁶ Guillermo Jiménez, *NON JUDICIAL ADMINISTRATIVE JUSTICE IN LATIN AMERICA: A CASE STUDY OF THE CHILEAN COMPTROLLER-GENERAL* (15 de octubre de 2018) (tesis doctoral, University College London) (en el sistema de la Biblioteca de la University College London).

¹⁷⁷ André Janjácómo Rosillo, *CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO* (8 de abril de 2016) (tesis doctoral, Universidad de São Paulo) (en el sistema de la Biblioteca de la Universidad de São Paulo).

¹⁷⁸ Por ejemplo, SEBASTIÁN MAZZUCA, *LATECOMER STATE FORMATION* (2021); DANIEL M. BRINKS, STEVEN LEVITSKY & MARÍA VICTORIA MURILLO, *THE POLITICS OF INSTITUTIONAL WEAKNESS IN LATIN AMERICA* (2020); JAVIER AUYERO, *PATIENTS OF THE STATE: THE POLITICS OF WAITING IN ARGENTINA* (2012), HELMKE & LEVITSKY, *supra* nota 169.