

PARTE I
APROXIMACIÓN CONCEPTUAL Y FUNCIONAL.
HACIA UNA INTERAMERICANIZACIÓN
DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El derecho administrativo común en América Latina desde una perspectiva comparada. Consideraciones introductorias

*Luis Eugenio García-Huidobro**

SUMARIO: I. Introducción. II. ¿Hacia un derecho administrativo común en América Latina? III. ¿Qué lugar ocupa el derecho administrativo común en la literatura comparativa de América Latina? IV. El derecho administrativo común latinoamericano como proyecto de derecho comparado. V. Conclusiones. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

En sus *Aforismos*, Ludwig Wittgenstein afirmaba que “[en] filosofía el ganador de la carrera es aquel capaz de correr más despacio. O quien alcanza la meta en el último lugar”.¹ Como se evidenciará en este capítulo, algo similar podría decirse de la empresa que este proyecto académico se propone. Si el derecho administrativo común latinoamericano desea tener éxito, deberá procurar avanzar con una determinación tan lenta como la de la tortuga en la fábula de Esopo, a fin de evitar incurrir en el mismo fracaso

* Investigador del Centro de Estudios Públicos (Chile). Profesor de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica de Chile y de Derecho Administrativo en la Universidad Adolfo Ibáñez.

¹ Wittgenstein, Ludwig, *Aforismos, cultura y valor*, Madrid, Espasa Calpe, 1995, col. Austral Pensamiento / Contemporáneos 381, p. 81.

LUIS EUGENIO GARCÍA-HUIDOBRO

en que han caído tantos otros “conejos académicos” que le han precedido en sugerir la existencia de un derecho administrativo común en América Latina.²

Expliquemos a qué me refiero: no es este el primer intento académico que busca construir un derecho administrativo común en la región en torno al Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH).³ Con anterioridad, otros muchos autores han adoptado una aproximación similar para desarrollar contribuciones al derecho administrativo latinoamericano. Todos ellos, sin embargo, han fracasado o tenido escaso impacto en su esfuerzo de posicionar sus propuestas como una agenda de investigación académica atractiva por explorar. De ahí la sugerencia: si el derecho administrativo común desea triunfar en el mercado de las ideas administrativas latinoamericanas, deberá procurar resolver lentamente muchos nudos.

A partir de ello, este capítulo —de carácter introductorio a las restantes contribuciones— realiza una revisión de la literatura que ha adoptado una aproximación similar al derecho administrativo desde lo interamericano y sugiere la existencia de, a lo menos, dos grandes vacíos que deberán ser abordados a la brevedad. Primero, existe una necesidad de desarrollar un marco analítico a partir del cual pueda estudiarse el fenómeno del derecho administrativo común en la región. Segundo, debe también realizarse un esfuerzo de retratar adecuadamente las particularidades propias de los derechos administrativos nacionales sobre los cuales se pretende implementar esta agenda transformadora. Si bien la posición adoptada en este capítulo es mayoritariamente

² El concepto de América Latina se utiliza en este capítulo con un sentido particular y que responde a una realidad jurídico-política propia de una única parte de América Latina, en el sentido de comprender solo a aquellas democracias constitucionales de la región que comparten lo que podríamos llamar ciertos elementos de una tradición jurídico-administrativa. De esta manera, este capítulo supone como premisa la existencia de elementos comunes entre estos países que los distinguen de lo que podríamos llamar una tradición caribeña de derecho administrativo, fuertemente influenciada por el modelo *Westminster Whitehall*. Sobre esto último, véase Ventose, Eddy (ed.), *Commonwealth Caribbean Administrative Law*, Londres, Routledge, 2012.

³ Véase *infra* 3.1.

El derecho administrativo común en América Latina...

descriptiva,⁴ con el propósito de contribuir en este esfuerzo colectivo se esboza un marco analítico para el estudio del derecho administrativo común desde una perspectiva del derecho comparado. Considerando el propósito buscado por este proyecto y el carácter supranacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), se sugiere la utilización de una aproximación comparativa *prescriptiva, vertical y top-down* (“de arriba hacia abajo”).

Una aproximación como la sugerida podría hacer dos grandes aportaciones al desarrollo del derecho administrativo comparado en América Latina. Primero, sentar bases metodológicas para el desarrollo de la actividad comparativa entre quienes se proponen contribuir al desarrollo de un derecho administrativo común regional. Segundo, al desarrollarse esta actividad comparativa, la adopción de esta aproximación podría contribuir a una mayor comprensión de las administraciones públicas latinoamericanas, considerando las dificultades que supone el estudio de las burocracias en la región.⁵

II. ¿HACIA UN DERECHO ADMINISTRATIVO COMÚN EN AMÉRICA LATINA?⁶

Al igual que ocurre respecto del antecedente que le sirve de inspiración (el llamado *Ius Constitutionale Commune* latinoamericano),⁷ el derecho administrativo común se articularía en torno al

⁴ Para una evaluación crítica de ciertos aspectos normativos de este proyecto por el autor, véase García-Huidobro, Luis Eugenio y Guidi, Sebastián, “El espejismo de Baena: luces y sombras de un derecho administrativo comparado latinoamericano”, *International Journal of Comparative Law*, en prensa.

⁵ En este sentido, Polga-Hecimovich, John y Trelles, Alejandro, “The Organizational Consequences of Politics: A Research Agenda for the Study of Bureaucratic Politics in Latin America”, *Latin American Politics and Society*, vol. 58, núm. 4, invierno de 2016, p. 56.

⁶ Este apartado del capítulo está basado y reproduce en gran parte las ideas contenidas en el artículo: García-Huidobro, Luis Eugenio y Guidi, Sebastián, “El espejismo de Baena: luces y sombras de un derecho administrativo comparado latinoamericano”, *International Journal of Comparative Law*, en prensa.

⁷ Véase Bogdandy, Armin von, “*Ius Constitutionale Commune* en América Latina. Aclaración conceptual”, en Bogdandy, Armin von; Morales Anto-

SIDH. Según esta propuesta académica, la existencia de las normas transnacionales de derechos humanos compartidas por casi todos los países de la región facilitarían la actividad comparativa. El *comparandum* ya no tiene que ser desentrañado de entre una infinidad de opacas prácticas administrativas distintas para cada cultura burocrática local de América Latina o surgir de una comparación funcional que se preocupe por entender de modo profundo cada sistema jurídico.⁸ Por el contrario, al apartarse de una concepción localista y autárquica del derecho administrativo,⁹ esta aproximación teórica sugiere que los ordenamientos administrativos locales podrían compararse a la luz de su convergencia alrededor de ideales normativos comunes de carácter supranacional.¹⁰

Para comprender los planos en que operaría la comparación jurídica en esta propuesta académica, debemos detenernos brevemente en los cuatro supuestos básicos sobre los cuales se construye este derecho administrativo común. Primero, la men-

nazzi, Mariela y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017.

⁸ Estas dos posibles aproximaciones teóricas a la actividad comparativa reciben el nombre de culturalismo y funcionalismo, respectivamente. Para una aproximación preliminar a cada una de ellas véase Legrand, Pierre, “Jameses at Play, Tractation on the Comparison of Laws”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 65, 2017, p. 1.

⁹ Criticando esta aproximación, Machado, Juan Pedro, “El procedimiento y procesos administrativos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Steiner, Christian y Machado, Juan Pedro (ed. y coord.), *Procedimiento y justicia administrativa en América Latina*, México, KAS, 2009, p. 123.

¹⁰ Véase, por todos, Corte IDH. *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C, núm. 220. Voto razonado del juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párr. 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 Landau, David, “Judicial Role and the Limits of Constitutional Convergence in Latin America”, en Dixon, Rosalind y Ginsburg, Tom (eds.), *Comparative Constitutional Law in Latin America*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2017.

El derecho administrativo común en América Latina...

cionada convergencia normativa se produciría en torno a los pronunciamientos de la Corte IDH. Ellos cumplirían una importante función de homogeneizar o armonizar ciertos aspectos del derecho administrativo de los países de la región y, sobre esta base, se podría así realizar su comparación. De esta manera, la Corte IDH se comportaría como una especie de corte constitucional interamericana para modelar los ordenamientos locales latinoamericanos,¹¹ lo que además tendría un efecto directo en los ordenamientos administrativos, considerando la existencia de diversas decisiones de la Corte IDH que directa o indirectamente abordan temáticas administrativas.¹² Para los Estados, esto supondría entonces redibujar sus límites constitucionales, en el sentido de incorporar el derecho interamericano de los derechos humanos y la jurisprudencia que lo interpreta dentro de dichos contornos.¹³

Segundo, el tránsito de esta convergencia normativa hacia los ordenamientos administrativos. La constitucionalización del derecho interamericano en los ordenamientos nacionales supondría, a su vez, una redefinición de las fuentes formales sobre las

¹¹ Así lo reconocen explícitamente Von Bogdandy y Urueña, quienes sostienen que la Corte IDH “[...] actúa en gran medida como una corte constitucional”. Bogdandy, Armin von y Urueña, René, “International Transformative Constitutionalism in Latin America”, *American Journal of International Law*, núm. 114, 2020, pp. 403 y 408.

¹² Solo por mencionar algunos ejemplos, véase las decisiones para los casos *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, *Furlan y familiares vs. Argentina*, *Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*, *Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador*, *Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*, *Ivcher Bronstein vs. Perú*, *Salvador Chiriboga vs. Ecuador*, *Castañeda Gutman vs. México*, *López Mendoza vs. Venezuela*, *Claude Reyes y otros vs. Chile*, y *Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. Para una breve aproximación sobre cómo determinar qué aspectos de cada una de estas sentencias de la Corte IDH constituyen precedentes para el derecho administrativo, véase las directrices sugeridas por Machado, Juan Pedro, *op. cit.*, pp. 128-131.

¹³ En este sentido, Jinesta Lobo, Ernesto, “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”, *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, año XI, núm. 11, 2011, p. 113.

cuales se erigen los derechos administrativos locales.¹⁴ Tal vez el caso más evidente es Costa Rica, cuya Ley General de la Administración Pública reconoce expresamente la normativa internacional como fuente del derecho administrativo.¹⁵ Así también ocurre, por ejemplo, en Honduras,¹⁶ Perú¹⁷ o Uruguay.¹⁸ Como consecuencia, las normas administrativas deberían interpretarse y aplicarse en conformidad a los dictados de la Corte IDH.

Este proceso de redefinición se vería adicionalmente influenciado por la supuesta constitucionalización del derecho administrativo,¹⁹ lo que supondría que las fronteras entre lo interna-

¹⁴ En este sentido, Alianak, Raquel Cynthia, “El renovado derecho administrativo, a la luz del control de convencionalidad”, *Revista de Derecho Administrativo & Constitucional*, vol. 15, núm. 59, 2015, p. 29; Jinesta Lobo, Ernesto, “La construcción de un derecho administrativo común interamericano...”, *cit.* Un caso evidente en que ello ocurre es el de Argentina, cuya constitución federal le reconoce a la Convención Americana sobre Derechos Humanos una jerarquía constitucional “en las condiciones de su vigencia” (art. 75.22).

¹⁵ Ley General de la Administración Pública (Costa Rica), art. 6, inciso b). Como complemento a lo anterior, la Corte Suprema de Costa Rica ha reconocido en reiteradas oportunidades que la jurisprudencia de la Corte IDH tiene carácter vinculante en el ordenamiento jurídico de dicho país, al gozar de pleno valor jurídico, obligando en consecuencia a todos los tribunales. Véase, por ejemplo, los votos 2313-1995, de 9 de mayo de 1995, y el 9685-2000, de 1 de noviembre de 2000. Es a partir de esta realidad que debe interpretarse el art. 8 de la citada Ley General de la Administración Pública, según el cual “[el] ordenamiento administrativo se entenderá integrado por las normas no escritas necesarias para garantizar un equilibrio entre la eficiencia de la Administración y la dignidad, la libertad y los otros derechos fundamentales del individuo”.

¹⁶ Ley General de la Administración Pública (Decreto N° 146-86) (Honduras), art. 7, inciso c).

¹⁷ Ley de Procedimiento Administrativo General (Perú), art. V, numeral 2.2. (incorpora los tratados y convenios internacionales a las fuentes del procedimiento administrativo).

¹⁸ Derecho N° 500/1991 sobre Procedimiento Administrativo, art. 5 (asegura todos los derechos y garantías inherentes al debido proceso dentro del procedimiento administrativo, de conformidad con lo establecido a nivel constitucional y legal, así como también según las normas de derecho internacional).

¹⁹ Véase, por ejemplo, Schmidt-Assman, Eberhard, “El concepto de la constitucionalización del derecho administrativo”, en Montaña, Alberto y Os-

El derecho administrativo común en América Latina...

cional, lo constitucional y lo administrativo serían cada vez más tenues y porosas.²⁰ Así lo parecería sugerir el Tribunal Constitucional peruano al afirmar que:

[...] es preciso dejar a un lado la errónea tesis conforme a la cual la Administración Pública se encuentra vinculada a la ley o a las normas expedidas por las entidades de gobierno sin poder cuestionar su constitucionalidad. [La] Constitución es meridianamente [clara] al señalar que todos los peruanos (la Administración incluida desde luego) tienen el deber de respetarla y defenderla.²¹

La influencia normativa del derecho interamericano de los derechos humanos en la redefinición de los derechos administrativos nacionales operaría así simultáneamente en diversos frentes. Respecto de algunos países, esta redefinición se materializa a través de un mandato legislativo explícito según el cual el derecho administrativo nacional debe considerarlo como una directriz vinculante para toda actuación administrativa. Pero aun en defecto de estas normas legales, el influjo interamericano igualmente operaría sobre lo administrativo, aunque mediado a través de lo constitucional. Esto ocurrirá a través de la constitucionalización de bases positivas del derecho administrativo²² o también

pina, Andrés (eds.), *La constitucionalización del derecho administrativo*. XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014; Landa, César, “La constitucionalización del derecho administrativo”, *Thēmis-Revista de Derecho*, vol. 69, 2016, p. 199.

²⁰ Brewer-Carías, Allan R., “Sobre el control de convencionalidad ejercido por los tribunales nacionales y el derecho administrativo”, en Hernández Mendible, Víctor y Villegas Moreno, José Luis (eds.), *Hacia un derecho administrativo para retornar a la democracia*. Liber amicorum al profesor José Araujo Juárez, Caracas, CIDEP, 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”). En contra de esta posición véase, por ejemplo, Benítez-Rojas, Vicente, “La resistencia a la constitucionalización del derecho administrativo en Colombia: el Consejo de Estado y el caso de los actos discrecionales que ordenan el retiro”, *Dikaion*, vol. 19, núm. 1, 2010.

²¹ Sentencia del Tribunal Constitucional (Perú) de 3 de junio de 2005, expediente 0050-2004-PI fundamento jurídico 156.

²² Devolvé, Pierre, “La actualidad de la teoría de las bases constitucionales del derecho administrativo”, en Montaña, Alberto y Ospina, Andrés (eds.), *op. cit.*

a través de la judicialización de temáticas administrativas en jurisdicciones constitucionales.²³

Tercero, esta *agenda transformadora* de los ordenamientos administrativos locales se materializaría gracias al llamado control de convencionalidad.²⁴ En virtud de este mecanismo, “[...] los jueces no son simples aplicadores de la ley nacional, sino que tienen, además, una obligación de realizar una ‘interpretación convencional’, —si dichas leyes que aplicarán a un caso particular resultan ‘compatibles’ con la CADH—”.²⁵ Esta evaluación sobre la conformidad del derecho administrativo con el derecho interamericano operaría entonces en dos planos: a nivel internacional en un control desarrollado por la misma Corte IDH al conocer de los casos sometidos a su resolución (“control propio, original o externo de convencionalidad”), y uno a nivel interno realizado por los jueces nacionales (“control interno de conven-

²³ Landa, César, *op. cit.* (argumentando que para fundamentar este fenómeno debe “[realizarse] una evaluación de la constitucionalización del Derecho Administrativo, más allá de la presentación de las bases constitucionales del Derecho Administrativo señaladas en el marco constitucional, sino, a partir de su judicialización constitucional; es decir desde la jurisprudencia que ha emitido el Tribunal Constitucional”). En términos similares, Bermúdez, Jorge, *Las relaciones entre el derecho administrativo y el derecho común*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2012, p. 3.

²⁴ En este sentido, Bogdandy, Armin von, “The transformative mandate of the Inter-American System”, *MPIL Research Paper Series* No. 2019-16. En igual sentido, Brewer-Carías, Allan R., “Derecho administrativo y el control de convencionalidad”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. 67, núm. 268, 2017, p. 139: “[...] el control de convencionalidad puede decirse que se está desplazando del ámbito del derecho constitucional hacia el ámbito del derecho administrativo, en el cual se ubican [...] la mayoría de las normas de los tratados y convenciones internacionales [...]”.

²⁵ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional”, en Fix-Zamudio, Héctor y Valadés, Diego (coords.), *Formación y perspectivas del Estado en México*, México, UNAM, 2010. Según el mismo Ferrer-Mac-Gregor, ahora como juez de la Corte IDH, este control de convencionalidad debe ser ejercido no únicamente respecto de los casos dictados contra el Estado en cuestión, sino también respecto de la jurisprudencia emanada de fallos dictados contra otros países. Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, 20 de marzo de 2013. Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor.

El derecho administrativo común en América Latina...

cionalidad”).²⁶ Según la Corte Suprema chilena, en el plano interno esta obligación se traduce en que:

[...] mediante el control de convencionalidad, los jueces nacionales forman parte del sistema interamericano en la protección de los estándares de cumplimiento y garantía de tales derechos, dependiendo las consecuencias de este análisis de las funciones que cada operador de justicia tiene, siendo obligación de todos, las autoridades e integrantes del Estado, interpretar sistemática e integralmente las disposiciones que informan el sistema jurídico, de forma tal que sus determinaciones guarden la mayor correspondencia y compatibilidad con las obligaciones internacionales adquiridas soberanamente por este.²⁷

Pesaría entonces sobre todo juez nacional un deber de controlar la conformidad de las normas administrativas a los dictámenes de la Corte IDH, que se traduciría en una armonización y homogeneización de aquellas en torno a estos.²⁸ Este control debe ceñirse a la interpretación que la Corte IDH ha hecho de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) en su jurisprudencia, se trate o no de una decisión en que haya sido parte el Estado del juez respectivo,²⁹ así como también a sus opiniones consultivas.³⁰

²⁶ Esta distinción entre control externo e interno de convencionalidad es introducida por García Ramírez, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad: diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, México, Fundap, 2012. En esa misma obra colectiva, Eduardo Ferrer Mac-Gregor habla de *control concentrado* y *control difuso de convencionalidad* para referirse al control que opera en el plano externo e interno, respectivamente. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *op. cit.*

²⁷ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia (Chile) de 16 de mayo de 2019, caratulada *Norín Catrیمان y otros con Fisco*, rol de la causa 1386-2014, cdo. 9.

²⁸ Jinesta Lobo, Ernesto, “La construcción de un derecho administrativo común interamericano...”, *cit.*, p. 112.

²⁹ Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C, núm. 220.

³⁰ Corte IDH. OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión consultiva de 19 de agosto de 2014. Serie A, núm. 21.

¿Cómo se llevaría a la práctica este control de convencionalidad por parte de los jueces nacionales? Ciertamente podría ser realizado sin necesidad de recurrir a una acción o procedimiento particular. Sin perjuicio de ello, autores han sugerido que en América Latina la acción de amparo podría ser un mecanismo especialmente idóneo para que dicho control sea realizado con motivo del control jurisdiccional de la actuación administrativa,³¹ no obstante proceder respecto de otras acciones y procedimientos. Por ejemplo, en Colombia este control de convencionalidad ha sido ejercido en sede contencioso-administrativa a propósito de acciones de responsabilidad patrimonial del Estado.³²

Cuarto y último, este control difuso de convencionalidad no recaería únicamente sobre los tribunales, sino también sobre todas las autoridades estatales y, ciertamente, sobre las administrativas.³³ Por ello, así como la Corte chilena reconoce que los jueces de los Estados que forman parte del SIDH se han vuelto “jueces interamericanos”, así también podría decirse que los poderes ejecutivos de la región se han vuelto algo así como “eje-

³¹ En este sentido, Brewer-Carías, Allan R., “The Amparo as an instrument of a *Ius Constitutionale Commune*”, en Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

³² Por ejemplo, véase la sentencia 24070 (2012) de la sección tercera, subsección C, del Consejo de Estado (Colombia), ponencia del consejero Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Esta decisión es particularmente interesante, ya que afirma que este control de convencionalidad puede ser *contra-legem*, en el entendido de que “[...] la Sala de Sub-sección advierte que para casos como el presente donde cabe valorar la ocurrencia de violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario [...] no puede seguir aplicándose lo establecido en el Código de Procedimiento Civil ajeno al respeto de la protección de los derechos humanos, dado que se estaría vulnerando la CADH, debiendo garantizarse el acceso a la justicia en todo su contenido como derecho humano reconocido constitucional y supraconstitucionalmente (para lo que el juez contencioso administrativo puede ejercer el debido control de convencionalidad) [...]”.

³³ Así lo explicitó la Corte IDH a partir de *Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C, núm. 221, párr. 239: “[En] las [instancias democráticas] también debe primar un ‘control de convencionalidad’ [...] que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no solo del Poder Judicial”.

El derecho administrativo común en América Latina...

cutivos interamericanos”.³⁴ Por ejemplo, la poderosa Contraloría General de la República ha mandado a toda la Administración pública chilena que el control de legalidad que deben realizar incluye asegurarse de que los actos que dicten sean conformes con las normas de tratados internacionales que resulten aplicables,³⁵ en el cual ciertamente debe considerarse la CADH.

De esta manera, al redefinirse las fuentes normativas sobre las cuales se construyen los ordenamientos administrativos nacionales (segundo supuesto) y al recaer sobre las autoridades administrativas el deber de realizar un control de convencionalidad (cuarto supuesto), quienes integran las administraciones públicas latinoamericanas estarían colaborando activa y descentralizadamente en la construcción de un derecho administrativo común modelado en torno a los ideales normativos del SIDH.³⁶

III. ¿QUÉ LUGAR OCUPA EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMÚN EN LA LITERATURA COMPARATIVA DE AMÉRICA LATINA?

Para caracterizar adecuadamente esta propuesta de derecho administrativo común y los aportes que ella puede proporcionar

³⁴ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Control de convencionalidad y buenas prácticas: sobre el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales nacionales”, en Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando realidades*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019, p. 614: “el control de convencionalidad fortalece la complementariedad (subsidiariedad) 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 Sagüés, Néstor Pedro, “Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XXI, 2015, p. 141.

³⁵ Dictamen de la Contraloría General de la República (Chile) N° 61.817, de 26 de diciembre de 2006.

³⁶ En términos similares, Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, 8a. ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2003, t. I, particularmente en el cap. VI, cuando sugiere que este derecho internacional de los derechos humanos es de aplicación obligatoria, directa e inmediata en el orden interno por la Administración.

al desarrollo del derecho administrativo comparado en la región, debemos primero revisar la literatura latinoamericana que adopta una aproximación similar a lo comparativo.

Ciertamente no es inédito explicitar la importancia y procedencia del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho administrativo latinoamericano, como, por ejemplo, lo hizo décadas atrás Agustín Gordillo.³⁷ Tampoco es este el primer proyecto académico en referirse a la influencia que podría tener el control de convencionalidad en redefinir los ordenamientos administrativos de la región.³⁸ Incluso más, no constituye novedad alguna sugerir la existencia de un derecho administrativo común que se articula en torno a los ideales normativos del SIDH.

Como consecuencia, debemos inevitablemente preguntarlos cómo conversa esta propuesta de derecho administrativo común con la literatura comparativa latinoamericana que explora los vínculos entre derecho interamericano de los derechos humanos y derecho administrativo. La respuesta a esta pregunta facilitará considerablemente la carrera que deberá correr esta “tortuga académica”. Primero, permitirá reconocer los puntos en común con la literatura existente en los que podrá apoyarse y descansar. Segundo, facilitará explorar aquellos vacíos que deberá suplir al ir construyendo una propuesta de *Ius Commune*. Finalmente, ayudará a identificar las dificultades que proyectos académicos análogos han experimentado al empujar una agenda similar en la región.

3.1. El derecho administrativo común en la literatura latinoamericana

Muchos de los más destacados administrativistas de la región han explicitado el estrecho vínculo que existe entre derecho adminis-

³⁷ Gordillo, Agustín, *Derechos humanos*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2007.

³⁸ Por ejemplo, véase Gil Botero, Enrique, *Control de constitucionalidad en Colombia: una experiencia de diálogo judicial*, Bogotá, Tirant lo Blanch, 2019, particularmente el cap. V, pp. 202-248, donde se trata el impacto del control de convencionalidad en la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano.

El derecho administrativo común en América Latina...

trativo, derecho constitucional y derecho interamericano de los derechos humanos. Quien más lejos tal vez ha ido en esta línea ha sido el administrativista y juez costarricense Ernesto Jinesta, al sugerir que “[...] 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 paulatinamente”.³⁹

Sin embargo, la literatura comparativa que propugna estrechar los vínculos entre los derechos administrativos latinoamericanos y el derecho supranacional interamericano varía en sus aproximaciones y en la forma en la que se construye este vínculo.

Un primer grupo de autores sugiere la necesidad de apartarse de una concepción excesivamente autárquica del derecho administrativo, que se aproxima a este como si fuese un fenómeno exclusivamente local.⁴⁰ Dicha concepción reconoce la profunda influencia que tiene el derecho internacional en este.⁴¹ En América Latina se ha sugerido que este contacto entre derecho administrativo e internacional se produciría con mayor intensidad a propósito de los derechos fundamentales, al existir un Sistema Interamericano que impone *mínimos regionales*.⁴² Esto influen-

³⁹ Jinesta Lobo, Ernesto, “La construcción de un derecho administrativo común interamericano...”, *cit.*, pp. 112 y 113.

⁴⁰ En general, véase Cassese, Sabino, *Derecho administrativo: historia y futuro*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2014, p. 373. Para América Latina véase Alianak, Raquel Cynthia, *op. cit.* Véase también Delpiazzo, Carlos E., “Universalización de derechos, economía disruptiva y derecho administrativo global”, *Revista de Derecho Público*, año XXV, núm. 50, 2016, p. 27; Fernández Ruiz, Jorge (coord.), *Derecho administrativo global*, México, Porrúa, 2013; Kingsbury, Benedict *et al.* (eds.), *El nuevo derecho administrativo global en América Latina*, Nueva York, Ediciones RAP, 2009.

⁴¹ Para una aproximación general a la internacionalización de las relaciones administrativas véase Schmidt-Abmann, Eberhard, “La ciencia del derecho administrativo ante el reto de la internacionalización de las relaciones administrativas”, *Revista de Administración Pública*, núm. 171, 2006, p. 7.

⁴² Machado, Juan Pedro, *op. cit.*, p. 125.

ciaría e incluso condicionaría la comprensión que debe tenerse de las normas administrativas.⁴³ Para algunos —como Agustín Gordillo—, este condicionamiento se materializaría en una aplicación obligatoria, directa e inmediata del derecho internacional de los derechos humanos en el orden interno por parte de la Administración pública.⁴⁴

Tratándose del derecho interamericano de los derechos humanos, se ha sostenido que esta influencia en el derecho administrativo sería tanto sustantiva como procedimental,⁴⁵ manifestándose en forma particularmente profunda respecto de temas como procedimiento administrativo,⁴⁶ responsabilidad patrimonial del Estado administrador⁴⁷ y sanciones administrativas.⁴⁸ Esto se explicaría por la incidencia que tendrían respecto de estas materias las garantías judiciales de la CADH (art. 8).⁴⁹

⁴³ *Idem.*

⁴⁴ Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, cit. (véase especialmente lo señalado en el cap. VI).

⁴⁵ Alianak, Raquel Cynthia, *op. cit.*

⁴⁶ Por ejemplo, véase Flax, Gregorio, “El control de convencionalidad en el procedimiento administrativo”, en Albanese, Susana (coord.), *El control de convencionalidad*, Buenos Aires, Ediar, 2008, pp. 47-62. Véase también Machado, Juan Pedro, *op. cit.* Al respecto, Raquel Alianak sugiere que “[...] el control de convencionalidad debería ser incorporado explícitamente como uno de los principios sustanciales del procedimiento administrativo [...]”. Alianak, Raquel Cynthia, *op. cit.*, p. 42.

⁴⁷ Por ejemplo, Brewer-Carías, Allan R. y Santofimio, Jaime Orlando, *Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado*, Bogotá, Publicaciones Universidad Externado, 2013. Véase también Astaiza, William Ulrich, “El control de convencionalidad en la responsabilidad del Estado colombiano”, *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 16, núm. 1, 2020, p. 39.

⁴⁸ Por ejemplo, véase Guardenas, Galo, *El control de convencionalidad en el procedimiento administrativo sancionador*, Tesis de Maestría en Derecho, Universidad Andina Simón Bolívar, 2020.

⁴⁹ En este sentido, la procedencia de las garantías del art. 8 de la CADH respecto de procedimientos administrativos se ha vuelto explícita desde *Baena Ricardo*, según la cual “[...] cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal”. Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C, núm. 72, párr. 124.

El derecho administrativo común en América Latina...

¿Cómo se materializaría esta influencia en términos concretos? Juan Carlos Covilla distingue tres posibles maneras en que el SIDH influiría sobre los ordenamientos administrativos. Primero, y tal vez el caso más extremo, se exige a un Estado la modificación de su organización administrativa.⁵⁰ En este sentido, en el caso *Olmedo Bustos* se ordenó la eliminación del Consejo de Calificación Cinematográfico, un servicio público centralizado dependiente del Ministerio de Educación chileno.⁵¹ Por otro lado, en los casos *Escué Zapata* y *Masacres de Ituango* se ordenó al Estado colombiano la adopción de determinadas políticas públicas: en el primero, la creación de un fondo para desarrollar obras y, en el segundo, la creación de un programa de viviendas.⁵² Todos estos ejemplos tienen en común que se requiere de reformas destinadas a reorganizar la actuación administrativa. En segundo lugar, la influencia interamericana podría también manifestarse a través de exigir cambios en procedimientos administrativos.⁵³ Por ejemplo, en el caso *Xámok Kásek* se le exige al Estado paraguayo que el procedimiento administrativo de reivindicación de tierras sea substanciado de una cierta forma.⁵⁴ Finalmente, esta influencia también podría darse al reglar el ejercicio de una potestad administrativa en un determinado sentido que sea conforme a la jurisprudencia interamericana.⁵⁵ En el caso *Claude Reyes*, por ejemplo, se exigió al Estado chileno que el acceso a información pública fuese realizado de una determinada manera.⁵⁶

⁵⁰ Covilla Martínez, Juan Carlos, “El impacto de la jurisprudencia interamericana sobre las decisiones de la Administración Pública”, *Revista de Derecho Administrativo & Constitucional*, año XIX, núm. 78, 2019, p. 17.

⁵¹ Corte IDH. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C, núm. 73.

⁵² Corte IDH. *Caso Escué Zapata vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C, núm. 165, y *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C, núm. 148.

⁵³ Covilla Martínez, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 18.

⁵⁴ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xámok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C, núm. 214.

⁵⁵ Covilla Martínez, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 19.

⁵⁶ Corte IDH. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2016. Serie C, núm. 151.

LUIS EUGENIO GARCÍA-HUIDOBRO

Sin embargo, no todos aquellos que defienden esta profunda influencia del derecho internacional están de acuerdo respecto de las causas que explican la materialización de dicha influencia. Por ejemplo, hay quienes la reconocen aun a pesar de ser muy críticos de la doctrina del control de convencionalidad y, en cambio, la justifican en la autoejecutabilidad de los tratados internacionales que establecería la distribución de competencias esbozada en las mismas constituciones nacionales.⁵⁷ Otros afirman que la procedencia del control de convencionalidad en el derecho administrativo, más que establecer certezas, ha sembrado incertidumbres respecto de los grados, alcances y efectos de dicho control.⁵⁸

De esta manera, es también importante mencionar un segundo grupo de autores que atribuyen al control de convencionalidad la materialización de esta influencia internacional.⁵⁹ Para la mayoría de estos autores, el control de convencionalidad practicado por las administraciones públicas es procedente aun a pesar de su falta de consagración expresa en el texto expreso de la CADH.⁶⁰ Esta “creación pretoriana” —como la califica Jines-

⁵⁷ Véase, por ejemplo, Fuentes, Ximena y Farías, Diego, “El efecto directo del derecho internacional en el derecho chileno”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, vol. 25, núm. 2, 2018, p. 119. Para una crítica sobre los efectos colaterales que podría producir el control de convencionalidad y su falta de deferencia hacia los tribunales internos véase, por ejemplo, Dulitzky, Ariel, “An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights”, *Texas International Law Journal*, vol. 50, 2015, p. 45.

⁵⁸ Molina Hernández, Mario, “Administración pública y control de convencionalidad: problemáticas y desafíos”, *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, vol. 5, 2018, p. 287

⁵⁹ En general, véase Brewer-Carías, Allan R., *Control de convencionalidad. Marco conceptual, antecedentes, derecho de amparo y derecho administrativo*, Madrid, Ediciones Olejnik, 2019; López Olvera, Miguel A., *op. cit.*

⁶⁰ En este sentido, Durán Martínez, Augusto, “La jurisprudencia de la Corte interamericana de derechos humanos en la perspectiva del derecho administrativo: especial referencia al caso *Gelman vs. Uruguay*”, *Revista de Investigações Constitucionais*, vol. 1, núm. 2, 2014, p. 109: “[ese] control de convencionalidad es absolutamente procedente en el Uruguay, no porque lo diga la C.I.D.H. [Corte IDH], [...] sino porque los derechos

El derecho administrativo común en América Latina...

ta— se justificaría por el efecto positivo que tendría en modelar los ordenamientos administrativos nacionales, por cuanto permitiría ampliar considerablemente la protección que entrega el principio de legalidad a los ciudadanos ante cualquier actuación administrativa.⁶¹

Respecto del alcance que tendría el control de convencionalidad, hay quienes restringen su procedencia al afirmar que este solo puede ser invocado respecto de aquello que constituye un precedente en la jurisprudencia interamericana para efectos del derecho administrativo. Con este propósito, se sugiere que debe distinguirse en toda decisión de la Corte IDH aquello que constituye *ratio decidendi* y *obiter dictum*.⁶² En este sentido, Machado Arias recurre al caso *Castañeda Gutman vs. México*⁶³ para afirmar que solo constituyen precedentes aquellas “[...] afirmaciones de la Corte IDH [que], incorporadas en la parte considerativa o fundamentos de sus sentencias, [...] contengan alguna alusión que remita a [...] tópicos de derecho administrativo [...]” y en los que, además, exista coincidencia fáctica entre lo decidido por la sentencia invocada y los hechos respecto de los cuales el precedente se invoca.⁶⁴ Por otro lado, hay autores que sugieren la necesidad de introducir un “margen de apreciación nacional” similar al existente en el derecho europeo, a fin de conciliar las exigencias

humanos en general y el Pacto de San José de Costa Rica en particular [...]” son fuentes formales de derecho. En contra de esta posición véase Ochs Olazábal, Daniel, “El fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ‘Gelman contra Uruguay’”, *Estudios Jurídicos*, núm. 9, 2011, p. 97.

61 Jinesta Lobo, Ernesto, “La construcción de un derecho administrativo común interamericano...”, *cit.*, p. 112. En su opinión, “[las] posibilidades de salir victorioso para los administrados en un proceso contencioso-administrativo crecen exponencialmente [...]”.

62 Machado, Juan Pedro, *op. cit.*

63 Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C, núm. 184.

64 Machado, Juan Pedro, *op. cit.* López Olvera también propone una “metodología” para la realización del control de convencionalidad. López Olvera, Miguel A., “El control de convencionalidad de la Administración Pública”, *Novum*, 2014, particularmente el cap. VII.

interamericanas con las particularidades propias de los ordenamientos administrativos nacionales.⁶⁵

En contraposición, la mayoría de los autores no incorporan o sugieren restricción alguna respecto de qué podrá invocarse como un precedente de la Corte IDH al momento de realizar el control de convencionalidad respecto del derecho administrativo. En este sentido, Juan Carlos Covilla afirma que la Administración pública debe considerar como parte del precedente judicial las interpretaciones que se hayan dado respecto de una norma de la CADH y, además, las formas de reparación.⁶⁶

En cuanto a la forma de ejercer este control de convencionalidad respecto del derecho administrativo, diversos autores efectúan una serie de distinciones. Primero, respecto del control difuso de convencionalidad por parte de la judicatura, hay quienes enfatizan el rol preponderante que tendrían los tribunales contencioso-administrativos. En este sentido, Ernesto Jinesta reconoce que este control difuso le corresponde a todos los jueces, pero “[...] el que pueda ejercer la justicia contencioso-administrativa resulta más significativo por el tipo de conductas fiscalizadas y de controversias que dirime”, por cuanto son ellos los responsables de controlar la actividad administrativa.⁶⁷ Segundo,

⁶⁵ Gatti, Franco, “La doctrina del ‘margen de apreciación nacional’ y la Administración Pública: horizontes y limitaciones del control de convencionalidad”, *Revista Eurolatinoamericana de derecho administrativo*, vol. 3, núm. 1, 2016, p. 19; Barbosa Delgado, Francisco, “Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales”, *Revista de Derecho del Estado*, vol. 26, 2011, p. 107. En contra de esta posición, el exjuez de la Corte IDH Antônio Cançado Trindade sostiene que es imposible aplicar la doctrina del margen de apreciación en una región con la fragilidad institucional de Latinoamérica. Cançado Trindade, Antônio, *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pp. 389 y 390.

⁶⁶ Covilla Martínez, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 28.

⁶⁷ Jinesta Lobo, Ernesto, “Control de convencionalidad difuso ejercido por las jurisdicciones constitucional y contencioso-administrativa”, en Brewer-Carías, Allan R. *et al.* (eds.), *Estudios sobre el control de convencionalidad*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2015, p. 114. En igual sentido, Brewer-Carías, Allan R., “Sobre el control de convencionalidad ejercido...”, *cit.*

El derecho administrativo común en América Latina...

Allan Brewer-Carías afirma que, si bien los funcionarios administrativos no podrían realizar un control difuso de constitucionalidad,⁶⁸ igualmente pesa sobre ellos un deber de realizar el control de convencionalidad, aunque sujeto al posterior control de la jurisdicción contencioso-administrativa.⁶⁹ En este punto, corresponde hacer una digresión respecto del caso colombiano: los funcionarios administrativos en ese país están constitucionalmente facultados para ejercer un control difuso de constitucionalidad a través de la llamada excepción de inconstitucionalidad.⁷⁰ Sobre la base de esta potestad, hay quienes sostienen que el control de convencionalidad debe entenderse comprendido dentro de dicha atribución constitucional.⁷¹ En contra de la posición sustentada por Brewer-Carías, Raquel Alianak afirma que los funcionarios administrativos están obligados a realizar el control de convencionalidad incluso si un precepto legal no les permite conocer del asunto.⁷² Tercero, Néstor Sagüés distingue dos formas en que este control de convencionalidad debe llevarse a cabo por las administraciones públicas: por una parte, en la emisión de actos administrativos de efectos generales (decretos reglamentarios de legislación, decretos de necesidad y urgencia, normativa regulatoria sectorial, etc.), ellos deben cuidar que su

⁶⁸ Esto es explícito en el caso peruano, ya que el Tribunal Constitucional de dicho país ha prohibido expresamente la posibilidad de un control difuso de constitucionalidad en sede administrativa. Véase la sentencia del Tribunal Constitucional (Perú) en el expediente 04293-2012-PA/TC, de 18 de marzo de 2014 (caso *Consortio Requena*).

⁶⁹ Brewer-Carías, Allan R., “Sobre el control de convencionalidad ejercido...”, *cit.*

⁷⁰ Constitución colombiana, art. 4. Sobre la excepción de constitucionalidad en el derecho colombiano véase Quiroga Natale, Edgar, “La excepción de inconstitucionalidad en el ordenamiento jurídico colombiano. Aproximaciones elementales para su estudio y comprensión”, *Revista de Derecho Público*, núm. 34, 2015, p. 3.

⁷¹ Astaiza, William Ulrich, *op. cit.*, p. 59: “la misma Constitución Política [...] permite [...] inaplicar una norma utilizando el mecanismo de la excepción de inconstitucionalidad, cuestión que se puede hacer extensiva a la convencionalidad, lo que permite de esta manera mantener el ordenamiento jurídico a tono con lo dispuesto por la CIDH”.

⁷² Alianak, Raquel Cynthia, *op. cit.*, p. 41. La autora entrega un ejemplo hipotético de incompatibilidad entre la jurisprudencia de la Corte IDH con la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos de Argentina.

dictación sea conforme a la jurisprudencia interamericana. Pero además, este control de convencionalidad también deberá ser ejercido por la Administración pública al interpretar y dar cumplimiento a la normativa que le sea aplicable.⁷³

Finalmente, las aproximaciones más ambiciosas al estudio de las interacciones entre lo administrativo, lo constitucional y lo interamericano sugieren que ellas permitirán transitar hacia un derecho administrativo común interamericano.⁷⁴ En este sentido, Covilla sugiere indirectamente esta posibilidad, al afirmar que “[...] la expansión de las barreras del Derecho administrativo nacional hacia una ‘latinoamericanización’ del derecho común de los derechos humanos tiene un impacto en el primero”.⁷⁵ Aunque todavía sumamente escasa, este tercer grupo de autores suele limitarse a explicitar la posibilidad de un derecho administrativo común interamericano, pero no realizan mayores esfuerzos por delimitarlo conceptualmente ni por ofrecer supuestos metodológicos para su desarrollo.

3.2. Conclusiones preliminares: vacíos en la literatura y desafíos para el derecho administrativo común

¿Qué puede concluirse de esta breve revisión de literatura? Con mayor o menor énfasis, prácticamente todas las contribuciones que pregonan el desarrollo de un derecho administrativo común —o, al menos, la convergencia de los ordenamientos nacionales en torno al derecho interamericano— se centran casi exclusivamente en teorizar cómo hacer operativo el control de convencionalidad en los ordenamientos administrativos y en dilucidar los supuestos normativos y teóricos sobre los cuales esta propuesta descansa. Salvo algunas excepciones, todos ellos también sugieren que se trataría de un fenómeno positivo.⁷⁶

⁷³ Sagüés, Néstor Pedro, *op. cit.*, p. 146.

⁷⁴ Jinesta Lobo, Ernesto, “La construcción de un derecho administrativo común interamericano...”, *cit.*, p. 112; Gatti, Franco, *op. cit.*

⁷⁵ Covilla Martínez, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 24.

⁷⁶ Por ejemplo, Covilla Martínez, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 25; Gatti, Franco, *op. cit.*

El derecho administrativo común en América Latina...

Este énfasis supone, sin embargo, que se han dejado muchos aspectos de esta propuesta teórica descuidados. Seamos claros: esto en caso alguno supone un reproche, sino una constatación del todo esperable tratándose de una propuesta académica en estado todavía germinal. Pero es desde esta constatación que se hace la recomendación inicial de avanzar con lenta determinación, considerando la importante cantidad de vacíos y desafíos que deberá abordar la empresa del *Ius Commune* administrativo.⁷⁷

Por de pronto, detengámonos en dos de estos desafíos respecto de los cuales parecería ser más urgente tener claridad conceptual. Primero, la necesidad de dotar de un marco analítico a partir del cual estudiar el fenómeno del derecho administrativo común en la región. Como adelanté, este capítulo ofrece una respuesta de derecho administrativo comparado ante este desafío. Segundo, la también imperiosa exigencia de retratar adecuadamente las particularidades propias de los derechos administrativos nacionales sobre los cuales se busca influir.

¿Por qué es esto importante? Respecto del primer punto, tener claridad sobre cómo se construyen metodológicamente los supuestos en los que descansa una propuesta de derecho administrativo común contribuirá a dilucidar algunos de los aspectos todavía oscuros del *Ius Commune* latinoamericano. Por ejemplo, este tipo de propuestas académicas suele ser acusado de adolecer de un sesgo marcadamente normativo,⁷⁸ algo que incluso sus defensores parecen implícitamente reconocer.⁷⁹ Frente a esta

⁷⁷ Algunos de los mayores y más difíciles desafíos que este proyecto deberá abordar están enunciados en García-Huidobro, Luis Eugenio y Guidi, Sebastián, *op. cit.*

⁷⁸ Así lo reconoce Giacinto Della Cananea, al sugerir ciertas estrategias para minimizar los sesgos normativos. Della Cananea, Giacinto, “A New Comparative Research on Administrative Law in Europe: Implications for Latin America”, *CoCEAL Working Papers Series*, vol. 6, núm. 2, 2019.

⁷⁹ Respecto del antecedente directo de este proyecto —el *Ius Constitutionale Commune* latinoamericano— es interesante notar que para sus propios defensores estas funciones descriptivas y normativas no parecen estar del todo delimitadas. La doble función del ICCAL es explícita desde los orígenes del movimiento: “[El ICCAL tiene] tanto aspiraciones descriptivas y prescriptivas”, García Jaramillo, Leonardo, “Desafíos de la interamericanización del derecho: la contribución del *Ius Constitutionale Commune*”,

debilidad, un marco analítico que individualice cada supuesto requerido para la construcción de un derecho administrativo común facilitaría distinguir aquellas dimensiones normativas de las propiamente descriptivas.

¿Por qué desarrollar este marco analítico desde el derecho comparado? Ciertamente, esta tarea podría construirse a partir del derecho internacional, dado el carácter supranacional de la Corte IDH.⁸⁰ Sin embargo, parte importante de los proyectos supranacionales que propenden hacia la armonización de los ordenamientos nacionales han sido abordados y desarrollados académicamente por la literatura comparativa. Como veremos, la razón es simple: la actividad comparativa ofrece las categorías conceptuales y herramientas metodológicas que son particularmente propicias para el desarrollo de tales proyectos.⁸¹

La importancia del segundo punto individualizado parecería ser evidente: difícilmente podrá influenciarse aquello que no se termina de comprender. Una de las críticas más comunes a los trabajos comparativos es no tener en cuenta las diferencias y particularidades contextuales entre aquellos elementos que se compa-

en Bogdandy, Armin von; Morales Antoniazzi, Mariela y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *op. cit.*, p. 580. En igual sentido, véase la introducción de los editores a *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune*, *op. cit.*, 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”. Bogdandy, Armin von, “The Idea of European Public Law Today”, en Bogdandy, Armin von; Huber, Peter M. y Cassese, Sabino (eds.), *Max Planck Handbooks in European Public Law*, vol. 1: *The Administrative State*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

⁸⁰ Para una posible aproximación desde el derecho internacional véase Roberts, Anthea, “Comparative International Law? The Role of National Courts in Creating and Enforcing International Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 60, núm. 1, enero de 2011, p. 57.

⁸¹ A mayor abundamiento, quienes desde el derecho internacional buscan desarrollar proyectos similares han comenzado a hablar de un *derecho internacional comparado*. En general, véase Roberts, Anthea *et al.* “Conceptualizing Comparative International Law”, en Roberts, Anthea *et al.* (coords.), *Comparative International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2018.

El derecho administrativo común en América Latina...

ran.⁸² Esto es particularmente cierto en el derecho administrativo, en el que es muy difícil estimar —y explicar— la profundidad de las similitudes y divergencias entre los ordenamientos comparados,⁸³ y lo es más aún en América Latina. El profundo abismo que separa la legislación administrativa de las prácticas burocráticas lleva a que muchas veces las administraciones públicas estén realmente organizadas en torno a instituciones informales⁸⁴ y que exista en ellas una extendida cultura del incumplimiento de las normas.⁸⁵ Estas particularidades permiten explicar que uno de los más destacados administrativistas latinoamericanos haya justificado la necesidad de desarrollar el derecho administrativo comparado en la región justamente a fin de dilucidar las particularidades propias del derecho administrativo en la región.⁸⁶

Las implicancias de esto son evidentes para este proyecto, particularmente si realmente se busca promover una agenda transformadora a partir del derecho administrativo común. Para procurar el éxito de esta empresa, bien harían sus defensores en evitar *gatopardismos* ante la inescrutabilidad de las administraciones públicas latinoamericanas. Como en la novela, debe evitarse incurrir en el consejo que Tancredi le ofrece a su tío Fabrizio: “si queremos que todo siga como está, necesitamos que todo cambie”. Existen sobradas anécdotas sobre la dificultad superlativa que supone promover cualquier cambio desde arriba en las estructuras burocráticas de la región, sobre todo si ellas son promovidas “desde arriba”. Una cosa puede ser la dictación de una

⁸² En este sentido, Peters, Anne y Schwenke, Heiner, “Comparative Law beyond Post-Modernism”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 49, 2000, p. 800.

⁸³ Craig, Paul, “Comparative Administrative Law and Political Structure”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 37, 2017, p. 946.

⁸⁴ Véase, en general, Gordillo, Agustín, *La administración paralela*, Madrid, Civitas, 1982. Sobre las instituciones informales en América Latina véase, en general, Helmke, Gretchen y Levitsky, Steven (eds.), *Informal Institutions and Democracy. Lessons from Latin America*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 2006.

⁸⁵ Véase, en general, García Villegas, Mauricio, *Normas de papel: la cultura del incumplimiento de reglas*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2009.

⁸⁶ Mairal, Héctor, “The Need for Comparative Administrative Law Studies in Latin America”, *Comparative Law Review*, vol. 6, núm. 1, 2015.

LUIS EUGENIO GARCÍA-HUIDOBRO

sentencia o la promulgación de una ley, pero otra muy distinta será el largo proceso de su implementación, camino en el cual deberá superar diversos obstáculos y en el que probablemente la propuesta de cambio normativo que unas y otras contengan será deconstruido y reconstruido en más de una oportunidad.⁸⁷

Por la imposibilidad de abordar ambos desafíos, dadas las limitaciones que supone una publicación de esta naturaleza, en la próxima sección me concentraré en el primer desafío en el sentido de bosquejar preliminarmente un marco analítico para abordar el derecho administrativo común desde como un enfoque comparativo.

IV. EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMÚN LATINOAMERICANO COMO PROYECTO DE DERECHO COMPARADO

Ciertamente no existe una única forma o metodología para aproximarse a la comparación en el derecho administrativo.⁸⁸ Y está bien que así sea: la diversidad de metodologías comparativas disponible en esta disciplina responde a la multiplicidad de fines y objetos que se puede perseguir. Como sugiere Giacinto Della Cananea, la aproximación comparativa que se elija para estudiar los distintos ordenamientos administrativos deberá considerar el propósito buscado, el objeto a comparar y las distintas alternativas metodológicas disponibles.⁸⁹

Ante esta pluralidad de alternativas, quienes propugnan la interamericanización del derecho administrativo en torno a un

⁸⁷ En términos similares (respecto de las reformas en contra del clientelismo político) véase Grindle, Merilee, *Job for the Boys, Patronage and the State in Comparative Perspective*, Massachusetts, Harvard University Press, 2012.

⁸⁸ En este sentido, Velasco Caballero, Francisco, *Administraciones públicas y derechos administrativos*, Madrid, Marcial Pons, 2020, p. 155. Véase, también de este autor, una breve taxonomía de las distintas aproximaciones comparativas en derecho administrativo en Velasco Caballero, Francisco, “Metodología comparativa para el derecho administrativo”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 200, julio-septiembre de 2019, p. 51.

⁸⁹ Della Cananea, Giacinto, “A New Comparative Research on Administrative Law in Europe...”, *cit.*

El derecho administrativo común en América Latina...

derecho común podrían desarrollar esta empresa adoptando una aproximación comparativa prescriptiva, vertical y *top-down*. Simplemente enunciemos cada uno de los elementos que supone este marco analítico para aproximarse al derecho administrativo común desde lo comparativo.

En primer lugar, se trataría de una aproximación comparativa *vertical*.⁹⁰ A diferencia de las aproximaciones comparativas más tradicionales, en las que se privilegian comparaciones horizontales,⁹¹ una comparación vertical se utiliza cuando existen diversos niveles o escalones jerárquicos.⁹² Este tipo de comparaciones son muy comunes cuando se estudian sistemas de gobernanza multinivel que involucran organizaciones supranacionales como la Unión Europea o el SIDH.⁹³

Segundo, esta aproximación comparativa vertical sería además *top-down*. Ellas operan cuando el derecho nacional incorpo-

⁹⁰ Para aproximaciones comparativas verticales en derecho administrativo véase, por ejemplo, Scarciglia, Roberto, “Reconsidering Comparative Methodology in Administrative Law”, *Beijing Law Review*, vol. 10, 2019, pp. 1051 y 1057. La verticalidad y horizontalidad como categorías de metodología comparativa efectivamente son utilizadas con frecuencia en derecho internacional comparado. Véase, por ejemplo, Siems, Mathias, “New Directions in Comparative Law”, en Reimann, Mathias y Zimmermann, Reinhard (eds.), *Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 868.

⁹¹ En este sentido, Velasco Caballero, Francisco, *Administraciones públicas...*, *cit.*, p. 149. Las comparaciones horizontales son aquellas realizadas entre instituciones o sistemas legales que pertenecen a un mismo nivel o escalón. Un buen ejemplo de este tipo de comparación es el estudio de Peter Cane sobre los mecanismos para controlar la actividad administrativa en Australia, Reino Unido y Estados Unidos. Cane, Peter, *Controlling Administrative Power*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016.

⁹² Momirov, Aleksandar y Naudé Fourie, Andria, “Vertical Comparative Legal Methods: Tools for Conceptualizing the International Rule of Law”, *Erasmus Law Review*, vol. 2, 2009, pp. 291 y 295.

⁹³ Véase, por ejemplo, Della Cananea, Giacinto, “Administrative Law Beyond the State: The Influence of International and Supranational Organizations”, en Cane, Peter *et al.* (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2020; Ziller, Jacques, *op. cit.* Ziller reconoce que en sistemas de gobernanza multinivel la comparación legal tiene “[...] un papel destacado”.

ra conceptos internacionales o supranacionales a su sistema jurídico, a su terminología o su ideología.⁹⁴ Es decir, hay un flujo de influencias supranacionales hacia instancias o niveles inferiores, como ocurre en toda organización supranacional o internacional que dispone de múltiples poderes normativos cuyos efectos deberían surtir efectos en los ordenamientos nacionales. Así, las aproximaciones verticales *top-down* se preocupan de estudiar la manera en que las distintas jurisdicciones nacionales involucradas asimilarían una misma fuente normativa o regla supranacional aplicable a todas ellas.⁹⁵ En el caso particular del derecho administrativo común, el *tertium comparationis* estaría dado por las decisiones de la Corte IDH.

Finalmente, esta aproximación comparativa es prescriptiva.⁹⁶ Decíamos más arriba que uno de los elementos sobre el cual se construye el derecho administrativo común está dado por la tesis de la convergencia. Desde una perspectiva comparativa, ello supone reconocer que uno de los propósitos centrales de este proyecto estaría dado por la homogeneización o armonización de los ordenamientos administrativos locales en torno a ideales normativos interamericanos. De ahí su carácter prescriptivo: a través de la comparación de derechos administrativos se buscan soluciones normativas a problemas o desafíos concretos.⁹⁷

Para retratar este último punto, recurramos a un reciente pronunciamiento de la Corte IDH. Hace algunos años, el Estado co-

⁹⁴ Para una breve explicación sobre aproximaciones verticales *top-down* y *bottom-up* véase Momirov, Aleksandar y Naudé Fourie, Andria, *op. cit.*, pp. 291 y 295. Estas comparaciones verticales *top-down* comúnmente ocurrirán en procesos de internalización de normativa internacional. En este sentido, véase Hongju Koh, Harold, “Why Do Nations Obey International Law?”, *Yale Law Journal*, 1997, p. 2599. Sobre la internalización de normas internacionales en los ordenamientos administrativos véase, por ejemplo, Cohen, Amichai, “Bureaucratic Internalization: Domestic Governmental Agencies and the Legitimization of International Law”, *Georgetown Journal of International Law*, 2005, p. 1079.

⁹⁵ Scarciglia, Roberto, *op. cit.*, pp. 1051 y 1058.

⁹⁶ En este sentido, véase la introducción de los editores a *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune*, *op. cit.*, p. 4.

⁹⁷ Velasco Caballero, Francisco, *Administraciones públicas...*, *cit.*

El derecho administrativo común en América Latina...

lombiano acudió a la Corte solicitando un pronunciamiento en torno a la figura de la reelección presidencial indefinida, en el sentido de determinar cuál debía ser su tratamiento a la luz de la CADH. Este requerimiento tuvo lugar en un contexto regional marcado no solo por las notorias diferencias en la regulación constitucional de la reelección principal, sino también por pronunciamientos de tribunales superiores en Bolivia, Honduras y Nicaragua que abrogaron disposiciones constitucionales que establecían límites a la reelección presidencial basados en dudosos argumentos de la discriminación desproporcionada que esto supondría para el derecho a ser elegido.⁹⁸ En lo que nos interesa, la opinión de la Corte IDH fue categórica: la reelección presidencial indefinida es contraria a los principios de una democracia representativa y, en consecuencia, a las obligaciones establecidas en la CADH.⁹⁹

No obstante que esta decisión puede ser comparada de diversas maneras,¹⁰⁰ para el derecho administrativo común este dictado de la Corte IDH sería abordado primeramente como una fuente normativa supranacional cuyo propósito es armonizar los ordenamientos nacionales en aquellos aspectos de derecho positivo o diseño institucional que no se adecuen a los límites a la reelección presidencial que introduce en su opinión la Corte IDH. Por lo demás, este pronunciamiento es concordante con las preferencias normativas que normalmente enumeran los defensores del *Ius Commune*: suele reconocerse en el hiperpresiden-

⁹⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua. Sentencia No. 504, de 19 de octubre de 2009, pp. 20-23; Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Sentencia No. 0084-2017, de 28 de noviembre de 2017, pp. 75 y 76, y Corte Suprema de Justicia de Honduras. Sentencia de 22 de abril de 2015, cdos. 18 y 24-26.

⁹⁹ Corte IDH. OC-28/21. La figura de la reelección presidencial indefinida en sistemas presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Opinión consultiva de 7 de junio de 2021. Serie A, núm. 28.

¹⁰⁰ Desde una perspectiva horizontal, por ejemplo, esta decisión podría ser comparada con algunas recomendaciones de la Comisión de Venecia sobre límites a las reelecciones presidenciales, a fin de evaluar las semejanzas y diferencias con que ambos organismos transnacionales se aproximan a este asunto. Véase, por ejemplo, Opinión 864/2016 de la Comisión de Venecia, de 18 de octubre de 2016, sobre la modificación de reforma constitucional de Azerbaiyán sometida a plebiscito.

cialismo latinoamericano uno de los principales retos o desafíos de la agenda transformadora del *Ius Constitutionale Commune*.¹⁰¹ Existen sobradas razones para ello: la excesiva concentración de poder en torno a las figuras presidenciales y los escasos frenos institucionales que caracterizan a muchas democracias constitucionales latinoamericanas no solo supone riesgos para la estabilidad institucional, sino que además serían más proclives a parálisis institucionales y a producir ingobernabilidad.¹⁰²

De igual manera, el hiperpresidencialismo y sus diversas manifestaciones institucionales también pueden suponer un desafío o reto en el proceso de concreción administrativo del *Ius Commune* latinoamericano. Esta variante latinoamericana del presidencialismo requiere como condición de existencia una burocracia débil y fácilmente manipulable,¹⁰³ razón por la cual la clase política en su conjunto tiene incentivos para promover estructuras estatales en las que predomina el clientelismo¹⁰⁴ y prebendarismo (*patrona-*

¹⁰¹ Por ejemplo, Bogdandy, Armin von, “The Transformative Mandate of the Inter-American System...”, *cit.*, p. 1: “[en] América Latina, el constitucionalismo transformador es definido por los desafíos de [...] débiles instituciones domésticas producto del fenómeno político del hiperpresidencialismo”. En términos todavía más explícitos, Valadés, Diego, “The Presidential System in Latin America A Hallmark and Challenge to a Latin American *Ius Constitutionale Commune*”, en Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America...*, *cit.*

¹⁰² Para varias de estas críticas en contra del presidencialismo latinoamericano véase Alegre, Marcelo y Maisley, Nahuel, “Presidentialism and hyper-presidentialism in Latin America”, en Hübner Mendes, Conrado; Gargarella, Roberto y Guidi, Sebastián (eds.), *The Oxford Handbook of Constitutional Law in Latin America*, Oxford, Oxford University Press, 2022.

¹⁰³ Aunque este punto no ha sido desarrollado en profundidad, sí es mencionado por Zuvanic, Laura; Iacoviello, Mercedes y Rodríguez Gustá, Ana Laura, “The Weakest Link: The Bureaucracy and Civil Service Systems in Latin America”, en Scartascini, Carlos; Steinl, Ernesto y Tommasi, Mariano (eds.), *How Democracy Works: Political Institutions, Actors, and Arenas in Latin American Policymaking*, Washington, D. C., Inter-American Development Bank, 2010; Grindle, Marilee S., *Jobs for the Boys Patronage and the State in Comparative Perspective*, Massachusetts, Harvard University Press, 2012, particularmente el cap. 4.

¹⁰⁴ Sobre la relación entre hiperpresidencialismo y clientelismo partidario véase, por ejemplo, Rhodes-Purdy, Matthew y Madrid, Raúl L., “The perils of personalism”, *Democratization*, vol. 27, 2020, pp. 324: “Los presidentes

El derecho administrativo común en América Latina...

ge).¹⁰⁵ De esta manera, muchas materias propiamente administrativas —como el empleo o función pública— son áreas centrales de la “sala de máquinas” de los Estados latinoamericanos.¹⁰⁶

Volvamos por un momento a lo comparativo. Esta aproximación “pragmática” o “utilitaria” de lo comparativo suele ser cuestionada por algunos académicos.¹⁰⁷ Sin embargo, ella es cada vez más común, como consecuencia de una creciente demanda de armonización jurídica que surge de la proliferación de instancias de gobernanza transnacional e internacional.¹⁰⁸ Es entonces fácil justificar la utilización de un método comparativo prescriptivo o técnico por sobre uno teórico —como las aproximaciones *funcionalistas* o *culturalistas*— en atención al propósito transformador que busca tener este proyecto interamericano de encontrar soluciones o cambios normativos que se adecuen a los ideales interamericanos.¹⁰⁹

que presiden partidos personalistas son mucho más propensos a socavar la democracia que los presidentes que deben lidiar con partidos gobernantes que tienen un liderazgo independiente y una burocracia institucionalizada”.

¹⁰⁵ Geddes, Barbara, *Politician's Dilemma Building State Capacity in Latin America*, Berkeley, University of California Press, 1994.

¹⁰⁶ El término “sala de máquinas” fue acuñado por Roberto Gargarella para referirse al andamiaje institucional consagrado en las constituciones latinoamericanas. Gargarella, Roberto, *La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Buenos Aires, Katz Editores, 2014.

¹⁰⁷ Véase, por ejemplo, Glenn, H. Patrick, “Aims of Comparative Law”, en Smits, Jan M. (ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2006, p. 61.

¹⁰⁸ Entre otros, véase Constantinesco, Léontin-Jean, *Traité de Droit Comparé*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1974, vol. 2, pp. 334 y 370; Örücü, Esin, *The Enigma of Comparative Law*, Dordrecht, Springer, 2004, p. 37; Baade, Hans W.; Herzog, Peter E. y Schlesinger, Rudolf B., *Comparative Law*, Foundation Press, 1998, University Casebook Series, pp. 37-43; Zweigert, Konrad y Kötz, Hein, *Introduction to Comparative Law*, Oxford, Clarendon Press, 1998. El mismo Glenn reconoce que “[...] las formas regionales o temáticas de armonización se considerarían hoy en día como los límites máximos del proceso comparativo de armonización”. Glenn, H. Patrick, *op. cit.*, pp. 61 y 62.

¹⁰⁹ Sobre las distintas aproximaciones metodológicas y los propósitos que cada una de ellas busca véase Scarciglia, Roberto, *op. cit.*

Tal vez el ejemplo más claro de esta aproximación “pragmática” al derecho administrativo comparado está representado por la experiencia europea, cuyas normas comunitarias han tenido un fuerte impacto homogeneizador en el derecho administrativo de los distintos países de la región.¹¹⁰ Como reconoce Ziller, aun a pesar de que la actividad comparativa en derecho administrativo europeo se había practicado durante cerca de un siglo sin una profunda reflexión al respecto,¹¹¹ esta solo ha adquirido real importancia en el marco de la integración europea y su proyecto jurídico supranacional.¹¹² Por ello, al profundizar y perfeccionar este marco analítico comparativo, podrá tenerse como referente la teorización que se ha dado desde el derecho comparativo de la experiencia europea.

Finalmente, esta aproximación vertical al derecho administrativo común no excluye otras posibles comparaciones prescriptivas que puedan darse lateralmente dentro de este marco. En este sentido, Sabino Cassese sugiere que la actividad desplegada con motivo de un derecho administrativo común no debe desconocer una posible dimensión interestatal que podría producirse en la forma de un diálogo horizontal entre los distintos Estados.¹¹³ Para ilustrar esto, volvamos al ejemplo de la opinión consultiva sobre los límites a la reelección presidencial. Solo unos meses después de dicho precedente, la Corte Suprema de El Salvador dictó una controvertida decisión en la que reinterpretó la Constitución para habilitar la reelección del presidente

¹¹⁰ Véase, por ejemplo, Moreno Molina, José Antonio, “La administración pública comunitaria y el proceso hacia la formación de un derecho administrativo europeo común”, *Revista de Administración Pública*, vol. 148, 1999, pp. 355: “[En] la actualidad no cabe ninguna duda de que el derecho comunitario constituye un formidable vehículo de homogeneización de las diferentes normativas nacionales”.

¹¹¹ Véanse, por ejemplo, Goodnow, Frank J., *Comparative Administrative law: an analysis of the administrative systems, national and local, of the United States, England, France and Germany*, Nueva York, Putnam, 1903; Batbie, Anselme, *Traité théorique et pratique de droit public et administrative*, París, Cotillon, 1861; Ghose, Nagendranath, *Comparative Administrative Law*, Londres, Butterworth, 1919.

¹¹² Ziller, Jacques, *op. cit.*

¹¹³ Cassese, Sabino, *op. cit.*, pp. 288 y 289.

El derecho administrativo común en América Latina...

Bukele a un segundo mandato.¹¹⁴ Esta decisión es importante por diversas razones. Primero, y desde una perspectiva vertical, la Corte salvadoreña procura encubrir esta regresión democrática en un diálogo con la Corte IDH, al pretender fundar una de las conclusiones de la jurisprudencia interamericana.¹¹⁵ Pero en lo que nos interesa, un proceder de una corte suprema nacional como este podría también desencadenar interacciones interestatales. Por ejemplo, el Estado salvadoreño podría interesarse en indagar cómo Bolivia, Nicaragua y Honduras han procurado justificar la situación similar en la que se encuentran. Sin ir más lejos, Bolivia participó del procedimiento que concluyó en la emisión de la opinión consultiva 28/21. De igual manera, otros Estados podrían solicitar un nuevo pronunciamiento de la Corte IDH a la luz de estos nuevos antecedentes, lo que podría generar comportamientos estratégicos de parte de los distintos Estados que integran el SIDH.

V. CONCLUSIONES

Contrario a lo que podría pensarse, este capítulo no se propone realizar una invitación al pesimismo. Al ser este un proyecto colectivo y que pretende ser de largo aliento, en donde otros han fracasado, las posibilidades de éxito aumentan considerablemente. Por otro lado, esta empresa difícilmente podría ser más oportuna: ella es impulsada en un momento particularmente propicio para el desarrollo del derecho administrativo comparado y, por ello, debe celebrarse una iniciativa que busca contribuir al creciente interés en torno a este.

Los vacíos en la literatura retratados en las secciones anteriores ciertamente nos dejan una importante lección: el éxito de este proyecto académico supone hacer frente a una multiplicidad de desafíos y problemas. Pero desde otra perspectiva, dichos vacíos representan también muchas oportunidades en las que el derecho administrativo común latinoamericano podría efectuar

¹¹⁴ Sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (El Salvador), de 3 de septiembre de 2021, núm. 1-2021.

¹¹⁵ *Idem*, conclusión primera, p. 26.

importantes aportes a la literatura latinoamericana de derecho administrativo comparado.

Por ello, el de este capítulo es más bien un llamado de alerta que busca aconsejar a quienes buscan contribuir a este proyecto. Muy especialmente considerando que quienes lo intenten deberán enfrentarse a un enemigo formidable e inexplorable: las burocracias latinoamericanas, que a la fecha permanecen muy inexploradas por las ciencias sociales.¹¹⁶ Si aun después de ello esta propuesta de derecho administrativo común se propone tener éxito, es entonces importante que desde sus inicios tenga plena conciencia de las dificultades asociadas a esta aproximación. Es entonces imprescindible que, en su etapa inicial, este proyecto académico proceda a identificar posibles vacíos y problemas, junto con procurar soluciones como el marco analítico propuesto precedentemente. De lo contrario, es mejor nuevamente seguir el consejo de Ludwig Wittgenstein: de lo que no se puede hablar hay que callar.¹¹⁷

BIBLIOGRAFÍA

- ALEGRE, Marcelo y MAISLEY, Nahuel, “Presidentialism and hyper-presidentialism in Latin America”, en HÜBNER MENDES, Conrado; GARGARELLA, Roberto y GUIDI, Sebastián (eds.), *The Oxford Handbook of Constitutional Law in Latin America*, Oxford, Oxford University Press, 2022.
- ALIANAK, Raquel Cynthia, “El renovado derecho administrativo, a la luz del control de convencionalidad”, *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, vol. 15, núm. 59, 2015.
- ASTAIZA, William Ulrich, “El control de convencionalidad en la responsabilidad del Estado colombiano”, *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 16, núm. 1, 2020.
- BAADE, Hans W.; HERZOG, Peter E. y SCHLESIGNER, Rudolf B., *Comparative Law*, Foundation Press, 1998, University Casebook Series.

¹¹⁶ En este sentido, Polga-Hecimovich, John y Trelles, Alejandro, *op. cit.*, p. 56.

¹¹⁷ Wittgenstein, Ludwig, *Tractatus Logico-Philosophicus*, § 7, Madrid, Alianza Editorial, 2015, p. 145.

El derecho administrativo común en América Latina...

- BARBOSA DELGADO, Francisco, “Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales”, *Revista de Derecho del Estado*, vol. 26, 2011.
- BATBIE, Anselme, *Traité théorique et pratique de droit public et administrative*, París, Cotillon, 1861.
- BENÍTEZ-ROJAS, Vicente, “La resistencia a la constitucionalización del derecho administrativo en Colombia: el Consejo de Estado y el caso de los actos discrecionales que ordenan el retiro”, *Dikaion*, vol. 19, núm. 1, 2010.
- BERMÚDEZ, Jorge, *Las relaciones entre el derecho administrativo y el derecho común*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2012.
- BOGDANDY, Armin von, “*Ius Constitutionale Commune* en América Latina. Aclaración conceptual”, en BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, 2017.
- BOGDANDY, Armin von y URUEÑA, René, “International Transformative Constitutionalism in Latin America”, *American Journal of International Law*, núm. 114, 2020.
- BOGDANDY, Armin von, “The Idea of European Public Law Today”, en BOGDANDY, Armin von; HUBER, Peter M. y CASSESE, Sabino (eds.), *Max Planck Handbooks in European Public Law*, vol. 1: *The Administrative State*, Oxford, Oxford University Press, 2017.
- BOGDANDY, Armin von, “The transformative mandate of the Inter-American System”, *MPIL Research Paper Series*, núm. 2019-16.
- BREWER-CARÍAS, Allan R., *Control de convencionalidad. Marco conceptual, antecedentes, derecho de amparo y derecho administrativo*, Madrid, Ediciones Olejnik, 2019.

- BREWER-CARÍAS, Allan R., “Derecho administrativo y el control de convencionalidad”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. 67, núm. 268, 2017.
- BREWER-CARÍAS, Allan R., “Sobre el control de convencionalidad ejercido por los tribunales nacionales y el derecho administrativo”, en HERNÁNDEZ MENDIBLE, Víctor y VILLEGAS MORENO, José Luis (eds.), *Hacia un derecho administrativo para retornar a la democracia. Liber amicorum al profesor José Araujo Juárez*, Caracas, CIDEP, 2018.
- BREWER-CARÍAS, Allan R., “The Amparo as an instrument of a *Ius Constitutionale Commune*”, en BOGDANDY, Armin von et al. (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford, Oxford University Press, 2017.
- BREWER-CARÍAS, Allan R. y SANTOFIMIO, Jaime Orlando, *Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado*, Bogotá, Publicaciones Universidad Externado, 2013.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio, *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2006.
- CANE, Peter, *Controlling Administrative Power*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016.
- CASSESE, Sabino, *Derecho administrativo: historia y futuro*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2014.
- COHEN, Amichai, “Bureaucratic Internalization: Domestic Governmental Agencies and the Legitimization of International Law”, *Georgetown Journal of International Law*, 2005.
- CONSTANTINESCO, Léontin-Jean, *Traité de Droit Comparé*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1974, vol. 2.
- COVILLA MARTÍNEZ, Juan Carlos, “El impacto de la jurisprudencia interamericana sobre las decisiones de la Administración Pública”, *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, año XIX, núm. 78, 2019.
- CRAIG, Paul, “Comparative Administrative Law and Political Structure”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 37, 2017.

El derecho administrativo común en América Latina...

- DELLA CANANEA, Giacinto, “Administrative Law Beyond the State: The Influence of International and Supranational Organizations”, en CANE, Peter *et al.* (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2020.
- DELLA CANANEA, Giacinto, “A New Comparative Research on Administrative Law in Europe: Implications for Latin America”, *CoCEAL Working Papers Series*, vol. 6, núm. 2, 2019.
- DELPIAZZO, Carlos E., “Universalización de derechos, economía disruptiva y derecho administrativo global”, *Revista de Derecho Público*, año XXV, núm. 50, 2016.
- DEVOLVÉ, Pierre, “La actualidad de la teoría de las bases constitucionales del derecho administrativo”, en MONTAÑA, Alberto y OSPINA, Andrés (eds.), *La constitucionalización del derecho administrativo. XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.
- DULITZKY, Ariel, “An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights”, *Texas International Law Journal*, vol. 50, 2015.
- DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “La jurisprudencia de la Corte interamericana de derechos humanos en la perspectiva del derecho administrativo: especial referencia al caso *Gelman vs. Uruguay*”, *Revista de Investigações Constitucionais*, vol. 1, núm. 2, 2014.
- FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge (coord.), *Derecho administrativo global*, México, Porrúa, 2013; KINGSBURY, Benedict *et al.* (eds.), *El nuevo derecho administrativo global en América Latina*, Nueva York, Ediciones RAP, 2009.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Control de convencionalidad y buenas prácticas: sobre el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales nacionales”, en BOGDANDY, Armin von *et al.* (eds.), *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando realidades*,

- Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-IIIJ-UNAM-MPIL, 2019.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional”, en FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALADÉS, Diego (coords.), *Formación y perspectivas del Estado en México*, México, UNAM, 2010.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, UNAM, 2012.
- FLAX, Gregorio, “El control de convencionalidad en el procedimiento administrativo”, en ALBANESE, Susana (coord.), *El control de convencionalidad*, Buenos Aires, Ediar, 2008.
- FUENTES, Ximena y FARIAS, Diego, “El efecto directo del derecho internacional en el derecho chileno”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, vol. 25, núm. 2, 2018.
- GARCÍA-HUIDOBRO, Luis Eugenio y GUIDI, Sebastián, “El espejismo de Baena: luces y sombras de un derecho administrativo comparado latinoamericano”, *International Journal of Comparative Law*, en prensa.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad: diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, México, Fundap, 2012.
- GARCÍA VILLEGAS, Mauricio, *Normas de papel: la cultura del incumplimiento de reglas*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2009.
- GARGARELLA, Roberto, *La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Buenos Aires, Katz Editores, 2014.
- GATTI, Franco, “La doctrina del ‘margen de apreciación nacional’ y la Administración Pública: horizontes y limitaciones del control de convencionalidad”, *Revista Eurolatinoamericana de derecho administrativo*, vol. 3, núm. 1, 2016.

El derecho administrativo común en América Latina...

- GIL BOTERO, Enrique, *Control de constitucionalidad en Colombia: una experiencia de diálogo judicial*, Bogotá, Tirant lo Blanch, 2019.
- GHOSE, Nagendranath, *Comparative Administrative Law*, Londres, Butterworth, 1919.
- GOODNOW, Frank J., *Comparative Administrative law: an analysis of the administrative systems, national and local, of the United States, England, France and Germany*, Nueva York, Putnam, 1903.
- GORDILLO, Agustín, *Derechos humanos*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2007.
- GORDILLO, Agustín, *La administración paralela*, Madrid, Civitas, 1982.
- GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, 8a. ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2003, t. I.
- GRINDLE, Merilee, *Job for the Boys, Patronage and the State in Comparative Perspective*, Massachusetts, Harvard University Press, 2012.
- GUARDENAS, Galo, *El control de convencionalidad en el procedimiento administrativo sancionador*, Tesis de Maestría en Derecho, Universidad Andina Simón Bolívar, 2020.
- HELMKE, Gretchen y LEVITSKY, Steven (eds.), *Informal Institutions and Democracy. Lessons from Latin America*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 2006.
- HONGJU KOH, Harold, “Why Do Nations Obey International Law?”, *Yale Law Journal*, 1997.
- JINETA LOBO, Ernesto, “Control de convencionalidad difuso ejercido por las jurisdicciones constitucional y contencioso-administrativa”, en BREWER-CARÍAS, Allan R. *et al.* (eds.), *Estudios sobre el control de convencionalidad*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2015.
- JINETA LOBO, Ernesto, “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”, *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, año XI, núm. 11, 2011.

- LANDA, César, “La constitucionalización del derecho administrativo”, *Thēmis-Revista de Derecho*, vol. 69, 2016.
- LEGRAND, Pierre, “Jameses at Play, Tractation on the Comparison of Laws”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 65, 2017.
- LÓPEZ OLVERA, Miguel A., “El control de convencionalidad de la Administración Pública”, *Novum*, 2014.
- MACHADO, Juan Pedro, “El procedimiento y procesos administrativos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en STEINER, Christian y MACHADO, Juan Pedro (ed. y coord.), *Procedimiento y justicia administrativa en América Latina*, México, KAS, 2009.
- MAIRAL, Héctor, “The Need for Comparative Administrative Law Studies in Latin America”, *Comparative Law Review*, vol. 6, núm. 1, 2015.
- MOLINA HERNÁNDEZ, Mario, “Administración pública y control de convencionalidad: problemáticas y desafíos”, *Revista Euro-latinoamericana de Derecho Administrativo*, vol. 5, 2018.
- MOMIROV, Aleksandar y NAUDÉ FOURIE, Andria, “Vertical Comparative Legal Methods: Tools for Conceptualizing the International Rule of Law”, *Erasmus Law Review*, vol. 2, 2009.
- MORENO MOLINA, José Antonio, “La administración pública comunitaria y el proceso hacia la formación de un derecho administrativo europeo común”, *Revista de Administración Pública*, vol. 148, 1999.
- OCHS OLAZÁBAL, Daniel, “El fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ‘Gelman contra Uruguay’”, *Estudios Jurídicos*, núm. 9, 2011.
- ÖRÜCÜ, Esin, *The Enigma of Comparative Law*, Dordrecht, Springer, 2004.
- PETERS, Anne y SCHWENKE, Heiner, “Comparative Law beyond Post-Modernism”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 49, 2000.
- POLGA-HECIMOVICH, John y TRELLES, Alejandro, “The Organizational Consequences of Politics: A Research Agenda for the

El derecho administrativo común en América Latina...

- Study of Bureaucratic Politics in Latin America”, *Latin American Politics and Society*, vol. 58, núm. 4, invierno de 2016.
- QUIROGA NATALE, Edgar, “La excepción de inconstitucionalidad en el ordenamiento jurídico colombiano. Aproximaciones elementales para su estudio y comprensión”, *Revista de Derecho Público*, núm. 34, 2015.
- RHODES-PURDY, Matthew y Madrid, Raúl L., “The perils of personalism”, *Democratization*, vol. 27, 2020.
- ROBERTS, Anthea, “Comparative International Law? The Role of National Courts in Creating and Enforcing International Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 60, núm. 1, enero de 2011.
- ROBERTS, Anthea *et al.* “Conceptualizing Comparative International Law”, en ROBERTS, Anthea *et al.* (coords.), *Comparative International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2018.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XXI, 2015.
- SCARCIGLIA, Roberto, “Reconsidering Comparative Methodology in Administrative Law”, *Beijing Law Review*, vol. 10, 2019.
- SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard, “El concepto de la constitucionalización del derecho administrativo”, en MONTAÑA, Alberto y OSPINA, Andrés (eds.), *La constitucionalización del derecho administrativo. XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.
- SCHMIDT-ABMANN, Eberhard, “La ciencia del derecho administrativo ante el reto de la internacionalización de las relaciones administrativas”, *Revista de Administración Pública*, núm. 171, 2006.
- SIEMS, Mathias, “New Directions in Comparative Law”, en REIMANN, Mathias y ZIMMERMANN, Reinhard (eds.), *Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006.
- VALADÉS, Diego, “The Presidential System in Latin America A Hallmark and Challenge to a Latin American *Ius Constitutionale*

LUIS EUGENIO GARCÍA-HUIDOBRO

- Commune*”, en BOGDANDY, Armin von et al. (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford, Oxford University Press, 2017.
- VELASCO CABALLERO, Francisco, *Administraciones públicas y derechos administrativos*, Madrid, Marcial Pons, 2020.
- VELASCO CABALLERO, Francisco, “Metodología comparativa para el derecho administrativo”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 200, julio-septiembre de 2019.
- VENTOSE, Eddy (ed.), *Commonwealth Caribbean Administrative Law*, Londres, Routledge, 2012.
- WITTGENSTEIN, Ludwig, *Aforismos, cultura y valor*, Madrid, Espasa Calpe, 1995, col. Austral Pensamiento / Contemporáneos 381.
- WITTGENSTEIN, Ludwig, *Tractatus Logico-Philosophicus*, § 7, Madrid, Alianza Editorial, 2015.
- ZUVANIC, Laura; IACOVIELLO, Mercedes y RODRÍGUEZ GUSTÁ, Ana Laura, “The Weakest Link: The Bureaucracy and Civil Service Systems in Latin America”, en SCARTASCINI, Carlos; STEINL, Ernesto y TOMMASI, Mariano (eds.), *How Democracy Works: Political Institutions, Actors, and Arenas in Latin American Policymaking*, Washington, D. C., Inter-American Development Bank, 2010.
- ZWEIGERT, Konrad y KÖTZ, Hein, *Introduction to Comparative Law*, Oxford, Clarendon Press, 1998.