

TRATADO DE DERECHO PÚBLICO COMPARADO

Fundado por Giuseppe Franco Ferrari

ACCIÓN ADMINISTRATIVA
Y PROCEDIMIENTOS
EN EL DERECHO COMPARADO

VINCENZO DE FALCO

INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
MADRID, 2019

El volumen ha sido publicado con la contribución de la Fundación Cariplo
El volumen ha sido sometido a revisión científica en régimen de revisión por pares

Primera edición: junio 2019
Catálogo general de publicaciones oficiales:
<http://publicacionesoficiales.boe.es>

La actividad editorial del Instituto Nacional de Administración Pública está reconocida por Scholarly Publishers Indicators in Humanities and Social Sciences (SPI) en las disciplinas de Ciencias Políticas y Derecho. El listado SPI es aceptado como listado de referencia por la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (ANECA), por la Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora CNEAI y por la ANEP (Agencia Nacional de Evaluación y Prospectiva).

Queda prohibida, salvo excepción prevista en la ley, cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con autorización de los titulares de propiedad intelectual. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (arts. 270 y sigs. del Código Penal).

Edita:

INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

www.inap.es

ISBN: 978-84-7351-667-9 (formato papel) 978-84-7351-668-6 (formato electrónico)

NIPO: 278-18-001-7 (formato papel) 278-18-002-2 (formato electrónico)

Depósito Legal: M-40769-2018

Preimpresión: Contenidos y Proyectos ISLIZ

Impresión: Ulzama Digital

En esta publicación se ha utilizado papel reciclado libre de cloro de acuerdo con los criterios medioambientales de la contratación pública.

A mi padre, atento y silencioso maestro,
Vivo para siempre en mi memoria
a Daniele e Ivan, que esperaron
pacientemente que este trabajo terminara

CONTENIDO

Prólogo	15
Capítulo I. Aspectos metodológicos	19
1. Tradiciones jurídicas y problemas metodológicos	19
1.2. Las divergencias en el <i>Common Law</i>	23
1.3. Acción administrativa en la tradición de <i>Civil Law</i>	25
2. La simbiosis entre acción - procedimiento	30
2.1. Las fuentes normativas de los procedimientos	32
2.2. Familias Jurídicas y precisiones de métodos.	35
3. Funciones administrativas y crisis de la metodología clásica	37
3.1. La fuerza diferenciada del principio de legalidad y la <i>Rule of Law</i>	39
4. La influencia de los principios comunitarios	42
5. Los factores de convergencia internacional.	45
6. La búsqueda de modelos procedimentales.	47
Capítulo II. La fuerza de los principios	51
1. Elementos fundamentales del análisis comparativo.	51
2. Los orígenes en la experiencia de Austria	54
2.1. Las primeras normas de procedimiento.	55

3. Los principios de la acción administrativa en Francia	57
3.1. La función propedéutica del <i>erreur manifeste d'appréciation</i>	59
3.2. Límites al poder ejecutivo y codificación	61
4. <i>Rule of Law</i> y experiencia anglosajona	62
4.1. El poder discrecional en el pensamiento jurídico inglés.	64
4.2. <i>Natural justice</i> y <i>Fairness</i>	67
5. <i>Rights</i> y <i>privileges</i> en los Estados Unidos	69
5.1. La génesis de la participación en <i>rulemaking</i>	71
5.2. <i>Administrative Procedure Act</i> y <i>due process of law</i>	75
6. Poder administrativo y principios procesales en la experiencia alemana.	77
6.1. Crisis de autoridad y centralidad del acto administrativo	79
6.2. El procedimiento como fuente de legitimación del poder	81
7. El sistema compuesto en Italia.	84
7.1. La construcción doctrinal	87
7.2. Evolución normativa y afirmación de principios	90
8. Experiencia española	93
8.1. El enfoque positivista	94
8.2. Los derechos en el procedimiento	97
9. La difusión del sistema español en América Latina.	100
9.1. El contexto evolutivo en Argentina	103
9.2. La fuerte caracterización inquisitoria	105
9.3. La expansión de los principios	106
9.4. La influencia del <i>Common Law</i> en Colombia	110
9.4.1. Génesis y evolución de la fuente jurisprudencial	111
9.4.2. La fuerza de las sentencias de unificación del Consejo de Estado.	114
10. Nuevas tendencias en Europa central y oriental	117
10.1. La codificación extendida	121
10.2. La difusión del modelo austriaco	122

Capítulo III. Acceso y transparencia	127
1. Secreto y publicidad en la acción administrativa. Los tres modelos	127
1.1. La transición al principio de transparencia	130
1.2. Las diferencias ocultas	132
2. El modelo del <i>open government</i>	135
2.1. Las características del sistema nórdico y los problemas relativos a los actos internos.	137
2.2. La recepción en los Estados Unidos	140
2.3. Evolución y diferencias con la experiencia sueca	143
2.4. Aspectos de procedimiento	145
2.5. <i>Balancing test</i> y elementos de involución.	147
3. El modelo de acceso reservado	150
3.1. Formas en expansión. La comparación entre la experiencia alemana y británica.	154
3.2. La tendencia innovadora en España	158
3.3. Derecho o interés. El caso italiano	161
3.4. Las experiencias recientes de América Latina y Europa Central	165
4. Similitudes y problemas de aplicación	167
5. Difusión de modelos y perspectiva sincrónica	171
Capítulo IV. Investigación y participación	177
1. Instrucción y acción administrativa	177
2. Experiencia francesa	180
2.1. Fases de los procedimientos y posiciones jurídicas subjetivas	183
2.2. <i>Débat public</i> y <i>enquêtes publiques</i>	185
3. <i>Hearing</i> en el Reino Unido	187
3.1. La flexibilidad de la natural justice	188
3.2. La expansión de los derechos de participación	190

3.3. Libertad de formas del procedimiento e instrucción en los actos generales	192
4. <i>Right to defense</i> y <i>formal adjudication</i> en Estados Unidos .	195
4.1. <i>Informal proceedings</i> y <i>balancing test</i>	197
4.2. <i>Rulemaking</i> y participación	200
5. El enforque regulador en Alemania	201
6. La circulación del derecho de defesa	204
6.1. Las garantías del procedimiento en el análisis comparado	207
6.2. Investigación y poder discrecional	210
7. Los modelos	213
Capítulo V. La motivación.	217
1. Las convergencias aparentes	217
2. La conexión prudente de la experiencia francesa	219
2.1. Las características en el formalismo atenuado	221
3. La motivación en el pensamiento jurídico alemán	223
4. La evolución del elemento sustantivo en Italia	225
5. El enfoque español y la influencia en América Latina	231
6. <i>Fairness</i> y <i>duty to give reasons</i> en la experiencia inglesa ...	234
7. Los elementos de la motivación en los EE. UU.	236
8. Las disonancias en el análisis diacrónico: tres propósitos en evolución	238
Capítulo VI. Los límites del poder discrecional	245
1. La lógica como límite a la acción administrativa	245
1.2. <i>Wednesbury</i> y la irrazonabilidad suave	248
1.3. La variable australiana.	250

2. El principio de proporcionalidad: génesis y afirmación en la experiencia alemana.	253
2.1. Lógica y proporcionalidad en Italia y Francia.	258
2.3. La excepción estadounidense	265
2.3.1. El <i>balancing test</i> en los procedimientos de <i>adjudication</i>	269
2.4. La idea de proporcionalidad en América Latina	270
3. Las estrechas conexiones entre razonabilidad, proporcionalidad y equidad.	273
3.1. <i>Bias</i> y la lógica en la experiencia anglo-americana.	275
4. El límite de la confianza legítima	278
4.1. La revocación de los actos y la legítima confianza en Alemania.	280
4.2. La difusión en el Constitucionalismo contemporáneo	281
4.3. La confianza procedimental. El caso de España	283
4.4. La recepción atenuada del modelo en Francia	286
4.5. La aplicación problemática en el sistema jurídico italiano	288
4.6. <i>Estoppel</i> y legítima confianza en el Reino Unido	293
4.6.1. El enfoque conservador	296
4.7. El <i>self restraint</i> en Australia	300
4.8. La circulación del principio en los países Iberoamericanos.	303
Capítulo VII. Inercia administrativa y tiempos de los procedimientos	305
1. El tiempo de la acción administrativa	305
2. El silencio como mero hecho	308
2.1. Características de la experiencia inglesa	310
2.2. Inercia administrativa en Estados Unidos	313
3. La calificación jurídica del silencio. El rechazo en la experiencia francesa	316
3.1. Diferentes configuraciones en España e Italia.	318

3.2. La compleja afirmación del silencio-consentimiento . .	321
3.3. El procedimiento de formación de la decisión tácita en América Latina	327
3.4. Las dificultades aplicativas en Europa centro-oriental y las tendencias evolutivas	330
Capítulo VIII. Acción administrativa y modelos de procedimiento	335
1. Los elementos de la clasificación	335
2. El modelo de la investigación reservada	337
2.1. Características y rasgos distintivos en el <i>Civil Law</i>	339
2.2. La intensidad modulada en el <i>Common Law</i>	343
3. El modelo de la investigación abierta	345
3.1. Perfiles distintivos	347
3.2. El caso americano entre crisis e innovación.	350
3.4. La circulación del modelo en América Latina	357
3.5. Consenso y acción administrativa en Japón. La evolución del <i>soft Law</i>	361