



UNIVERSIDAD DE SEVILLA

PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO

TESIS DOCTORAL

**LA MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA EXTRAJUDICIAL PARA LA
AMPLIACIÓN DEL ACCESO A LA JUSTICIA AMBIENTAL EN BRASIL Y
ESPAÑA**

Doctoranda

Renata Fabiana Santos Silva

Dirigida por

Prof. Dr. Antonio José Sánchez Sáez - Universidad de Sevilla

Profa. Dra. Beatriz Belando Garín - Universidad de Valencia

Sevilla – España

2022



PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO

TESIS DOCTORAL

LA MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA EXTRAJUDICIAL PARA LA AMPLIACIÓN DEL ACCESO A LA JUSTICIA AMBIENTAL EN BRASIL Y ESPAÑA

Trabajo presentado por Renata Fabiana Santos Silva, para la obtención del título de Doctor. Línea de Investigación: Problemas actuales de derecho administrativo, urbanístico y medioambiental. Directores: Prof. Dr. Antonio José Sánchez Sáez - Universidad de Sevilla y Profa. Dra. Beatriz Belando Garín - Universidad de Valencia.

Sevilla – España

2022

“Nadie puede ser feliz sin participar en la felicidad pública, nadie puede ser libre sin la experiencia de la libertad pública, y nadie, finalmente, puede ser feliz o libre sin implicarse y formar parte del poder político”.

Hannah Arendt

A mis padres, Iraildes y Abdon,
por su amor y apoyo incondicional.

AGRADECIMIENTOS

“Son muchas las manos y los corazones que contribuyen al éxito de una persona”

Walt Disney

Escribir una tesis doctoral parece ser un trabajo solitario, pero no lo es. Sin la ayuda intelectual, material y emocional de otras personas es imposible finalizarla. Por ello, aprovecho este pequeño espacio para agradecer todo el apoyo que he recibido en la elaboración de esta tesis que ahora finalizo.

Primeramente, tengo que agradecer a mis padres. La creencia incondicional de ellos que la educación es el camino para el desarrollo humano fue esencial para todo en mi vida. Estos valores hicieron que yo avanzase en los estudios y me posibilitase la conclusión de un Doctorado en Derecho.

Tengo también que agradecer a mis directores de tesis doctoral, el Profesor Antonio Sánchez Sáenz y la Profesora Beatriz Belando Garín, que aceptaran orientarme y dedicaron tiempo, cuidado y atención. Sin el trabajo minucioso de ellos, esta investigación no sería posible.

Tampoco puedo dejar de agradecer explícitamente a algunos profesores y amigos que me apoyaron en este proceso.

En la Universidad de Sevilla, a los Profesores Esperanza Macarena Sierra Benítez, Juan Pablo Murga Fernández y Teresa Aguado Correa, por las palabras de incentivo y el cariño, que son extremadamente necesarios en los momentos de baja de ánimo.

En la Universidade da Coruña, al Profesor Jaime Rodríguez-Arana, por la amable recepción, la atención y las clases magistrales, esenciales al desarrollo de esta tesis. Aún en la Universidad da Coruña, no puedo dejar de agradecer al Profesor Jorge Antonio Quindimil López por todo incentivo y cuidado.

En la Universidad de Málaga, a la Profesora María Luisa Gómez Jiménez, por la amable recepción y disponibilidad. Aún, en la Universidad de Málaga, tengo que agradecer al amigo Ramón Suárez, no sólo por su ayuda, sino por su amistad incondicional.

En Brasil, el Profesor Juarez Freitas que ha contribuido no sólo con su enseñanza, sino también con mucho ánimo y estímulo.

Mis compañeros del Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de Sevilla también deben recibir mis agradecimientos, en especial, la compañera y amiga Iraida Angelina Giménez, siempre lista para toda y cualquier ayuda.

Por fin, no puedo olvidar de todos los funcionarios de la Biblioteca de la Universidad de Sevilla, mi segunda casa en estos últimos cuatro años. La atención, el cariño y la ayuda recibida por estos profesionales fueron esenciales al desarrollo de este trabajo.

Sin la colaboración de todas estas manos y corazones, no sería posible la conclusión de esta tesis doctoral.

Muito obrigada!

SUMARIO

LISTADO DE ABREVIATURAS	1
RESUMEN	3
ABSTRACT	4
INTRODUCCIÓN	5
I. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	5
II. METODOLOGÍA	6
III. ESTRUCTURA DE LA TESIS	9

PRIMERA PARTE

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y ACCESO A LA JUSTICIA

CAPÍTULO PRIMERO

DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA BUROCRÁTICA A LA RELACIONAL

1. INTRODUCCIÓN	13
2. ANTECEDENTES HISTÓRICO-JURÍDICOS	16
2.1. Fundamentos del Estado liberal	17
2.1.1. <i>El Estado liberal en España y Brasil</i>	20
2.2. Fundamentos del Estado social	23
2.2.1. <i>El Estado social en España y Brasil</i>	26
2.2.2. <i>Crisis del Estado social</i>	30
3. MODELOS DE ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA	33
3.1. La burocracia.....	33
3.1.1. <i>La burocracia en las AAPP españolas y brasileñas</i>	36
3.2. La Nueva Gestión Pública (NGP)	41
3.2.1. <i>Aplicación de la NGP en España y Brasil</i>	43
4. NUEVAS DIRECTRICES PARA LA MODERNIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	49
4.1. Buena administración.....	51
4.2.1. <i>La inserción de la buena administración en España y Brasil</i>	62

4.2.	Estrategias tecnológicas	68
4.2.1.	<i>Gobierno electrónico</i>	73
4.2.2.	<i>Gobierno Abierto</i>	81
4.2.3.	<i>“Smartificación” de la Administración Pública</i>	90
4.3.	Incorporación de la tecnología en las Administraciones españolas y brasileñas	101

CAPÍTULO SEGUNDO

LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA RELACIONAL

1.	EL NUEVO CONCEPTO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA RELACIONAL ...	110
2.	EL DIÁLOGO COMO CRITERIO RACIONAL PARA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA RELACIONAL.....	116
3.	PARTICIPACIÓN Y COLABORACIÓN EN EL ÁMBITO ADMINISTRATIVO	119
4.	EL CONSENSO COMO HERRAMIENTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA RELACIONAL.....	129

CAPÍTULO TERCERO

EL ACCESO A LA JUSTICIA EN EL CONTEXTO CONTEMPORÁNEO

1.	EL ACCESO A LA JUSTICIA Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN EL MARCO DEL PARADIGMA DE LA DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA.....	136
1.1.	Sistema Multipuertas y “ <i>Alternative Dispute Resolution</i> ”: nuevo paradigma de acceso a la justicia.....	140
1.2.	Evolución de los ADR en España y Brasil.....	148
2.	PERFIL DE LOS ADR.....	152
2.1.	Clases de ADR.....	152
2.1.2.	<i>Negociación</i>	159
2.1.3.	<i>Conciliación</i>	162
2.1.4.	<i>Mediación</i>	167
2.1.4.1.	<i>Antecedentes histórico-jurídicos</i>	167
2.1.4.2.	<i>Evolución de la mediación en España</i>	168
2.1.4.3.	<i>Evolución de la mediación en Brasil</i>	173
2.1.4.4.	<i>Concepto</i>	174
2.1.4.5.	<i>Principios</i>	176
2.1.4.5.1.	<i>Voluntariedad</i>	177

2.1.4.5.2.	Igualdad.....	181
2.1.4.5.3.	Imparcialidad del mediador.....	183
2.1.4.5.4.	Confidencialidad	184
2.1.5.	<i>Tipos híbridos</i>	186
2.1.5.1.	<i>Med-Arb</i>	189
2.1.5.2.	<i>Arb-Med</i>	191
2.1.5.3.	<i>Mini-trial</i>	191
3.	DISRUPCIÓN TECNOLÓGICA Y ONLINE DISPUTE RESOLUTION	192

CAPÍTULO CUARTO

LA MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA COMO MECANISMO DE APERTURA DEL ACCESO A LA JUSTICIA

1.	INTRODUCCIÓN	198
2.	BASES CONSTITUCIONALES DE LA MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA EN ESPAÑA Y BRASIL	200
2.1.	Relectura del principio constitucional de legalidad en el derecho español y brasileño. El alcance de la justicia a través de la mediación administrativa.....	201
2.2.	Democracia, pluralismo, eficiencia y subsidiariedad como argumentos constitucionales de refuerzo a la mediación en ámbito administrativo.....	208
3.	PERFIL DE LA MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA	217
3.1.	Concepto	218
3.2.	Peculiaridades del conflicto administrativo	220
3.3.	Principios aplicables a la mediación administrativa.....	222
3.3.1.	<i>Voluntariedad</i>	222
3.3.2.	<i>Igualdad</i>	224
3.3.3.	<i>Imparcialidad</i>	226
3.3.4.	<i>Confidencialidad</i>	228
3.3.5.	<i>Legalidad</i>	229
3.3.6.	<i>Otros principios</i>	231
3.4.	Sujetos de la mediación administrativa	231
3.4.1.	<i>Administración pública</i>	231
3.4.2.	<i>Administrado</i>	233
3.4.3.	<i>Mediador administrativo</i>	234
3.4.4.	<i>Otros intervinientes</i>	240

3.5.	Mediabilidad administrativa.....	242
3.6.	Clases de mediación administrativa	248
3.6.1.	<i>Intrajudicial</i>	248
3.6.2.	<i>Extrajudicial</i>	254
3.7.	Resultado del procedimiento de mediación administrativa: el acuerdo	260
3.8.	Garantías de los administrados en el procedimiento de mediación.....	263
3.9.	Dificultades en la aplicación de la mediación en el ámbito administrativo	266
3.10.	Mediación administrativa: ¿realidad del presente o expectativa para el futuro?... 270	

SEGUNDA PARTE

JUSTICIA AMBIENTAL Y ACCESO A LA JUSTICIA

CAPÍTULO PRIMEIRO

LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN EL ESTADO DE DERECHO AMBIENTAL

1.	INTRODUCCIÓN	274
2.	ESTADO DE DERECHO AMBIENTAL: POSTULADOS, PRINCIPIOS Y MECANISMOS DE TUTELA	275
2.1.	Postulados	276
2.2.	Principios.....	280
2.2.1.	<i>Solidaridad</i>	280
2.2.2.	<i>Participación democrática</i>	285
2.2.3.	<i>Responsabilidad ambiental</i>	294
2.2.4.	<i>Sostenibilidad</i>	302
2.3.	Mecanismos de tutela ambiental jurídica	309
2.3.1.	<i>Medidas de tutela judicial</i>	311
2.3.1.1.	<i>En Brasil</i>	311
2.3.1.2.	<i>En España</i>	313
2.3.2.	<i>Medidas de tutela extrajudicial</i>	317
2.3.2.1.	<i>En Brasil</i>	318
2.3.2.2.	<i>En España</i>	320

CAPITULO SEGUNDO

LA RENOVACION DE LA TUTELA AMBIENTAL A TRAVÉS DE LOS ADR

1. INTRODUCCIÓN.....	324
2. EL CONFLICTO AMBIENTAL.....	324
3. EL MEDIO AMBIENTE COMO DERECHO HUMANO Y DIFUSO: ESPECIFICIDADES DE SU TUTELA	329
4. LOS ADR PARA LAS DISPUTAS MEDIOAMBIENTALES: EXPERIENCIAS EN EL MUNDO	334
5. VENTAJAS Y OBSTÁCULOS DE APLICACIÓN DE LOS ADR EN MATERIA MEDIOAMBIENTAL	339
6. LA APLICACIÓN DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS PARA LA SOLUCIÓN DE DISPUTAS MEDIOAMBIENTALES.....	346

CAPÍTULO TERCERO

LA MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA EXTRAJUDICIAL COMO POSIBILIDAD DE AMPLIACIÓN DEL ACCESO A LA JUSTICIA AMBIENTAL

1. INTRODUCCIÓN.....	352
2. EL SIGNIFICADO DEL ACCESO A LA JUSTICIA AMBIENTAL EN EL CONVENIO DE AARHUS Y EN EL ACUERDO DE ESCAZÚ	353
2.1. El acceso a la justicia ambiental en el Convenio de Aarhus	354
2.2. El acceso a la justicia ambiental en el Acuerdo de Escazú	358
3. PANORÁMICA DE LA JURISDICCIÓN AMBIENTAL EN LOS SISTEMAS BRASILEÑO Y ESPAÑOL.....	362
3.1. Brasil	362
3.2. España	365
4. LA MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA EXTRAJUDICIAL COMO MECANISMO DE APERTURA DEL ACCESO A LA JUSTICIA AMBIENTAL.....	367
5. APLICACIÓN DE LA MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA EXTRAJUDICIAL EN CUESTIONES MEDIOAMBIENTALES EN BRASIL Y ESPAÑA	371
6. AVANCES NORMATIVOS NECESARIOS PARA LA EFECTIVIDAD DE LA MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA EXTRAJUDICIAL EN LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS AMBIENTALES EN BRASIL Y ESPAÑA.....	377

6.1.	En la perspectiva Internacional y Regional	378
6.2.	En la perspectiva interna	378
6.2.1.	<i>Sugerencias de avances legislativos comunes a Brasil y España</i>	379
6.2.2.	<i>Sugerencias de avance legislativo en Brasil</i>	381
6.2.3.	<i>Sugerencias de avance legislativo en España</i>	382
CONCLUSIONES		384
BIBLIOGRAFÍA		399
ANEXO		465

LISTADO DE ABREVIATURAS

AP /AAPP – Administración pública / Administraciones públicas

APO – Acción Popular

ACP – Ação Civil Pública (Acción Civil Pública)

ADR – *Alternative Dispute Resolution* (Medios Alternativos de Solución de Conflictos)

ASCC – Agencia de Sustentabilidad y Cambio Climático de Chile

Ag.Rg. – *Agravo Regimental*

BAPE – *Bureau d'audiences publiques sur l'environnement*

BOE – Boletín Oficial del Estado

CA/CCAA – Comunidad Autónoma /Comunidades Autónomas

CCAF – *Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal* (Cámara de Conciliación y Arbitraje de la Administración Federal)

CEPAL – Comisión Económica para Latinoamérica y el Caribe

CEPE - Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa

CE/1978 – Constitución Española de 1978

CFB/1988 – Constitución Federal Brasileña de 1988

CGPJ – Consejo General del Poder Judicial

CLAD – Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo

CNJ – *Conselho Nacional de Justiça* (Consejo Nacional de Justicia)

CORA – Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas

DASP – *Departamento Administrativo do Serviço Público* (Departamento Administrativo del Servicio Público)

DOE – *Diário Oficial do Estado* (Boletín Oficial del Estado)

ECR – *Environmental Dispute Resolution* (Resolución de Disputas Medioambientales)

HC – *Habbeas Corpus*

IA – Inteligencia Artificial

LAI – Lei de Acesso à Informação (Ley de Acceso a la Información)

LCSP – Ley de Contratos del Sector Público

LEC – Ley de Enjuiciamiento Civil

LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Ley de Introducción a las Normas de Derecho Brasileño)

LPACAP – Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas

LRJSP – Ley de Régimen Jurídico del Sector Público

LRJCA – Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa

LRJPAC – Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

LOFAGE – Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado

MARE – *Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado* (Ministerio de la Administración Federal y de la Reforma del Estado)

MSC – *Mandado de Segurança Coletivo*

NGP – Nueva Gestión Pública

OCDE – Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos

ODR – *Online Dispute Resolution* (Resolución de Disputas en Línea)

ONG – Organización No Gubernamental

RE – *Recurso Extraordinário*

Resp – *Recurso Especial*

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – *Superior Tribunal de Justiça* (Superior Tribunal de Justicia)

TFUE – Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

TEDH – Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TC – Tribunal Constitucional

TCU – *Tribunal de Contas da União* (Tribunal de Cuentas de la Unión)

TST – *Tribunal Superior do Trabalho* (Tribunal Superior del Trabajo)

TJUE – Tribunal de Justicia de la Unión Europea

UE – Unión Europea

RESUMEN

El derecho de acceso a la justicia es una de las conquistas del Estado social y Democrático de Derecho e impone, con fundamento en diversos tratados internacionales, una serie de obligaciones a los Estados. En la actualidad, no se puede comprender este derecho como la simple posibilidad de acceder a los tribunales. Es necesario más. Hay que garantizarlo en una perspectiva sustantiva, permitiendo la apertura de la justicia a otros tipos de soluciones, incluso, aquellas que están fuera del aparato judicial. Bajo esta mirada, es posible alcanzar una justicia ambiental sostenible, efectiva e inclusiva. Frente a la baja efectividad de los órganos judiciales para la solución de los conflictos ambientales, sea por su formalidad, rigidez excesiva o por la inexistencia de un espacio para amplios debates entre los afectados, urge reflexionar sobre la utilización de los *Alternative Dispute Resolutions – ADR*, en especial la mediación, para la solución de las disputas medioambientales entre Administraciones públicas y administrados. Por eso en esta tesis doctoral examinamos la mediación administrativa extrajudicial como vía de acceso a la justicia ambiental en Brasil y España, bajo los fundamentos del Estado de Derecho Ambiental y la nueva perspectiva de Administración pública relacional.

PALABRAS CLAVE: Administración pública relacional; acceso a la justicia; mediación administrativa; conflictos ambientales.

ABSTRACT

The right of access to justice is one of the conquests of the Social and Democratic State of Law, and imposes, based on various international treaties, a series of obligations on the National States. In contemporary times, this right cannot be understood as the simple possibility of ascending to the courts. More is needed. It must be guaranteed in a substantive perspective, allowing the opening of justice to other types of solutions, even those that are outside the judicial apparatus. Under this perspective, it is possible to achieve a sustainable, effective and inclusive environmental justice. Facing the low effectiveness of the judicial courts for the solution of environmental conflicts, whether due to their formality, excessive rigidity or due to the inexistence of a space for broad debates among those affected, it is urgent to think about the use of *Alternative Dispute Resolutions - ADR* , especially the mediation, for the solution of environmental disputes between public Administrations and citizens. For this reason, in this PhD thesis we examine extrajudicial administrative mediation as a means of access to environmental justice in Brazil and Spain, under the foundations of the Environmental Rule of Law and the new perspective of relational public administration.

KEY WORDS: Relational public administration; access to justice; administrative mediation; environmental conflicts.

INTRODUCCIÓN

I. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

La decisión de escribir una tesis doctoral sobre la mediación administrativa extrajudicial como mecanismo de apertura del acceso a la Justicia ambiental en España y Brasil, vino justificada por distintas razones.

La primera, por mi actuación profesional como Letrada del Estado de Bahía (Brasil), por la cual verifico la dificultad de garantizar el interés general únicamente en la vía judicial. Los conflictos de naturaleza difusa, sobre todo los ambientales, exigen un trato célere, flexible y participativo, lo que es muy difícil de obtener en la jurisdicción contencioso-administrativa. Por ello, existe una real necesidad de cambio y desarrollo de nuevas herramientas de tutela ambiental con el objetivo de atender a las demandas de la contemporaneidad.

La segunda, por la voluntad de seguir con la investigación empezada en el Máster en Derecho Público de la Universidad de Sevilla, cuya pesquisa tenía un objeto más amplio, ya que se buscaba estudiar la mediación administrativa como herramienta de buena administración. La presente investigación, aunque trate de mediación administrativa, direcciona su mirada hacia la solución extrajudicial de los conflictos medioambientales.

La tercera, por la constatación de colapso del Poder Judicial de Brasil y España, en especial en el ámbito administrativo, según indican los informes del Poder Judicial de dichos países. Esta situación lleva a la vulneración del derecho de acceso a la justicia, ya que una justicia tardía conlleva la indefensión. En este escenario, urge desarrollar mecanismos de tutela que contribuyan a la reducción de las tasas de congestión, y que también garanticen el derecho de un verdadero acceso a la justicia.

La cuarta, por la modernización de las Administraciones públicas a través de las nuevas tecnologías de la información y comunicación. La pandemia del COVID-19 ha demostrado la necesidad de la adopción por las Administraciones públicas de estas herramientas tecnológicas para lograr mejores resultados así como la satisfacción del ciudadano. En el ámbito de la resolución de conflictos privados, la tecnología está presente y produciendo resultados positivos. Por tanto, entiendo que también es necesario

reflexionar sobre la utilización de estos recursos para la resolución de conflictos en el ámbito del Derecho público.

Por fin, la Agenda 2030 de la Organización de las Naciones Unidas propone, a través del Objetivo de Desarrollo Sostenible 16, el fomento de la paz, justicia e instituciones eficaces. Esta invitación a la construcción de una justicia sostenible y más inclusiva, me ha generado el deseo de contribuir para el alcance de este propósito. Me parece que modernizar el concepto de justicia ambiental y proporcionar mecanismos preventivos de tutela ambiental contribuye a la sostenibilidad en todas sus dimensiones.

II. METODOLOGÍA

El principal objetivo de la investigación es demostrar la viabilidad y aplicabilidad de la mediación administrativa extrajudicial para la apertura del acceso a la justicia ambiental en los conflictos entre las Administraciones públicas y los administrados en Brasil y España. Para llegar a este objetivo principal, partimos de otros objetivos más específicos que son:

- a) Describir el nuevo perfil de la Administración Pública Contemporánea en el contexto brasileño y español, bajo los paradigmas de la buena administración, gobierno abierto y de las nuevas tecnologías;
- b) Comprender el concepto de acceso a la justicia en el contexto de la Administración pública relacional y su relación con los medios adecuados de resolución de conflictos.
- c) Analizar la mediación en el contexto de la Administración pública relacional, en especial, como instrumento de colaboración administrativa y de apertura del acceso a la justicia en Brasil y España;
- d) Examinar el derecho de acceso a la justicia ambiental, bajo la directriz fijada en Estado de Derecho Ambiental, analizando la sostenibilidad y gobernabilidad en la solución de los conflictos ambientales en Brasil y España;
- e) Investigar la aplicabilidad de la mediación administrativa extrajudicial para la solución de los conflictos ambientales;
- f) Analizar las necesidades de desarrollo legislativo en Brasil y España, con la finalidad de proponer soluciones para que la mediación administrativa extrajudicial sea un camino viable para la solución de los conflictos ambientales y una vía para el desarrollo de una justicia ambiental sostenible.

Para desarrollar esta investigación, adoptamos el método analítico jurídico, con vistas al enfrentamiento de cuestionamientos no solo de naturaleza jurídica, como también de carácter sociológico y filosófico, necesarios para la formulación de respuesta al problema propuesto.

En cuanto a los materiales de investigación utilizados, se destacan el documental y el bibliográfico.

Por medio del primero identificamos documentos, tratados internacionales, actos normativos y legislaciones que, a nivel nacional, extranjero, internacional o regional, han regulado la materia objeto de investigación. En este punto destacamos, en el ámbito internacional, la Declaración de Río Janeiro, que consagra los derechos de acceso. En el ámbito europeo, señalamos el Convenio de Aarhus y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En el ámbito Latinoamericano, subrayamos la Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes del ciudadano y el Acuerdo de Escazú. En España, destacamos la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente. En Brasil, subrayamos la Ley Federal n. 13.140, 26 de junio de 2015, que dispone sobre mediación entre particulares como medio de solución de controversias y sobre autocomposición de conflictos en el ámbito de la Administración pública; y la Ley Federal n. 6.938, 31 de agosto de 1981, que dispone sobre la política nacional del medioambiente, sus fines y mecanismos de formulación y aplicación.

En lo que se refiere al segundo, lo implementamos con base en libros, publicaciones periódicas, artículos científicos, ponencias y tesis doctorales, incluyendo las referencias extranjeras, considerando la maduración científica del asunto en otros países y el tratamiento jurídico ya consolidado. Consultamos dicho material no sólo en la Biblioteca de la Universidad de Sevilla, sino también en las bibliotecas de las siguientes universidades: Universitat de València (España), Universidade da Coruña (España), Universidad de Málaga (España), Universidade do Minho (Portugal) y Universidade Salvador (Brasil). También hemos consultado el acervo de la Biblioteca de la Procuradoria Geral do Estado da Bahia.

A partir del análisis de este material de investigación, constatamos que el tema de la Justicia ambiental, en general, está desarrollado desde la perspectiva de la Jurisdicción

ambiental, como la tesis doctoral *“Justicia Climática y eficiencia procesal”* defendida por Andrea Spada Jiménez, en la Universidad de Málaga, en el año de 2021. Las investigaciones del profesor español Eduardo Salazar Ortuño relacionadas al acceso a la justicia ambiental, a ejemplo del trabajo *“El acceso a la justicia ambiental a partir del Convenio de Aarhus: Justicia ambiental de la transición ecológica”*, también están direccionadas a aspectos relacionados con la jurisdicción. Pocos trabajos abordan el tema desde las perspectiva de los medios alternativos de resolución de conflictos, como algunos estudios (ponencias, artículos y obras colectivas) realizados por la profesora portuguesa Cátia Marques Cebola y por la profesora española Núria Belloso Martín. Otro trabajo que podemos destacar es del fiscal brasileño Sidney Rosa da Silva Júnior, *“La mediación de conflictos ambientales: una visión sistémico-funcional hacia el desarrollo sostenible”*, pero está desarrollado en una perspectiva filosófico-sociológica. En Brasil, la profesora Luciana Moessa de Souza, en trabajo monográfico sobre mediación colectiva, tangencia el tema, pero sus estudios no profundizan la cuestión ambiental. El trabajo de la profesora y magistrada Ana Lúcia Silva Mello Monteiro, *“Métodos Consensuais e tutela ambiental efetiva”*, aborda la mediación ambiental, pero como una de las técnicas consensuales para la obtención de la tutela ambiental efectiva. Por fin, los trabajos desarrollados por el profesor español Antonio Sánchez Sáez, aunque direccionados a la consensualidad en la materia medioambiental (convenios de colaboración), no examinan específicamente la mediación administrativa.

En este panorama, constatamos la necesidad de estudios relacionados a la Justicia Ambiental, pero centrados en la aplicación de la mediación extrajudicial en conflictos que la Administración pública sea parte. Por ello, la presente tesis doctoral busca contribuir para la supresión de esta laguna, abordando el tema en conexión con la idea de buena administración y de ampliación del acceso a la justicia. Cuanto a la mediación administrativa, tenemos que indicar la presencia de una amplia bibliografía, a ejemplo de los trabajos de los profesores Alfonso Pérez Moreno, Beatriz Belando Garín, Gerardo Carballo Martínez y Roberto Bustillo Bolado, en España, y de los profesores Egon Bockman Moreira, Leila Cuéllar, Luciana Moessa de Souza y Silvia Helena Picarelli Gonçalves Johonsom Di Salvo, en Brasil.

Como complemento también utilizamos otras fuentes de investigación, como las bases de datos de órganos oficiales españoles y brasileños para mejor conocer la jurisdicción ambiental de dichos países. También catalogamos la jurisprudencia relevante

sobre la materia, tanto en ámbito europeo (comunitario y español), como en ámbito latinoamericano (sobre todo el brasileño) para la comprensión del tema en diversas dimensiones. Por fin, también hemos utilizado material de sitios electrónicos público y privados.

III. ESTRUCTURA DE LA TESIS

Como hemos indicado, el objetivo principal de esta investigación es demostrar la viabilidad y aplicabilidad de la mediación administrativa extrajudicial para la apertura del acceso a la justicia ambiental en los conflictos entre las Administraciones públicas y los administrados en Brasil y España. Los capítulos de la tesis buscan desarrollar no sólo los objetivos de la investigación, sino también responder a los cuestionamiento y las inquietudes que surgieron durante el trabajo.

La tesis está dividida en dos partes.

La primera parte intitulada “Administración pública y Acceso a la Justicia” está compuesta por cuatro capítulos. Esta primera parte está dedicada mayoritariamente a temas de Derecho Administrativo y de Derecho Constitucional.

El primer capítulo intitulado “De la Administración pública burocrática a la relacional”, ocupa de los antecedentes históricos del Estado, examinando desde el Estado liberal hasta lo que denominamos de Estado Relacional. En este estudio fue imprescindible examinar los modelos de organización administrativa para comprender el actual estatus de las Administraciones públicas brasileñas y españolas, como también sus necesidades. Conocer las bases de construcción de la estructura administrativa es esencial para comprender las necesidades de cambio, sobre todo a través de herramientas que originariamente son utilizadas en el ámbito privado. Las nuevas estrategias de gestión pública basadas en el paradigma de la buena administración y del gobierno electrónico, influenciadas por los fenómenos de la globalización y nuevas tecnologías, también son abordadas en este capítulo.

El segundo capítulo recibe el título de “Administración Pública Relacional”. Este capítulo busca analizar el concepto de Administración Pública Relacional, examinando sus bases filosóficas, en especial, los pensamientos de Hannah Arendt y Jünger Habermas. Dicha comprensión de Administración Pública Relacional conlleva a la

necesidad de análisis de la participación y de la colaboración en el ámbito administrativo y como el consenso se inserta en esta nueva dinámica administrativa.

El tercer capítulo, denominado “Acceso a la Justicia en el contexto contemporáneo”, examina la necesidad de ajuste del concepto de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva al actual panorama social y jurídico. Esta nueva percepción de acceso a la justicia demanda la inserción de otros mecanismos de obtención de justicia basados en el diálogo, consenso y participación. Por ello, el capítulo se dedica a analizar los medios adecuados de resolución de conflictos, incluyendo los mecanismos híbridos y de resolución en línea.

El cuarto capítulo, intitulado “ Mediación administrativa como mecanismo de apertura del acceso a la justicia”, tiene el propósito de examinar la viabilidad de la mediación administrativa como herramienta de apertura del acceso a la justicia. Para alcanzar este objetivo es necesario examinar el anclaje constitucional de la mediación administrativa en Brasil y España, a partir de una lectura actualizada del principio de la legalidad y del análisis de los principios constitucionales de democracia, pluralismo, subsidiariedad y eficiencia. También es necesario estudiar el perfil de la mediación en el ámbito administrativo, subrayando los matices impuestos por las normas de Derecho Público. En este perfil examinamos el concepto de mediación administrativa, las peculiaridades del conflicto administrativo, los principios aplicables, los sujetos, la mediabilidad administrativa, las clases de mediación, las características del acuerdo, las garantías del administrado, como también las dificultades de aplicación en el contexto administrativo.

La segunda parte de la tesis tiene como título “Justicia Ambiental y Acceso a la Justicia”. Esta parte del trabajo se dedica a temas directamente conectados con el Derecho Ambiental y está dividida en tres capítulos.

El primer capítulo, intitulado “La protección del medio ambiente en el Estado de Derecho Ambiental”, buscamos comprender la tutela ambiental bajo el paradigma del Estado de Derecho Ambiental. Para el alcance de este propósito examinamos las bases del Estado de Derecho Ambiental, es decir, sus postulados, principios y mecanismos de tutela. Sobre los mecanismos de tutela, analizamos el contenido de la tutela judicial y extrajudicial, señalando las medidas adoptadas en los ordenamientos jurídicos de Brasil y España.

El segundo capítulo recibe el título de “ La renovación de la tutela ambiental a través de los ADR”. En este capítulo investigamos las características del conflicto ambiental, subrayando su carácter multilateral, policéntrico, interdisciplinar e intergeneracional, que demanda una tutela específica. Por ello, cuidamos de las especificidades de esta tutela ambiental, que busca garantizar el derecho, difuso y humano, al medio ambiente sano. Frente a la necesidad de buscar otras formas de tutela más adecuadas a resolución de las disputas medioambientales, analizamos también las experiencias en diversos países del mundo con los ADR, como también las ventajas y obstáculos de su utilización en materia medio ambiental. Como estamos inmersos en la sociedad de la información y comunicación, no podríamos dejar de analizar los influjos de las nuevas tecnologías en la resolución de conflictos medioambientales.

El tercer capítulo profundiza el análisis del problema de investigación propuesto. Este capítulo recibe el título “La mediación administración extrajudicial como vía de ampliación del acceso a la justicia ambiental”. Una vez comprendida la amplitud del acceso a la justicia y la necesidad de una tutela ambiental especial y preventiva, idónea al atendimento de las necesidades de una sociedad global y de riesgo, pasamos a evaluar la mediación administrativa como vía de ampliación del acceso a la justicia ambiental. Para esto es necesario examinar el significado de acceso a la justicia en el Convenio de Aarhus y en el Acuerdo de Escazú, como también hacer una panorámica de la jurisdicción ambiental en los sistemas brasileño y español. Con este análisis, diseñamos el camino hacia la aplicación de la mediación administrativa extrajudicial en Brasil y España, a partir de las normativas ya existentes, como también proponiendo desarrollo legislativo con el objetivo de tornar esta aplicación más efectiva.

En las conclusiones de la investigación pretendemos ofrecer algunas reflexiones y respuestas a los cuestionamientos realizados durante el proceso de investigación. En treinta y cuatro conclusiones intentamos contestar o reflexionar cuestiones como: ¿En el ámbito administrativo la mediación sería una vía idónea para la solución de los conflictos entre AAPP y administrados?, ¿La mediación administrativa extrajudicial sería efectivamente un mecanismo de apertura del acceso a la justicia ambiental?; Si la respuesta es afirmativa, ¿en qué circunstancias sería posible su aplicación para la solución de conflictos ambientales?; ¿Podemos considerarla para la apertura del acceso a la justicia ambiental en Brasil y España?

Para que tengamos una protección ambiental efectiva, las disputas medioambientales necesitan de un trato adecuado, que no es limitado a la tutela judicial. Hay que imponer una nueva gobernanza en la resolución de esta categoría de conflictos, basada en la democracia, flexibilidad y en el consenso. Por tanto, la tutela ambiental evoluciona hacia la ampliación de mecanismos consensuales y hacia la disminución del uso de medidas imperativas y unilaterales, con el objetivo final de garantizar la efectiva protección del medio ambiente para las generaciones presentes y futuras.

PRIMERA PARTE
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y ACCESO A LA JUSTICIA

CAPÍTULO PRIMERO
DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA BUROCRÁTICA A LA RELACIONAL

1. INTRODUCCIÓN

La Administración pública (en adelante, AP) contemporánea experimenta un período de metamorfosis que la aleja de sus características tradicionales de actuación, como la imperatividad y unilateralidad, a los cuales desplaza en la búsqueda de un desempeño más basado en el consenso y colaboración.

Según ESTEVE PARDO, estas transformaciones registradas en las Administraciones públicas (en adelante, AAPP) en realidad, son reflejos de los profundos cambios ocurridos en la sociedad, que ha decidido tornarse protagonista en sus relaciones con el Estado¹. De esta manera, existe la necesidad de los órganos estatales de adaptación de sus estructuras para esta nueva realidad social.

Esta nueva estructura gubernamental, como bien señala BRESSER PEREIRA, institucionaliza mecanismos que permiten una participación cada vez mayor del ciudadano, redefiniendo la propia idea de ciudadanía, a partir de un redimensionamiento de su actuación y constitución de sujetos más conscientes de sus derechos y responsabilidades².

Este cambio puede ser justificado por la necesidad, impuesta por las constituciones de los Estados Sociales y Democráticos de Derecho, de valorización del individuo como ciudadano. Por eso RODRÍGUEZ-ARANA afirma que la gestión de lo público debe

¹ Cfr. ESTEVE PARDO, J. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Novena edición. Madrid: Marcial Pons, 2019, p.50.

² Cfr. BRESSER PEREIRA, L. C. A reforma do Estado nos anos 90: Lógica e Mecanismos de Controle [en línea]. *Lua Nova - Revista de Cultura Política*, n. 45, 1998, pp.49-95. [consulta: 07 marzo 2020]. Disponible en: <http://www.bresserpereira.org.br/papers/1998/A_reforma_do_Estado_dos_anos_90.pdf>.

realizarse “desde la convicción de que el poder público es una institución para mejorar las condiciones de vida de los ciudadanos³”.

Por esta perspectiva, el individuo debe ocupar la centralidad de la actuación estatal y para esto es necesario un cambio en las estructuras del Derecho Público cuyo objetivo debe ser la justicia y la igualdad. El ciudadano es más que mero espectador de la actuación estatal, es protagonista en la tarea de definir y evaluar las políticas públicas gubernamentales. Tomar parte de la vida pública es una exigencia democrática que, además, está lineada con la dignidad humana⁴.

El ciudadano no sólo mantiene una relación defensiva con la AP, sino empieza a construir una relación activa, en la medida que exige servicios públicos, se opone a la inactividad administrativa y participa de actividades junto a la AP. Por ello SÁNCHEZ MORÓN subraya que la AP en esta nueva configuración debe no sólo respetar los derechos subjetivos e individuales de los ciudadanos, sino considerar sus intereses legítimos⁵.

Con base en esta idea de centralidad en el ciudadano, la participación y colaboración ciudadana se acercan del alcance de la justicia e igualdad, valores primordiales del Estado social y democrático de Derecho que determinan una nueva comprensión del contenido de la tutela judicial efectiva.

Por eso CAPPELETTI y GARTH afirman que las técnicas procesales tienen funciones sociales y los tribunales no son el único medio que se debe tomar en consideración para la resolución de disputas⁶. Es decir que el proceso no es solo un medio, en realidad, es un mecanismo que está direccionado al cumplimiento de una función social. Y esta función puede y debe ser realizada por otros mecanismos de tutela.

Por este camino, la colaboración y el consenso permiten la expansión del contenido de la tutela judicial efectiva, en el sentido de que la justicia no solamente se garantiza por la actuación de los órganos judiciales. Por eso se empieza a buscar soluciones no

³ Cfr. RODRÍGUEZ-ARANA, J. La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa. *Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales*, v. 6, n. 6, 2013, p.34.

⁴ Vid. LANDA, C. “Dignidad de La Persona Humana”, en: CANÇADO TRINDADE, A.A.; BARROS LEAL, C. (Coords.). *El Respeto a la Dignidad de la Persona Humana*. Fortaleza: IBDH/IIDH, 2015, pp. 107-137.

⁵ Cfr. SÁNCHEZ MÓRON, M. *Derecho Administrativo – Parte General*. Decimoquinta Edición. Madrid: Editorial Tecnos, 2019, p. 56.

⁶ Cfr. CAPPELETTI, M.; GARTH, B. *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivo los derechos*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996, p.13.

solamente para sanar el colapso de la Justicia, sino para permitir la satisfacción de forma adecuada al interés general, como explica BELANDO GARÍN⁷. En este escenario los mecanismos alternativos (adecuados) de resolución de conflictos aparecen como herramientas de renovación de la justicia y de alcance de la eficiencia y eficacia.

Por otro lado, es necesaria atención a los peligros de la participación, como bien indica PÉREZ MORENO⁸. De acuerdo con dicho autor, en sociedades carentes de medios directos de expresión, la participación puede convertirse en simulación y tergiversación política de la colaboración por los grupos sociales y en instrumento de manipulación por parte de la AP. Por eso una ciudadanía bien informada y preparada para la participación y el consenso es esencial a este cambio de paradigma.

EVANS también reconoce los riesgos de la participación ciudadana y registra que los procesos de decisión pueden ser demasíadamente lentos debido a la necesidad de buscar y valorar una pluralidad de opiniones e intereses⁹.

El reconocimiento de los problemas que pueden generar la participación ciudadana¹⁰ no impide considerar que las estructuras tradicionales no están aptas a responder eficazmente a las demandas sociales contemporáneas. Además, lo que se intenta no es la sustitución del aparato administrativo existente por la participación de los

⁷ Cfr. BELANDO GARÍN, B. “La Mediación Administrativa. Entre el derecho a una buena administración y la renovación de la Justicia”, en AGUDO GONZÁLEZ, Jorge (Dir.). *Control 4 y Justicia Administrativa*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 2016, p. 204.

⁸ Cfr. PÉREZ MORENO, A. Crisis de la participación administrativa. *Revista de Administración Pública*, n. 119, mayo-agosto, 1989, p. 93.

⁹ Mark Evans reflexiona sobre los riesgos de la participación social y esclarece que “*aparentemente, o valor da participação parece óbvio, por fornecer uma ampla base de legitimidade para o governo e para as mudanças políticas. Walters et al. (2000), entretanto, oferecem uma visão oposta, argumentando que um grande número de estudiosos acredita que a participação pública na formulação de políticas é uma ferramenta mais problemática do que essencial para melhorar a formulação e execução de políticas. Vale a pena discutir aqui duas dificuldades potenciais. Primeiro, o processo de sondar um amplo espectro de opiniões e incorporar os interesses que elas representam ao processo de tomada de decisão pode conduzir a uma sobrecarga de informação e tornar a tomada de decisão lenta e morosa. Segundo, o conflito aberto entre grupos competitivos em última instância conduz ao clientelismo e ao privilégio de certos grupos de elite. Um interesse regional ou aliança de interesses regionais poderiam vir a prevalecer na guerra das ideias e então haveria uma mobilização enviesada a favor daquele interesse regional ou aliança de interesses regionais. Isso conduziria a uma participação mais limitada*”. Cfr. EVANS, M. “Participação Social: Lições aprendidas da Europa” [en línea], en ANTERO, S.A.; SALGADO, V. A. B. (Orgs.). *Participação Social: textos para discussão*. Fundação Instituto para o Fortalecimento das Capacidades Institucionais – IFICI, Agência Espanhola de Cooperação Internacional para o Desenvolvimento – AECID, Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MPOG, Volume 6, Editora IABS, Brasília: 2013, pp. 25-26. [consulta: 10 junio 2021]. Disponible en: <http://www.gespublica.gov.br/biblioteca/pasta.2013-0322.7520531906/vol_6_participacao_social.pdf>.

¹⁰ Vid. AVRITZER, L.; SANTOS, B.D.S. “Para ampliar o cânone democrático”, en SANTOS. B.D.S. (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos para a democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2002, pp. 42-50.

ciudadanos, sino la utilización de dicho recurso como técnica de corrección del distanciamiento estatal de la ciudadanía y de obtención de una mayor efectividad de la actuación estatal.

Para una mejor comprensión del perfil de esta nueva AP, basado en los paradigmas de consenso y participación– elementos fundamentales para el entendimiento de los mecanismos adecuados de resolución de conflictos– importa, primeramente, indicar los antecedentes históricos-jurídicos de este proceso y reflexionar sobre su actual *estatus* de crisis y los mecanismos de enfrentamiento.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICO-JURÍDICOS

Los Estados contemporáneos se enfrentan muchos desafíos los cuales generan una transformación en sus modelos de gestión y de actuación administrativa. Sin dichos cambios, el cumplimiento del mandato constitucional no se figura posible.

Sucede que las transformaciones experimentadas por los Estados en la contemporaneidad tienen un largo grado de profundidad y extensión que exigen la reestructuración de las bases de la organización estatal. El mantenimiento integral de las antiguas estructuras en este nuevo contexto social y político implica en la falencia del aparato gubernamental y, por eso, es posible hablar de crisis.

Según BAUMAN, la palabra ‘crisis’, poco importa la naturaleza, transmite la idea de ‘incertidumbre’, de ‘ignorancia’ en cuanto a la dirección de los hechos, como también la necesidad de intervenir, de aplicar las medidas correctas¹¹.

Desde este punto de vista, podemos decir que las transformaciones del Estado contemporáneo constituyen una forma de intervenir en la incertidumbre e intentar aplicar las medidas correctas para la solución de los problemas sociales y políticos.

MUÑOZ MACHADO reflexiona que estas transformaciones políticas y sociales que vivenciamos, en realidad, afectan las concepciones que, hasta ahora, se han mantenido de la AP, razón por la cual se habla de la “*pérdida por los entes públicos del*

¹¹ Cfr. BAUMAN, Z.; BORDONI, C. *Estado de Crisis*. Madrid: Editorial Paidó, 2016, p. 18.

*monopolio de la acción administrativa como actividad dirigida a la satisfacción de las necesidades colectivas*¹²”.

La necesidad de eficiencia en la acción administrativa generó la búsqueda por auxilio privado en la ejecución de actividades que hasta el día de hoy eran propias y exclusivas de la AP. Esta creciente asunción por los privados de estas tareas conllevó a la necesidad de dotarlos de prerrogativas y medios jurídicos que, en principio, serían restringidos a la AP. Esto es un profundo cambio de paradigma que se basa en la colaboración privada y pone en crisis los institutos y fundamentos tradicionales del derecho administrativo, como el acto administrativo, el interés público, la autotutela administrativa, el servicio público y los contratos administrativos¹³.

Para comprender este actual *estatus* de crisis, es forzoso analizar los modelos de Estado y sus respectivos procesos de cambio. Para lograr este objetivo pasaremos a un corto abordaje de los modelos de Estado liberal y Estado social¹⁴.

2.1. Fundamentos del Estado liberal

El Estado liberal del siglo XIX tenía como elementos fundamentales el primado de la legalidad, la centralización política y la burocracia, como explica PÉREZ ROYO al afirmar que “*el Estado liberal es ‘vocacionalmente’ un Estado unitario y centralista, que apenas si presta atención a la distribución territorial del poder*¹⁵”.

En esta estructura la separación entre Estado y sociedad estaba bien marcada, en la medida que el Estado se sostenía sobre sí mismo y la sociedad se sujetaba a su propia dinámica, como explica ESTEVE PARDO¹⁶. En este contexto la intervención de la AP sobre la sociedad también era mínima y con los límites fijados en la ley.

¹² Cfr. MUÑOZ MACHADO, S. Las concepciones del derecho administrativo y la idea de participación en la administración. *Revista de administración pública*, 1977, n. 84, pp. 527-528.

¹³ Vid. MEDAUAR, O. *O Direito Administrativo em evolução*. Tercera edición. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

¹⁴ RODRÍGUEZ-ARANA elucida que, en el mundo anglosajón, la expresión que se usa para denominar el modelo de Estado social es Estado de bienestar, *Welfare State* o Estado Providencia, que se relaciona a todo el compromiso del Estado en el mundo del bienestar social. Cfr. RODRÍGUEZ-ARANA, J. *Derecho Administrativo y Derechos Sociales Fundamentales*. Sevilla: INAP/Global Law Press-Editorial Derecho Global, 2015a, p. 88.

¹⁵ Cfr. PÉREZ ROYO, J. *Curso de Derecho Constitucional*. Decimoquinta edición. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2016, p. 63.

¹⁶ Cfr. ESTEVE PARDO, J. (2019). *Op. cit.*, p. 50.

Por eso para SCHMITT “*la tendencia del liberal siglo XIX era de limitar en lo posible el Estado a un mínimo ante todo intervencionismo y ataques a la Economía y neutralizarlo en absoluto*¹⁷”. Es decir que en el Estado liberal se consagra la autonomía de la actividad económica y su libre iniciativa.

Desde un punto de vista teórico, las bases ideológicas del Estado liberal del siglo XIX están centradas en la doctrina de HOBBS, LOCKE, ROUSSEAU Y MONTESQUIEU.

El pacto social sostenido por HOBBS constituye una de las bases del pensamiento liberal, en la medida que esta unión tenía el objetivo de preservar la vida, la propiedad y la libertad, considerando el estado de naturaleza del hombre.

En el Leviatán, HOBBS plantea que los individuos, a través del contrato, transfieren al soberano el derecho de gobernar y el cambio reciben la protección de los derechos naturales que no estarían seguros en el estado de naturaleza¹⁸. Por ello MUÑOZ MACHADO explica que la base del pensamiento de HOBBS es “*un poder fundado en la asociación de los individuos para preservar sus vidas y bienes*¹⁹”.

LOCKE tomaba el mismo punto de partida de HOBBS al desarrollar las ideas de estado de naturaleza y de pérdida del poder natural del individuo para el Estado. Diferente de HOBBS, LOCKE comprendía que la constitución de la sociedad civil y de un gobierno con funciones fraccionadas eran formas de perfeccionar la protección a la propiedad²⁰. El pensamiento de LOCKE fue propulsor de las ideas de limitación del poder estatal y de reconocimiento de la necesidad de separación de los poderes estatales.

La doctrina de ROUSSEAU también tenía fundamento en el estado de naturaleza, pero en una perspectiva más positiva. Para él, la libertad cedida al Estado, a través del contrato social, era sustituida por una libertad garantizada por las leyes estatales, que serían la expresión de la voluntad popular²¹. Además, como explica BANDEIRA DE

¹⁷ Cfr. SCHMITT, C. *La Defensa de la Constitución*. Madrid: Editorial Tecnos, 1983, pp.134-135.

¹⁸ Vid. HOBBS, T. *Leviathan*. Minneapolis: First Avenue Editions, a division of Lerner Publishing Group, 2018.

¹⁹ Cfr. MUÑOZ MACHADO, S. *Tratado de Administrativo y Derecho Público General. Tomo I. La formación de las instituciones públicas y su sometimiento al Derecho*. Tercera edición. Madrid: Editorial Iustel, 2011, p. 437.

²⁰ Vid. MUÑOZ MACHADO, S. (2011). Op. cit., p. 440. Véase también: BOBBIO, N.; FACCHI, R. *Locke y el derecho natural*. 2017: Tirant humanidades.

²¹ Vid. FERNÁNDEZ SANTILLÁN, J. *Hobbes y Rousseau: entre la autocracia y la democracia*. México D.F: FCE - Fondo de Cultura Económica, 2015.

MELLO, el pensamiento de ROUSSEAU también se basaba el principio de igualdad, en el sentido de que todos los hombres deberían estar en el poder debido su titularidad²². Esta construcción teórica sirve de base para las concepciones de democracia directa y participativa, una vez que ROUSSEAU rechazaba la idea de representación política.

La contribución de MONTESQUIEU, como base filosófica del Estado liberal, está relacionada con la teoría de la separación de poderes desarrollada en la obra “*El espíritu de las leyes*”. Por esta teoría, la descentralización y la desconcentración del poder político constituyen los instrumentos para la defensa de la libertad individual frente al poder estatal. Además, la doctrina de MONTESQUIEU reconocía la tendencia de prevalencia de un poder sobre los demás, por eso señalaba la necesidad del ejercicio compartido de las funciones estatales para el mantenimiento del equilibrio entre los poderes (frenos y contrapesos)²³. Por tanto, la teoría de MONTESQUIEU significó un paso más allá del pensamiento de LOCKE, en la medida que describe los poderes estatales (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) y sus respectivas funciones de forma especializada y no monopolizada.

En cuanto la aplicación de la teoría de la separación de los poderes de MONTESQUIEU en los países de *civil law*, es importante hacer algunos registros.

La falta de confianza en el Poder Judicial –compuesto por la aristocracia del antiguo régimen– conllevó a la creación de un sistema de jurisdicción retenida. Es decir, la propia AP retiene el control sobre sus actos sin someterlos a un control judicial, una vez que juzgar la AP sería lo mismo que ejercitar una tarea administrativa²⁴.

Esta circunstancia, no obstante, la contradicción, era justificada por la aplicación del principio de la separación de poderes en su forma más pura y rigurosa, como forma de evitar una superioridad de los tribunales frente al Poder Ejecutivo. Así se crearon, en Europa Continental, los órganos administrativos especializados al margen de la estructura judicial, como el Consejo de Estado en Francia²⁵.

²² Cfr. BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Curso de Direito Administrativo*. Vigésima cuarta edición. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 47.

²³ Vid. MUÑOZ MACHADO, S. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*. Tomo I. Madrid: Civitas Ediciones, 2004, p. 27.

²⁴ Vid. MUÑOZ MACHADO, S. (2011). Op. cit., pp. 484-485.

²⁵ Vid. ESTEVE PARDO, J. (2019). Op. cit.

El mantenimiento de la autotutela en los sistemas administrativos posteriores al Antiguo Régimen también estaba fundamentado en esta aplicación de la teoría de la separación de poderes. Por esta perspectiva, el Poder Ejecutivo del Estado liberal mantuvo la ejecución de sus actos que más tarde se justificaría por el principio de eficiencia y la supremacía del interés público. En otras palabras, en el Estado liberal hubo el mantenimiento de prácticas procedentes del Antiguo Régimen que mantenía la Administración pública de los países de *civil law* en una posición jurídica privilegiada frente a los ciudadanos.

2.1.1. *El Estado liberal en España y Brasil*

En España, la confluencia de las ideas liberales ocurrió con la promulgación de la Constitución de Cádiz (1812). El texto constitucional de 1812 representó un cambio político importante, una vez que desarrollaba las ideas de separación de poderes, reconocimiento de derechos y libertades individuales, sufragio y limitación de los poderes del Rey. GARCÍA DE ENTERRÍA señala que la Constitución de 1812 constituyó “*una verdadera revolución jurídica fundacional y de fondo, una de las más profundas de nuestra historia, revolución sobre cuyos principios, en definitiva, se organizó todo el Derecho y el Estado que entonces se intentó establecer, que concluyó asentándose y que subsiste en lo esencial hasta hoy mismo*”²⁶.

La Carta Gaditana es un marco importante no solo en el Constitucionalismo español, sino también para todo el mundo occidental²⁷. En España, su importancia es comprobada por la vigencia en períodos distintos: desde 1812 hasta 1814, cuando Fernando VII la deroga; desde 1820 hasta 1823, cuando se inicia el período denominado de restauración monárquica; desde 1836 hasta 1837, cuando empieza la vigencia del texto constitucional de 1937²⁸.

En lo que se refiere al impacto de las ideas liberales en el control de los actos de la AP, es necesario ponderar algunos aspectos en el caso de España. Esto porque allí no había hostilidad hacía los jueces y tribunales, de manera que se construyó una justicia

²⁶ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. El valor normativo de la Constitución Española. *Revista de derecho político*, N. 44, 1998, p. 34. ISSN 0211-979X.

²⁷ Vid. VILLARROYA, J. T. *Breve Historia del Constitucionalismo Español*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

²⁸ Vid. SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, J. *Historia del Derecho*. Madrid: Editorial Reus, 2008, p. 317.

especializada en la resolución de los conflictos administrativos y no órganos administrativos como el Consejo de Estado Francés²⁹.

Sin embargo, también se creó privilegios procesales que iban a caracterizar la actividad administrativa en el futuro. Estos privilegios, según MUÑOZ MACHADO, serían: la necesidad de recurrir a la AP antes de formular cualquier demanda frente a la jurisdicción; limitación de la apuración de la jurisdicción administrativa a legalidad del acto impugnado y el reconocimiento del privilegio de ejecutividad de los actos administrativos, sin la necesidad de auxilio de los tribunales³⁰.

Sobre el privilegio de ejecutividad de los actos administrativos, este mecanismo se justificaba por la gestión de los asuntos administrativos, que exigía de la AP un poder de ejecución de sus decisiones, frente a la imposibilidad de los tribunales meterse en asuntos administrativos, como explica MUÑOZ MACHADO³¹.

En Brasil, en el período colonial, cuando vigente el sistema de capitanías hereditarias, el poder estaba concentrado en las manos de los donatarios de dichas capitanías, que por otorga del Rey de Portugal, legislaban, administraban y distribuían la justicia. La creación de los Gobiernos Generales no cambió este panorama de concentración de poderes, no obstante, la existencia de una cierta división de atribuciones entre el gobernador-general, el proveedor-mor y el ouvidor-mor. En realidad, el gobernador-general concentraba dichos poderes, a punto de serle otorgado el título de “vice-rey”³². Por tanto, en el Brasil colonial las ideas liberales no tuvieron cualquier

²⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ explican el motivo de la creación del Consejo de Estado Francés en el siguiente fragmento: “Este obstáculo instrumental para hacer prevalecer los dos grandes principios revolucionarios de la legalidad y la libertad, que no podían, obviamente, abandonarse, va a forzar al sistema francés a buscar una fórmula de protección frente a la Administración completamente singular, la que se llamará (rehabilitando un término del Antiguo Régimen, por cierto) contencioso-administrativo. La institución del Consejo de Estado, creada por la Constitución napoleónica del año VIII para ‘resolver las dificultades que se susciten en materia administrativa’, y como órgano puramente administrativo, por supuesto, de asistencia al Gobierno, va a admitir enseguida, primero las reclamaciones contra la Administración basadas en derechos patrimoniales (que, dado el carácter formal de la separación de poderes, no tendrían acceso a los jueces ordinarios); pero enseguida, y sobre todo, admitirá también las quejas de los ciudadanos que se sienten agraviados por cualquier ilegalidad en la actuación administrativa”. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; RAMÓN FERNÁNDEZ, T. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II. Decimoquinta edición. Madrid: Thomson-Civitas, 2017, p. 567.

³⁰ Cfr. MUÑOZ MACHADO, Santiago. (2011). Op. cit., p. 625.

³¹ Ibid., p. 629.

³² Vid. ZANELLA DI PIETRO, M. S. *Direito Administrativo*. Vigésima quinta edición. São Paulo: Editora Atlas, 2012a, p. 20.

influencia. En el Imperio, se adoptó de cierta manera los ideales del Estado liberal³³, por ejemplo, con el reconocimiento de la separación de los poderes³⁴. Sucede que no obstante la existencia de la división del poder entre Legislativo, Judicial y Ejecutivo, también había el Poder Moderador que concentraba estos dos últimos³⁵. Además, según ZANELLA DI PIETRO, en el periodo del Imperio, bajo la influencia del derecho francés, se creó el Consejo de Estado que no ejercía función jurisdiccional, sólo tenía función consultiva y sus manifestaciones se sometían a la aprobación del Emperador³⁶. En el periodo Republicano, a partir de 1889, se suprime el Poder Moderador y el Consejo de Estado. Bajo la influencia del modelo angloamericano, se adopta el sistema de unicidad de jurisdicción, de manera que la AP se sometía al control jurisdiccional.

En el caso brasileño se observa una aplicación peculiar del principio de separación de poderes tanto en el período imperial, como en el período republicano, ya que no había el problema de desconfianza con relación al Poder Judicial. Por eso, en el ordenamiento jurídico brasileño nunca hubo efectivamente una jurisdicción administrativa.

En consecuencia, los privilegios procesales indicados por MUÑOZ MACHADO atribuidos a la AP española no están presentes en el derecho administrativo brasileño.

La autotutela, por ejemplo, aunque presente en el derecho administrativo brasileño, tiene otros límites. Esto porque en Brasil, la autotutela tiene un alcance declarativo y constitutivo como se ve en las sùmulas n. 346 y 473 del Supremo Tribunal Federal (adelante, STF)³⁷. En cuanto la ejecutoriedad de la actuación de la AP, que también

³³ Importante registrar que no obstante la influencia francesa, la Constitución Imperial de 1824 también tiene inspiración en las ideas liberales de la Constitución Gaditana de 1812. La influencia gaditana fue tan grande que la Constitución Española de 1812 tuvo vigencia por veinte cuatro horas en tierras brasileñas como explica Paulo Bonavides: *“Idêntica, por igual, a fonte positiva de inspiração imediata: a Constituição de Cadiz. Fomos tão longe que lhe decretamos a vigência durante 24 horas. Com efeito, entre nós o fraco rei espavorido a outorgou no Rio de Janeiro num triste episódio que mal recomenda a memória política de D. João VI”*. En: BONAVIDES, P. *A Evolução Constitucional do Brasil. Estudos Avançados*. [en línea]. Vol. 14, Número 40, 2002. [consulta: 10 abril 2020]. Disponible en: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v14n40/v14n40a16.pdf>>.

³⁴ Vid. BONAVIDES, P. “As Nascentes do Constitucionalismo Luso-Brasileiro, Uma Análise Comparativa” [en línea], en CARBONEL, M. (Coord.). *Derecho Constitucional: Memoria del Congreso Intercultural de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. México: UNAM, 2004. [consulta: 10 abril 2020]. Disponible en: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1510/9.pdf>>.

³⁵ Vid. NETTO DE ARAÚJO, E. *Curso de Direito Administrativo*. Sexta edición. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 40.

³⁶ Cfr. ZANELLA DI PIETRO, M. S. (2012a). Op. cit., p. 22.

³⁷ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Súmula 346: *“a administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos”*. Súmula 473: *“a administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”*.

integra el contenido de la autotutela, esta debe respetar el principio de legalidad y proporcionalidad como explica JUSTEN FILHO³⁸. Es decir que solamente existe ejecutoriedad de los actos de la AP, si hay autorización legal explícita o si la ejecución forzosa es necesaria a la preservación del orden jurídico o de los derechos fundamentales³⁹.

Una vez aclarado los reflejos de los principios liberales en el derecho administrativo español y brasileño, se puede decir que, en general, el modelo liberal estaba asentado en la construcción de un poder político limitado y descentralizado, que garantizaba una menor intervención estatal, cuyos límites estaban definidos en el pacto social trasladado a la ley. Sin embargo, en los países de tradición civilista, se mantuvo estructuras e instituciones del Antiguo Régimen, cada uno a su manera y de acuerdo con sus tradiciones jurídicas, como forma de garantizar la autonomía e independencia de la AP.

2.2. Fundamentos del Estado social

No obstante, los avances proporcionados por el Estado liberal, como el reconocimiento de la separación de los poderes, el sometimiento del Estado a la ley y las garantías individuales, constatamos también sus limitaciones como registra PONCE SOLÉ. Según dicho autor, *“este modelo ‘formal’ de legitimación administrativa, en la cual la Administración se limitaría a ser una ‘correa de transmisión’, en expresión de Stewart, de la Ley, pudo ser suficiente en el contexto del Estado liberal y mientras la actividad administrativa se limitó a la ejecución de programas normativos simples. Sin embargo, el tráfico en el Estado social y la progresiva extensión y complejidad de las tareas administrativas revelaron la insuficiencia de este modelo de legitimación⁴⁰”*.

Aunque el poder político estuviera descentralizado, la actividad administrativa en el Estado liberal era caracterizada por la unilateralidad y centralidad de su actuación,

³⁸ Cfr. JUSTEN FILHO, M. *Curso de Direito Administrativo*. Octava edición. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p. 369.

³⁹ Vid. RHEIN SCHIRATO, V. “Repensando a pertinência dos atributos dos atos administrativos”, en MEDAUAR, O.; RHEIN SCHIRATO, V.. (Coords.). *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 115-144.

⁴⁰ Cfr. PONCE SOLÉ, J. “Procedimiento administrativo, globalización y buena administración”, en PONCE SOLÉ, J. (Coord.). *Derecho administrativo global: organización, procedimiento, control judicial*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2010, p. 91.

como también por la estructura jerárquica y subordinada de sus órganos, como parte de la herencia del Antiguo Régimen⁴¹.

Impone aclarar que, en este momento, la participación ciudadana estaba circunscrita a actuación del poder legislativo, en la medida que la producción normativa del Parlamento reflejaba la voluntad popular⁴². Como bien pondera MUÑOZ MACHADO, en el esquema constitucional clásico, *“la participación ciudadana concluye en la elección de los representantes parlamentarios⁴³”*.

El agotamiento del modelo liberal quedó evidente con las revoluciones sociales del siglo XIX, fomentadas por el proceso de industrialización y urbanización, que contestaban la distribución de renta y la ausencia de prestaciones sociales. Había la necesidad de una mayor intervención del Estado en los dominios económico y social, lo que fragilizaba el modelo liberal clásico basado en la *“mano invisible”*.

Sin embargo, debemos aclarar que el Estado liberal no significa la antítesis del Estado social. En realidad, como explica BONAVIDES, los valores del Estado liberal edificaron la base para la construcción del Estado social⁴⁴. Es decir, se sale del plan individual de las libertades para expandir a los valores sociales y plurales.

Este nuevo paradigma de protección social fue desarrollado en los textos constitucionales del inicio del siglo XX, como la Constitución Mexicana de 1917 y la

⁴¹ FERRAZ describe la estructura burocrática de la Administración liberal, señalando que *“a figura da pirâmide –a noção de hierarquia– retrata fielmente o modelo de administração burocrática típica do Estado liberal, que surge na França a partir da segunda metade do século XIX, tornando-se o modelo organizacional de poder público nos países da Europa continental e nas nações por ela influenciadas”*. Cfr. FERRAZ, L. *Controle e Consensualidade: Fundamentos para o controle consensual da Administração Pública (TAG, TAC, SUSPAD, acordos de leniência, acordos substitutivos e instrumentos afins)*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 43.

⁴² Es importante evidenciar la crítica de TOCQUEVILLE a esta configuración de la Administración Pública, cuyo fundamento era la ejecución de la ley. Bajo el manto de la legalidad, la Administración pública acumulaba demasiado poder, en la medida que obedecer a la Administración significaba obedecer a la ley. Por eso TOCQUEVILLE afirmaba que *“la administración pública era ya, en el siglo XVIII, muy centralizada, muy poderosa, prodigiosamente activa. Se la veía sin tregua ayudar, impedir, permitir. Tenía mucho que prometer, mucho que dar. Su influencia se hacía sentir de mil maneras, no sólo sobre la marcha general de los asuntos de cada hombre. Además, la falta de publicidad hacía que no se temiese exponer antes sus ojos hasta sus más recónditas enfermedades”*. Cfr. TOCQUEVILLE, A. D. *El Antiguo Régimen y la Revolución*. Colección Fundamentos n. 217. Serie Clásicos del pensamiento político. Madrid: Ediciones Istmo, 2004, p. 47.

⁴³ Cfr. MUÑOZ MACHADO, S. Las concepciones del Derecho administrativo y la idea de participación en la Administración. *Revista de Administración Pública*, núm. 84, Septiembre/Diciembre 1977, p.529.

⁴⁴ Cfr. BONAVIDES, P. As bases principiológicas da Responsabilidade do Estado. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 16. Madrid: 2012, pp. 62-63.

Constitución de Weimar de 1919, que consagraban los derechos sociales y en consecuencia adoptaban el Estado social.

Por eso poco a poco la función administrativa del Estado añadía los servicios sociales que han pasado a funcionar como herramienta de acción del gobierno y de regulación macroeconómica, siguiendo la influencia de Keynes⁴⁵.

Por la teoría económica keynesiana, el mercado no podría garantizar el mantenimiento de actividades suficientes al equilibrio entre las unidades de gasto y las de producción. De esta manera, frente a la incapacidad del mercado, la intervención estatal tendría justificación⁴⁶.

Con el tránsito para el Estado social, la centralidad de la acción estatal se ha traspasado para la persona humana. Por ello, ESTEVE PARDO subraya que, en el Estado social, la sociedad no solo se conecta a la estructura estatal, sino la sustenta, conllevando a la superación de la tallante separación entre Estado y sociedad típica del Estado liberal del siglo XIX⁴⁷.

Por eso en el Estado social la concepción de libertad gana otro sentido, estando más conectada al concepto de igualdad sustancial. En otras palabras, es necesaria la actuación y protección del Estado para quitar las desigualdades y garantizar la libertad de las personas. En este sentido, MIRANDA afirma que la libertad tiene como presupuesto las personas que por esta calidad deben ser protegidas y respetadas por el Estado y los demás poderes⁴⁸.

La base del Estado social está en la democracia y en los derechos fundamentales y, por esta razón, la actividad administrativa pasa a tener nuevo contenido, con un carácter positivo, en el sentido de la realización de prestaciones al ciudadano, como educación, sanidad, seguridad social, etc.

Por eso RODRÍGUEZ-ARANA registra que el Estado social *“tiene como objetivo y finalidad remediar la desigualdad material de los ciudadanos de forma efectiva,*

⁴⁵ Vid. FERRAZ, L. (2019). Op. cit., p. 53.

⁴⁶ Vid. RODRÍGUEZ-ARANA, J. (2015a). Op. cit., p. 99.

⁴⁷ Cfr. ESTEVE PARDO, J. (2019). Op. cit., p. 51.

⁴⁸ Cfr. MIRANDA, J. *Os novos paradigmas do Estado social* [en línea]. Conferencia proferida en 28 de septiembre de 2011, en Belo Horizonte, en el XXXVII Congresso Nacional de Procuradores de Estado, p. 04. [consulta: 26 marzo 2020]. Disponible en: <http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/1116-2433.pdf>.

*removiendo los obstáculos que lo impidan*⁴⁹”. Dicho de otra manera, el Estado social tenía el rol de replantear las obligaciones estatales, presentando una reacción a los fallos del liberalismo.

En este momento, el Estado sale de una estructura pequeña, cuya función principal era el mantenimiento del orden y de la tutela de la propiedad privada, y pasa a una organización enorme y centrada en la prestación de los servicios sociales.

Por ello, PÉREZ LUÑO plantea que el tránsito del Estado liberal al Social ha quedado una serie de cuestiones teóricas y prácticas y, la más evidente, ha sido la tarea de la AP de *“proporcionar a la generalidad de los ciudadanos las prestaciones necesarias y los servicios públicos adecuados para el pleno desarrollo de su personalidad reconocida no sólo a través de las libertades tradicionales, sino también a partir de la consagración constitucional de los derechos fundamentales de carácter económico, social y cultural*⁵⁰”.

El Estado social tenía el reto de superar los déficits del Estado liberal, no solo garantizando a los ciudadanos derechos individuales, sino proporcionándoles bien estar social a través del reconocimiento de la centralidad en la persona humana y de la efectividad de los derechos sociales.

Una vez fijada las premisas del Estado social, pasaremos al examen del desarrollo del Estado social en España y Brasil.

2.2.1. El Estado social en España y Brasil

En España, el cambio de paradigma empezó a finales del siglo XIX y principio del siglo XX con la publicación de la ley de trabajo para los menores (1873), la regulación de los trabajos peligrosos de niños (1878), la ley de accidentes de trabajo (1900), la ley

⁴⁹ Cfr. RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. Dimensiones del Estado social y derechos fundamentales sociales [en línea]. *Revista de Investigações Constitucionais*, V. 2, N. 2, 2015b, pp.31-62. [consulta: 28 noviembre 2021]. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=534056246003>.

⁵⁰ Cfr. PERÉZ LUÑO, A. E. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Quinta edición. Madrid: Editorial Tecnos, 1995, p. 224.

de condiciones del trabajo de mujeres y niños (1900), la ley de descanso dominical (1904) y el Decreto acerca de la jornada de trabajo de ocho horas (1919)⁵¹.

La dictadura de Primo de Rivera (1923-1930) mantuvo los principios reparadores de la normativa de riesgos laborales, como la Ley de accidente de trabajo de 1923 y el Código de Trabajo de 1926. En este período también se mantuvo los órganos de participación paritaria de empresarios y obreros. No obstante, la aplicación de estas políticas sociales tenía el reto de establecer un nuevo equilibrio entre Estado y sociedad para construir la legitimación instrumental del régimen⁵².

La primera Guerra Mundial y la crisis económica de 1929 generarán la necesidad de ampliación del contenido social del Estado. Importante fijar que en España en este momento era necesaria una mayor intervención del Estado para garantizar la protección social⁵³. La Dictadura de Primo de Rivera llega a su final en 1930, en cuando se inicia la Segunda República sobre las bases de la Constitución de 1931⁵⁴.

La Constitución de 1931 trajo el primer listado de derechos sociales y señalaba ya en el artículo primero su carácter social: “*España es una República democrática de trabajadores de toda clase, que se organiza en régimen de Libertad y de Justicia*”. Sin embargo, la perspectiva adoptada por el texto constitucional de 1931 era de intervención estatal en la economía para la realización de estos derechos sociales⁵⁵. Tenemos que señalar que en este período la estructura administrativa se burocratiza para el desarrollo de dichas políticas sociales.

En la época franquista (1936 – 1975) fueron dictadas algunas medidas de carácter social. En la primera fase del régimen franquista se destaca el Fuero del Trabajo aprobado por el Decreto de 9 de marzo de 1938, con inspiración en la “*Carta de Lavoro*” italiana de 1927⁵⁶. Esta norma mantenía algunas conquistas, como: la prohibición de trabajo

⁵¹ Vid. RODRIGUEZ-ARANA, J. Dimensiones del Estado social y derechos fundamentales sociales. [en línea]. *Rev. Investig. Const.*, 2015b, vol.2, n.2, pp. 31-62. [consulta: 30 marzo 2020]. DOI: <https://doi.org/10.5380/rinc.v2i2.44510>. Disponible en:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S235956392015000200031&lng=en&nrm=iso.

⁵² Vid. DE LA CALLE VELASCO, M. D. Sobre los orígenes del Estado social en España. *Ayer*, n. 25, pp. 127-150, 1997.

⁵³ Vid. ESPUNY TOMÁS, M. (Dir.). *Esquemas de historia del derecho social y de las instituciones laborales*. Segunda edición. Tomo XXVIII. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

⁵⁴ Vid. SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, J. (2008). Op. cit., p. 318.

⁵⁵ Vid. MARTÍN MARTÍN, S. Del Fuero del Trabajo al Estado social y democrático. Los juristas españoles ante la socialización del derecho. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, ISSN 0392-1867, Vol. 46, N. 1, 2017, p. 345.

⁵⁶ Vid. SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, J. (2008). Op. cit. p. 349.

nocturno de mujeres y niños, el descanso dominical obligatorio y las vacaciones anuales retribuidas. Por otro lado, limitaba la libertad sindical, suprimía la negociación colectiva y criminalizada el derecho de huelga⁵⁷. También se publican la Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963 y la Ley de Financiación y Perfeccionamiento de la Acción Protectora de 1972 que integran la normativa de carácter social del segundo período del Gobierno de Franco, pero no fueron efectivas en la protección social, pues no se superaron los problemas de financiación y de organización administrativa de los órganos implicados⁵⁸.

El Estado social en España solamente se estructura con la Constitución de 1978, como se verifica en el artículo 1.1: *“se constituye en un Estado social y democrático, que propugna como valores superiores de su Ordenamiento la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo”*. De ahí se extrae, conforme señala Eduardo García de Enterría, que la Constitución de 1978 implantó el principio democrático como único principio político legitimador⁵⁹.

Este nuevo orden constitucional asignaba al Estado la obligación de crear y garantizar condiciones para el desarrollo de la igualdad sustancial, como queda evidente en el artículo 9.2, que dicta: *“Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”*.

En tierras brasileñas la introducción de derechos y garantías sociales empezó con la Constitución de 1934, que es la primera norma conformadora de derechos sociales en Brasil. El texto constitucional de 1934 fue inspirado en las constituciones elaboradas después de la primera guerra mundial, sobre todo la Constitución de Weimar.

En 1937, el Gobierno de Getúlio Vargas otorga una nueva constitución, basada en textos autoritarios como la Constitución Portuguesa de 1933 y la Constitución Polaca de 1935. No obstante, en el régimen dictatorial instituido por Getúlio Vargas, muchas

⁵⁷ Ibid., p. 356.

⁵⁸ Vid. TORRES KUMBRIÁN, R. D.; MARTÍNEZ BOYÉ, A; PÉREZ VIEJO, J. *Estado del bienestar, Cohesión Social Europea y Derechos de la Ciudadanía. Orígenes, tendencias, riesgos y amenazas*. Madrid: Editorial Sanz y Torres, 2019.

⁵⁹ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. (1998). Op. cit., p. 35

medidas de carácter social fueron adoptadas, como la creación de la Consolidación de las leyes laborales y la institución de la seguridad social. Dichas medidas no significaron la institución de un Estado social en Brasil, sino de un Estado represor que promovía políticas sociales basadas en el populismo⁶⁰.

En el período de la dictadura militar, no obstante, la publicación de normas relativas a los derechos sociales, como la ley de huelga (1964), la ley de creación del Instituto Nacional de la Seguridad Social (1966) y la ley de creación del Sistema Nacional de Sanidad (1975), estos diplomas no promovían la efectividad de dichos derechos.

Solamente con la Constitución Federal de 1988 que el Estado social se desarrolla en Brasil. En su preámbulo, la Constitución Federal de 1988 hace referencia directa a los derechos sociales cuando dispone que el Estado Democrático por ella instituido se destina a *“garantizar el ejercicio de los derechos sociales e individuales, la libertad, la seguridad, el bienestar, el desarrollo, la igualdad y la justicia como valores supremos de una sociedad fraterna, pluralista y sin prejuicios”*. Además, en su artículo primero, los valores sociales y la dignidad de la persona humana son fundamentos del Estado Brasileño⁶¹.

Con apoyo en la jurisprudencia producida por los tribunales se pudo poner en marcha la efectiva construcción del Estado social en Brasil, como bien explica MIRANDA⁶².

Desde el punto de vista de la AP, el Estado social representó un cambio muy profundo en la organización administrativa y en los mecanismos de gestión de su actuación. El agigantamiento del aparato administrativo, para el atendimento de estos otros derechos, generó una larga preocupación con las etapas procedimentales lo que sucedió en la ampliación de la burocracia.

⁶⁰ Vid. BERCOVICI, G. “Tentativa de instituição da democracia de massas no Brasil: instabilidade constitucional e direitos sociais na Era Vargas (1930-1964)”, en SEELANDER, A. C.; FONSECA, R. M. (Orgs.). *História do Direito em perspectiva: do Antigo Regime à Modernidade*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 376-414.

⁶¹ BRASIL. Constitución Federal de 1988: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

⁶² Cfr. MIRANDA, J. (2011). Op. cit. p. 06.

2.2.2. Crisis del Estado social

Este gran aparato administrativo en un determinado momento colapsó, o sea por incapacidad operativa para articular respuestas a las demandas, o sea por la rigidez de la racionalidad burocrática. Por eso BRUGUÉ, al analizar el perfil de las AAPP actuales, afirma que *“nuestras administraciones han sido diseñadas para operar desde la seguridad y la simplicidad, pero encuentran muchas dificultades operativas cuando se salen de sus rígidos esquemas de trabajo”⁶³*.

La burocracia, basada en el modelo teórico de WEBER⁶⁴, no se muestra eficaz para responder demandas complejas que exijan respuestas más flexibles, plurales y céleres. Por eso se puede decir que la burocracia constituye uno de los elementos conformadores de la crisis del Estado contemporáneo.

También se debe considerar como elemento conformador del actual estado de crisis, la ruptura entre el poder y la política. De acuerdo con BAUMAN, *“la crisis actual difiere de sus precedentes históricos por cuanto la estamos viviendo desde un contexto de ‘divorcio entre el poder y la política’⁶⁵”*.

Esta ruptura tiene como una de sus causas la interdependencia global de los Estados generada por la globalización o mundialización, como prefieren algunos. Por eso BAUMAN sigue explicando que *“en las actuales condiciones de interdependencia global, ese matrimonio resulta difícilmente concebible dentro de un único Estado, por grande y rico en recursos que sea”⁶⁶*.

Para analizar la separación entre poder y política, es fundamental comprender la globalización. Según CASTELLS, la globalización es un fenómeno multidimensional y

⁶³ Cfr. BRUGUÉ, Q. “Una administración que habla es una administración que piensa”, en PÉREZ, I. C. et al. (Coords.). *Participación ciudadana para una Administración deliberativa*. Zaragoza: Gobierno de Aragón. Dirección General de Participación Ciudadana, 2009. p. 57.

⁶⁴ De acuerdo con WEBER, la burocracia tiene funciones específicas que pueden ser expresadas por las atribuciones oficiales fijas, ordenadas por reglas, leyes o disposiciones del reglamento administrativo; por la aplicación del principio de jerarquía funcional y tramitación, por lo cual se crea un sistema de mando y subordinación entre autoridades superiores e inferiores con competencias específicas y definidas; por la especialización de la actividad burocrática, lo que genera la profesionalización de la actividad pública y la construcción de un conocimiento institucional especializado. Cfr. WEBER, M. *Economía y sociedad*. FCE – Fondo de Cultura Económica, 2014, p. 917.

⁶⁵ BAUMAN, Z.; BORDONI, C. (2016). Op. cit. p. 24.

⁶⁶ Ibid, p. 24.

que puede ser mejor entendido a partir de su dimensión económica⁶⁷. Desde este punto de vista, la globalización es un fenómeno que no solamente incluye la gente y los países, sino también los excluyen a partir de los intereses dominantes⁶⁸. Es decir, la flexibilidad de la economía global puede conectar los intereses dominantes y excluir aquellos que no sirven a estos intereses. En esta dinámica, la relación entre poder y política es totalmente cambiada porque el poder no se concentra solamente en los Estado Nacionales.

Estos procesos de mundialización económica han traído una nueva sistemática de organización de los poderes, interna y externa. Los Estados nacionales no tienen capacidad operativa para solucionar los grandes problemas de la contemporaneidad generados por la globalización del siglo XXI. Por eso CASTELLS afirma que la globalización de la economía y de la comunicación limitó la capacidad de los Estados nacionales de dar una respuesta a los problemas que son globales, como crisis económicas, cambio climático, pandemias, terrorismo o violación de los derechos humanos, desde sus ámbitos de actuación⁶⁹.

Además, la estructura de los Estados nacionales no es compatible para la solución de los problemas ordinarios de la sociedad. Al lado de la globalización está la localización que exige una mayor participación de los gobiernos locales y de la ciudadanía para la solución de cuestiones más ordinarias. Por tanto, la ruptura entre el poder y la política ha generado la pérdida de legitimidad del Estado, una vez que este Estado cada vez más se aleja de la nación que él representa. Por eso que una de las respuestas a la crisis de los Estados nacionales es, justamente, el fortalecimiento de la democracia por la participación ciudadana.

⁶⁷ Cfr. CASTELLS, M. *Information Technology, Globalization and Social Development*. UNRISD Discussion Paper No. 114, September 1999, p.04.

⁶⁸ Tenemos que registrar el siguiente comentario de CASTELLS sobre la exclusión proporcionada por la globalización: “*Ao passo que as camadas profissionais de maior instrução e maiores possibilidades se conectam através do planeta em uma nova formação de classes sociais, que separa as elites cosmopolitas, criadoras de valor no mercado mundial, dos trabalhadores locais desvalorizados pela deslocalização industrial, alijados pela mudança tecnológica e desprotegidos pela desregulação trabalhista. A desigualdade social resultante entre valorizados e desvalorizados é a mais alta da história recente. E mais, a lógica irrestrita do mercado acentua as diferenças entre capacidades segundo o que é útil ou não às redes globais de capital, de produção e de consumo, de tal modo que além de desigualdade, há polarização; ou seja, os ricos estão cada vez mais ricos, e os pobres cada vez mais pobres*”. Cfr. CASTELLS, M. *Ruptura: A crise da democracia liberal*. D’AVILA MELO, J. A. (trad.). Primera edición. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, p. 18.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 18.

Este también es el sentido de las aportaciones de FERRAJOLI al examinar la crisis de la Democracia Constitucional⁷⁰. De acuerdo con el autor italiano, la democracia constitucional no puede ser definida solamente por su dimensión formal, sino también a través de una perspectiva sustancial basada en el reconocimiento de derechos y garantías fundamentales que vinculan a todos los poderes estatales. Es decir, la dimensión sustantiva tiene el poder de controlar los dichos poderes estatales, impidiendo su conversión en “*poderes salvajes*”.

Lo que se observa en el Estado contemporáneo es la ineffectividad de los derechos y las garantías constitucionalmente establecidas, debido a un proceso de desconstitucionalización del sistema político. Por un lado, se tiene la pérdida de legitimidad de la representación política, por otro se tiene la quiebra de la participación de los ciudadanos en la vida pública.

ARENILLA SÁEZ indica la pérdida de legitimidad estatal como una de las causas de la crisis y esto impuso a la AP los cambios producidos en las últimas décadas. Por eso este autor afirma que “*la pérdida de legitimidad de las instituciones políticas y de sus integrantes arrastra a las administrativas al ser percibidas correctamente por la ciudadanía como pertenecientes a un todo*”⁷¹.

Frente a este escenario, FERRAJOLI propone como uno de los remedios para la superación de la crisis, el refuerzo a las prácticas de democracia participativa, de manera que se posibilite la intervención de los ciudadanos en el debate político⁷². Las prácticas participativas serían la medicina para el restablecimiento del vínculo entre la ciudadanía y sus instituciones representativas, una vez que existe el papel legitimador de la participación ciudadana en los actos de los representantes⁷³.

⁷⁰Vid. FERRAJOLI, L. *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Segunda Edición. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

⁷¹Cfr. ARENILLA SÁEZ, M. “Marco teórico actual de la Administración Pública”, en ARENILLA SÁEZ, M. (Ed.). *Crisis y reforma de la Administración Pública*. Madrid: Netbiblio, 2011, p.18.

⁷² Vid. FERRAJOLI, L. (2011) Op. cit.

⁷³ El comentario de RAMOS TAVARES converge para la necesidad de garantizar la participación directa de la ciudadanía para fortalecer la democracia representativa, cuando afirma que “*o regime democrático, ancorado no sistema representativo, não pôde, pois, escapar às críticas, e ingressou numa crise profunda. Tornou-se ele meramente formal, posto que dirigido ao cumprimento de ritos eleitorais justificadores apenas do acesso aos cargos de representação política, deixando a massa de cidadãos fora do processo decisório, do acesso ao poder político ou de qualquer forma de seu exercício. [...] A proposta que vai encartada aqui é no sentido de que se reduzam os excessos e as esperanças depositadas no modelo representativo puro. É que se faz imperioso limitar as possíveis formas arbitrarias e ilegítimas de exercício do poder, o que só será conseguido com uma progressiva aproximação ao poder daquele que é seu titular*”.

Aquellos que participan del sistema democrático, se sienten parte de él y, en consecuencia, van a defenderlo. Aquellos que no participan, al revés, no se pondrán a defender dicho sistema. Por eso la necesidad de refuerzo a la participación, sobre todo en los momentos de crisis.

Por otro lado, en el momento actual, se observa como respuesta a la crisis del Estado social movimientos de reafirmación de la soberanía nacional en paradoja a las redes globales lo que genera una ruptura con el estatus actual de la sociedad, economía y política.

En este contexto, creemos que el diálogo institucionalizado entre administrados y el Estado es el efectivo camino para la reconstrucción de las democracias actuales, pues permite perfeccionar la AP con la participación, la democracia sustantiva y el consenso.

Para profundizar la comprensión de la crisis que los Estados contemporáneos viven, urge enfrentar la evolución de la organización administrativa, examinando el modelo burocrático y los movimientos de reforma administrativa.

3. MODELOS DE ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

Históricamente, la AP ha pasado por distintos cambios en su forma de gestión, de manera que se identifica los respectivos modelos de organización administrativa. Para el objetivo de este trabajo, importa investigar y reflexionar estos modelos de organización administrativa, en especial, el modelo burocrático y la nueva gestión pública para que sea posible comprender las propuestas actuales de gestión administrativa influenciadas por la globalización y las nuevas tecnologías.

3.1. La burocracia

verdadeiro, vale dizer, por meio da congruência entre a vontade manifestada no exercício do poder e aquela surgida no seio social do qual promana o poder. Para tanto, a participação direta mostra-se uma atividade salutar, imprescindível". Cfr. TAVARES, A. R. Democracia e Exercício do Poder: Apontamentos sobre a participação política. Revista Brasileira de Direito Constitucional. n. 03, Jan/Jun 2004, pp.362- 363.

En los Estados absolutistas, la organización administrativa estaba diseñada bajo un modelo patrimonialista⁷⁴ en que el nepotismo y la corrupción eran, seguramente, herramientas de gestión pública. El modelo burocrático surge como herramienta de lucha contra el patrimonialismo y con la tarea de poner fin a la confusión entre el público y el privado.

Por eso en el modelo liberal clásico, la estructura administrativa estaba anclada en el principio de legalidad, en el sentido de que la actuación gubernamental es una expresión de la ejecución de la ley. En este mismo sentido, explica PÉREZ LUÑO que el primado de la ley, consagrado en el Estado liberal, “*reposaba en su carácter de expresión de la voluntad general y en su inmediata orientación a la defensa de los derechos y libertades de los ciudadanos*”⁷⁵.

Según APOLINÁRIO DE ALENCAR, el modelo de estado desarrollado en el siglo XVIII, basado en los ideales liberales, constituía una “*estructura estatal ordenada, burocratizada, que garantizaba la propiedad y ofrecía seguridad jurídica*”⁷⁶ (traducción propia). La premisa del Estado liberal era la separación de los espacios públicos y privados, como también del poder político y del poder económico y el alejamiento entre las funciones administrativa y política, como hemos visto en la sección anterior.

El modelo de burocracia weberiana, por su vez, inspiró la construcción de los Estados liberales de Derecho, una vez que la estructura administrativa liberal estaba fundamentada en la racionalidad gerencial y legal desarrollada por WEBER⁷⁷.

⁷⁴ En el pensamiento de WEBER la expresión “patrimonialismo” se refiere a los sistemas político-sociales en que no hay una nítida separación entre el público y el privado, conectándose a la idea de dominación tradicional. Según dicho autor, “*existen tres tipos puros de dominación legítima. La validez de su legitimidad puede ser primariamente: 1. De carácter racional: que descansa en la creencia en la legalidad de ordenaciones estatuidas y de los derechos de mando de los llamados por esas ordenaciones a ejercer la autoridad (dominación legal); 2. De carácter tradicional: que descansa en la creencia cotidiana en la santidad de las tradiciones que rigieron desde lejanos tiempos y en la legitimidad de los señalados por esa tradición para ejercer la autoridad (dominación tradicional); 3. De carácter carismático: que descansa en la entrega extracotidiana a la santidad, heroísmo o ejemplaridad de una persona y a las ordenaciones por ella creadas o reveladas (dominación carismática)*”. Cfr. WEBER, M. (1991). Op. cit. p. 359.

⁷⁵ Cfr. PÉREZ LUÑO, Antonio E. (1995). Op. cit. p. 220.

⁷⁶ Cfr. APOLINÁRIO DE ALENCAR, L. Z. *O novo Direito Administrativo e Governança Pública. Responsabilidade, metas e diálogo aplicado à Administração Pública do Brasil*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018, p. 27.

⁷⁷ El modelo burocrático weberiano estaba basado en dos paradigmas de racionalidad: gerencial y legal. La racionalidad gerencial propone garantizar la eficiencia y eficacia de la actuación administrativa. Por otro lado, la racionalidad legal tiene el objetivo de garantizar la sumisión de la Administración pública al derecho. Vid. PRATS I CATALÁ, J. *A los príncipes republicanos. Gobernanza y desarrollo desde el republicanismo cívico*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 2006.

Para WEBER, la burocracia sería el método más apropiado para garantizar la eficacia y eficiencia de la actuación de la AP, como también su sumisión al Derecho⁷⁸. Además, la burocracia articularía un sistema de dominación de base racional, que podría servir tanto a los Estados Democráticos como a los Autoritarios.

PRATS I CATALÁ, al examinar el ideal weberiano de dominación legal, explica que *“la racionalidad legal es un valor político y jurídico no necesariamente democrático, ya que el principio de legalidad no presupone ni coincide con el Estado de Derecho. El principio de legalidad es una exigencia funcional de la Administración de una sociedad moderna y, como tal, compatible con el autoritarismo político”*⁷⁹.

Es posible decir que, en el período liberal, los procesos de toma de decisión eran caracterizados por la verticalidad y centralidad con fundamento en la aplicación de la ley como expresión de la voluntad popular. Además, la fractura entre Estado y sociedad era un valor fundamental para el modelo liberal, una vez que la organización del poder político estaba independizada del elemento social.

Al proceso de toma de decisión, en el período liberal, era necesario añadir el método burocrático que llevaría a la impersonalidad, igualdad y eficiencia administrativa⁸⁰. WEBER sostenía la superioridad de la burocracia frente a otros métodos cuando explica que *“ la precisión, la rapidez, la univocidad, la oficialidad, la continuidad, la discreción, la uniformidad, la rigurosa subordinación, el ahorro de fricciones y de costas objetivas y personales son infinitamente mayores en una administración severamente burocrática, y especialmente monocrática, servida por funcionarios especializados, que en todas las demás organizaciones de tipo colegial, honorífico o auxiliar”*⁸¹.

⁷⁸ WEBER sostenía que la administración burocrática sería el remedio eficaz para la superación de la administración patrimonialista, que confundía el interés general con los intereses privados de un grupo dominante. Por medio de la racionalidad jurídica, la actividad estatal sería previsible lo que contribuía para el desarrollo económico. Cfr. WEBER, M. (2014). Op. cit.

⁷⁹ Cfr. PRATS I CATALÁ, J. *De la burocracia al management, del management a la gobernanza: las transformaciones de las administraciones públicas de nuestro tiempo*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 2005, p. 102.

⁸⁰ SECCHI señala como características fundamentales del modelo burocrático la impersonalidad, la formalidad y el profesionalismo que reflejan las necesidades del Estado liberal de impersonalidad, igualdad y eficiencia. Según dicho autor, en el modelo burocrático, el poder emana de las normas, de las instituciones formales, no hay por tanto influencia de la tradición o del carisma del gobernante. Con base en este axioma que derivan las tres características fundamentales del modelo burocrático. Cfr. SECCHI, L. Modelos organizacionais e reformas da administração pública. [en línea]. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 43, n. 2, pp. 347-369, abril, 2009. [consulta: 26 julio 2020]. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0034-76122009000200004>. Disponible en: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122009000200004&lng=en&nrm=iso>.

⁸¹ Cfr. WEBER, M. (2014). Op. cit. p. 928.

El modelo burocrático liberal, anclado en el principio de legalidad, la racionalidad, la impersonalidad y la subordinación de los órganos y funcionarios que los componen, se estructuraba en la previsibilidad del comportamiento de la AP y su sumisión a la supremacía del interés general.

Los fundamentos de la jerarquía y de la legalidad permitían compatibilizar el modelo burocrático weberiano con estructuras autoritarias, como hemos comentado. Por eso, en la historia de las AAPP española y brasileña, es posible identificar este perfil burocrático tanto en los gobiernos democráticos como en los gobiernos totalitarios y populistas.

3.1.1. La burocracia en las AAPP españolas y brasileñas

Por lo que respecta a España, la burocracia estuvo presente desde el período de la colonización de América, pero basada en un régimen patrimonialista y aristocrático en lo cual no había una separación entre lo público y lo privado⁸². En la Restauración se desarrolla un sistema burocrático con la finalidad de sostener un modelo de estado profundamente centralizado y autoritario. La Constitución de 1931, como hemos visto, intentó armonizar los derechos de autonomía al diseño unitario del Estado y siguiendo con un modelo burocrático.

En el Estado totalitario, que nasce con la terminación de la guerra civil (1936-1939), se suprime todas las libertades republicanas y se regresa al extremo centralismo, así como a la corporativización burocrática y la apropiación patrimonial de las funciones públicas, como bien explica PRATS I CATALÁ⁸³. Solamente en los cincuenta se empieza una pequeña liberalización económica y algunos movimientos de reforma administrativa, a ejemplo del Plan de Estabilización Económica de 1959. El modelo burocrático weberiano se consolidaba en un Estado basado en una fuerte centralización política y

⁸² Vid. LEDDY PHELAN, J.; CÁCERES RIQUELME, J. (traduc.). Autoridad y flexibilidad en la burocracia imperial española. [En línea]. *Revista Historia y Justicia*, octubre, 2018. [consulta: 12 abril 2020]. DOI: <https://doi.org/10.4000/rhj.1312>. Disponible en: <<http://journals.openedition.org/rhj/1312>>.

⁸³ Cfr. PRATS I CATALÁ, J. “Derecho al buen gobierno”, en SEVILLA, Jordi. (Dir.) *La Reforma de Administración General del Estado*. Madrid: LID Editorial Empresarial, 2010, p. 34.

administrativa⁸⁴. Hasta 1975 prevaleció el centralismo y burocratismo autoritario que generaran el completo vaciamiento democrático de los órganos administrativos.

En Brasil, el Estado que surge en los treinta del siglo pasado no era muy distinto del Estado Español en el mismo período. El gobierno de Getúlio Vargas, de perfil totalitario, puso en marcha la adopción del modelo burocrático-racional de WEBER con el objetivo principal de centralización y jerarquización de la AP. El desarrollo del modelo weberiano permitió crear una burocracia que funcionaba como instrumento de dominación política.

La intensa intervención estatal en los diversos sectores generó la ampliación del servicio público y la creación de órganos en la AP federal. En 1936 fue creado el Departamento Administrativo del Servicio Público (en adelante, DASP) que posibilitó una mayor centralización de la actuación administrativa, una vez que absorbía funciones fiscalizadoras, ejecutivas y legislativas⁸⁵. Fenómeno similar ocurrió en España con la disolución del Instituto de Reformas Sociales (en adelante, IRS) en la dictadura de Primo de Rivera. Este cambio generó la ruptura de la política reformista del IRS y la centralización de las políticas sociales⁸⁶.

Las reformas administrativas puestas en marcha en el régimen autoritario de Getulio Vargas no pudieron superar el modelo oligárquico y patrimonialista heredado de la Administración colonial que era basado en el favorecimiento de una aristocracia y en la explotación de la colonia⁸⁷. Es decir, no existía la distinción entre lo público y lo privado que se mostraba necesaria para el progreso y el desarrollo del capitalismo industrial⁸⁸.

⁸⁴ En el mismo sentido es el comentario de ALVAREZ ALVAREZ cuando afirma: “*Vemos, pues, que el papel de la burocracia en la España contemporánea fue aumentando paulatinamente desde la segunda mitad del siglo XIX, por lo que el régimen franquista en este aspecto no supone un corte radical con los regímenes anteriores, aunque determinados fenómenos como el de la creciente burocratización, se acentúan de manera notable*”. Cfr. ALVAREZ ALVAREZ, J. *Burocracia y poder político en el régimen franquista (El papel de los Cuerpos de funcionarios entre 1938 Y 1975)*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1984, pp.115-116.

⁸⁵ Vid. WAHRLICH, B. M. D. S. *Reforma Administrativa na Era Vargas*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1983.

⁸⁶ Vid. ESPUNY TOMÁS, M. J.; PAZ TORRES, O.; CAÑABATE PÉREZ, J. (Coords.). *Un siglo de derechos sociales: a propósito de la celebración del centenario de la creación del Instituto de Reformas Sociales*. Bellaterra: Universitat Autònoma de Barcelona, Servei de Publicacions, 2006, pp. 29-30.

⁸⁷ Vid. BRESSER-PEREIRA, L. C. “Do Estado Patrimonial ao Gerencial”, en PINHEIRO, S.; WILHEIM, J.; SACHS, I. (Orgs.). *Brasil: Um Século de Transformações*. São Paulo: Cia. das Letras, 2001. p. 222.

⁸⁸ Vid. BRESSER-PEREIRA, L. C. Da Administração Pública Burocrática à Gerencial. *Revista do Serviço Público*, v. 47, n. 1, 1996, pp. 07-40.

Las propuestas de reforma administrativa llevadas a cabo por Getulio Vargas tenían como objetivo reordenar el Estado para el desarrollo económico. Como explica ALVES DE OLIVEIRA, la burocracia federal desarrollada a partir de los treinta en Brasil se transformó en un instrumento de dominación política de Getúlio Vargas, no obstante, las posibilidades creadas de desarrollo económico⁸⁹. Esta estructura burocrática creada se mantuvo en los gobiernos siguientes, aunque en los más democráticos.

Los Estados Sociales, creados después de la Segunda Guerra Mundial, buscaban reducir de la desigualdad generada por la política liberal, utilizándose de una mayor intervención del Estado en la sociedad. Según PÉREZ LUÑO, del Estado social “*se infiere la posibilidad y la exigencia de que el Estado asuma la responsabilidad de la transformación del orden económico social*”⁹⁰. En el modelo social, el Estado tiene una actuación positiva, proporcionando a los ciudadanos las prestaciones necesarias a una vida digna.

La consecuencia de esta construcción conceptual del Estado social es reconocer que “*el papel de los derechos fundamentales deja de ser el de meros límites de la actuación estatal para transformarse en instrumentos jurídicos de control de su actividad positiva, que debe estar orientada a posibilitar la participación de los individuos y los grupos en el ejercicio del poder*”⁹¹, como explica PÉREZ LUÑO⁹².

Ocurre que esta dinámica, de responsabilizar la AP por la tarea de proporcionar prestaciones sociales y económicas, generó un agigantamiento de la maquina administrativa y la consecuente ampliación de la burocracia e ineficiencia administrativa⁹³.

⁸⁹ Vid. ALVES DE OLIVEIRA, G. A Burocracia Weberiana e a Administração Federal Brasileira. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, n. 4, jul./dec. 1970, p. 63.

⁹⁰ Cfr. PERÉZ LUÑO, A. E. (1995). Op. cit. p.227.

⁹¹ Ibid., p. 228.

⁹² Ibid., p. 228.

⁹³ Esto es lo que comenta BRESSER PEREIRA: “*No momento, entretanto, que o Estado se transformou no grande Estado social e econômico do século XX, assumindo um número crescente de serviços sociais - a educação, a saúde, a cultura, a previdência e a assistência social, a pesquisa científica - e de papéis econômicos - regulação do sistema econômico interno e das relações econômicas internacionais, estabilidade da moeda e do sistema financeiro, provisão de serviços públicos e de infraestrutura, - nesse momento, o problema da eficiência tornou-se essencial. Por outro lado, a expansão do Estado respondia não só às pressões da sociedade, mas também às estratégias de crescimento da própria burocracia. A necessidade de uma administração pública gerencial, portanto, decorre de problemas não só de crescimento e da decorrente diferenciação de estruturas e complexidad e crescente da pauta de problemas a serem enfrentados, mas também de legitimação da burocracia perante as demandas da cidadania*”. Cfr. BRESSER PEREIRA, L. C. Da Administração Pública Burocrática à Gerencial. [en línea]. *Revista Do*

Hay que señalar que el modelo burocrático weberiano también inspiró la organización administrativa del Estado social, estructurado en una gran estructura administrativa rellena de grandes servicios de bienestar. En los 60 y 70, el modelo burocrático aún era considerado el modelo de organización administrativa, sin la posibilidad de adopción de otra alternativa. Esta conclusión se aplicaba no solamente en los Estados democráticos, sino también en los Estados totalitarios, una vez que la burocracia weberiana también servía a estos regímenes, como hemos comentado.

En Brasil, por ejemplo, la Dictadura Militar (1964-1985), con la excusa de promover el desarrollo económico del país, organizaba la AP en una estructura rígidamente jerarquizada y centralizada, siguiendo un modelo inspirado en la teoría de WEBER⁹⁴. Sin embargo, en 1967 hubo una tentativa fracasada de modernización de la AP, a través de la publicación del Decreto-Ley n. 200, de 25 de febrero de 1967. Este decreto-ley pretendía proporcionar la descentralización administrativa a través de la creación de empresas estatales, autarquías y fundaciones. Según BRESSER PEREIRA, los grandes fallos de esta tentativa de modernización fueron el mantenimiento de las prácticas patrimonialistas en la contratación de personal y de la rigidez burocrática en los órganos de la administración centralizada⁹⁵.

En España, el régimen franquista también estaba marcado por la burocratización de la Administración pública. Las tentativas de modernización de la AP española en dicho régimen buscaban amoldar la estructura social a las directrices políticas del Gobierno generando el desarrollo económico y la legitimación del régimen. No obstante, la narrativa de modernización de la AP, se mantenía la centralización administrativa.

En los 70, la crisis fiscal del Estado conlleva a la necesidad de reforma de la AP, sea en los regímenes democráticos o autoritarios⁹⁶. En este momento el modelo

Serviço Público, Ano 47, Vol. 120, n. 01, ene-abr/1996, p.11. [consulta: 14 mayo 2020]. Disponible en: <<https://doi.org/10.21874/rsp.v47i1.702>>.

⁹⁴ Vid. GOMES DE OLIVEIRA, C. O Servidor Público Brasileiro: Uma Tipologia da Burocracia. *Revista do Serviço Público Brasília*, n. 58, jul./Sep. 2007, p. 270.

⁹⁵ Cfr. BRESSER-PEREIRA, L. C. (1996). Op. cit., p. 07.

⁹⁶ Esto es lo que explican GOMÀ y BRUGUÉ: “*El proceso de desindustrialización -asociado con la crisis económica y con la aparición de un nuevo modo de producción- genera problemas de paro, dualización social, decadencia de los centros urbanos y lo que genéricamente se conoce como el redescubrimiento de la pobreza. Estas dificultades provocan una intensificación en la demanda de prestaciones públicas. La combinación de demandas crecientes con la reducción de los recursos y el clima de creciente resistencia impositiva genera lo que se conoce con el nombre de crisis fiscal del Estado. Los efectos de la crisis se dejan notar en los mismos cimientos de la actividad pública. Por una parte, se abren nuevos campos de actuación como la promoción económica, la política industrial o la regeneración urbana. Por la otra, la*

burocrático entra en crisis y se empieza a utilizar conceptos de administración privada a la AP para el alcance de la eficiencia y eficacia. Algunos países, como Reino Unido, comienzan a desarrollar la idea de AP gerencial⁹⁷.

En España, la promulgación de la CE/1978 instituye el Estado social y lanza la idea de modernización de la AP, con el objetivo de aproximación de la gestión pública del actual concepto de Estado desarrollado en el nuevo modelo constitucional y comunitario. Según el Informe de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante, OCDE) sobre gobernanza pública en España, la promulgación de la Constitución de 1978 empezó un proceso de transformación y adecuación de las AAPP al régimen democrático y políticamente descentralizado⁹⁸.

Con efecto, la CE/1978 representa un profundo cambio de paradigma para la AP española, una vez que el modelo instituido por el nuevo orden constitucional está anclado en los principios de legalidad, eficiencia, descentralización, desconcentración, coordinación, eficacia, como también en la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos.

En cuanto la descentralización, es importante subrayar la importancia, desde el punto de vista político-administrativo, de la adopción del Estado Autonómico, que generó, sin duda, la grande restructuración de la AP española. Por eso que ARENILLA SÁEZ señala que *“el nuevo marco jurídico apenas representa una innovación en su funcionamiento interno más allá de la introducción de los trascendentes principios democráticos de actuación, aunque abre el determinante proceso a las transferencias autonómicas por el que España en muy poco tiempo pasa de ser un régimen fuertemente centralizado a uno de los más descentralizados del mundo”*⁹⁹.

necesidad de ahorrar recursos se vuelve imperiosa y obliga a repensar su obtención y utilización. La gestión pública debe modificar su manera de trabajar y adaptarse tanto a las nuevas esferas de actuación como a la necesidad de mejorar la utilización de recursos cada vez más escasos”. Cfr. GOMÀ, R.; BRUGUÉ, Q. Nuevos modelos de gestión y organización pública. *Autonomies – Revista Catalana de Derecho Público*, núm. 18, julio de 1994. Barcelona: Escola d’Administració Pública de Catalunya, p. 5-6.

⁹⁷ Ibid., p. 05.

⁹⁸ OCDE. España. *De la reforma de la administración a la mejora continua. Informe de la OCDE sobre gobernanza pública en España*. TUÑÓN NAVARRO, J. (traducción). 1ª ed. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), 2014, p. 56.

⁹⁹ Cfr. ARENILLA SÁEZ, M. Cuatro décadas de modernización vs. reforma de la Administración pública en España. [en línea]. *Methaodos.revista de ciencias sociales*, 2017, n. 05, p. 302. [consulta: 19 abril 2020]. Disponible en: | <<http://dx.doi.org/10.17502/m.rcs.v5i2.190>>.

Esta nueva configuración del Estado español propició una AP más cercana de los ciudadanos, que viabiliza la prestación más eficiente de los servicios públicos. Por otro lado, también implicó en una importante proliferación de instituciones públicas, ampliando la maquina administrativa.

En Brasil, la promulgación de la Constitución Federal de 1988 no representó un cambio significativo en el modelo de AP, que se mantuvo extremadamente burocratizado. Sin embargo, algunos avances en el combate al patrimonialismo y clientelismo estaban presentes en el texto originario de la Constitución de 1988, como el acceso a los cargos y empleos públicos a través de concurso público.

3.2. La Nueva Gestión Pública (NGP)

De todo lo que hemos comentado, podemos afirmar que, a pesar de los cambios proyectados por el Estado social, las bases del derecho administrativo, como interés general, legalidad, acto administrativo, aún estaban vinculados a la idea de verticalidad y separación entre lo público y lo privado, usuales en el Estado liberal. Además, la ampliación de la estructura administrativa en el Estado social, sin el cambio metodológico de las bases del derecho administrativo, ha generado más burocracia e ineficiencia estatal¹⁰⁰.

El mantenimiento de la integralidad del modelo burocrático en el Estado social dificultaba la prestación de los servicios de manera flexible, eficiente e innovadora. Por eso PRATS I CATALÁ apunta que el carácter centralizador y uniformista de las grandes burocracias del bienestar impedía la adaptación de las prestaciones a la diversidad de situaciones de los usuarios y beneficiarios del sistema¹⁰¹. Es decir que la burocracia podría producir violaciones al principio de igualdad, una vez que este debe considerar la desigualdad para su aplicación¹⁰². Además, como señala MARTÍNEZ CÁRDENAS, la

¹⁰⁰ En este sentido es la reflexión de la administrativista brasileña ZANELLA DI PIETRO cuando afirma que la forma burocrática de organización en el Estado social, aplicada a todas las actividades del Estado, contribuyó para la ineficiencia del Estado en la prestación de los servicios, y esto se agravó por el volumen de actividades y por la crisis financiera enfrentada sobre todo por los países de la América Latina. Cfr. ZANELLA DI PIETRO, M. S. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Parceria Público-Privada e outras formas*. 9ª Edición. São Paulo: Editora Atlas, 2012b, p. 12.

¹⁰¹ Cfr. PRATS i CATALÁ, J. (2005). Op. cit., p.114.

¹⁰² Esta argumentación está puesta en las SSTC 128/1987, de 16 de julio, que dispone: “*el tratamiento diverso de situaciones distintas ‘puede incluso venir exigido en un Estado social y democrático de Derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del*

emersión de las ideologías neoliberales y de la economía de mercado impuso al Estado un nuevo abordaje administrativo capaz de reflejar dichas filosofías y prácticas¹⁰³.

En este escenario, surgió la necesidad de adopción de un modelo alternativo que se fuera posible obtener eficiencia y eficacia en la actuación administrativa. En los 90, los movimientos de reforma administrativa ganan impulso, sobre todo frente a la irrupción de las nuevas tecnologías, la influencia de la globalización, como también por el incremento de la complejidad y diversidad de la sociedad contemporánea¹⁰⁴. Estos movimientos de los noventa estaban basados en la adopción de saberes y técnicas de gestión privada a la AP como metodología para el alcance de la eficiencia y eficacia.

En este contexto emerge la “*Nueva Gestión Pública*”¹⁰⁵ o “*New Public Management*” (en adelante, NGP) que aboga la necesidad de flexibilidad, discrecionalidad y eficiencia de las organizaciones públicas, como también la necesidad de medición del desempeño para posibilitar la fijación de metas y objetivos. Bajo esta perspectiva se agrupan modelos distintos de gestión como: la privatización, la desregulación, la gerencialización, la ética en la gestión pública, etc.

Aunque la aplicación de la NGP tenga ocurrido de manera distinta en los diversos países, se puede decir que en general propugnaba la profesionalización de las funciones de

ordenamiento, como son la justicia y la igualdad (art.1), a cuyo efecto atribuye además a los poderes públicos el que promuevan las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva’ (STC 34/1981, de 10 de noviembre, FJ3, doctrina reiterada, entre otra, en la STC 3-1983, de 25 de enero, FJ3)”. La jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal de Brasil también está consolidada en este mismo sentido, como se puede verificar en este fragmento del voto del Ministro Marco Aurélio de Mello en la ADI n. 4.424, juzgada en 09 de febrero de 2012: “No caso presente, não bastasse a situação de notória desigualdade considerada a mulher, aspecto suficiente a legitimar o necessário tratamento normativo desigual, tem-se como base para assim se proceder a dignidade da pessoa humana – art. 1º, III –, o direito fundamental de igualdade – art. 5º, I – e a previsão pedagógica segundo a qual a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais – art. 5º, XLI. A legislação ordinária protetiva está em fina sintonia com a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, no que revela a exigência de os Estados adotarem medidas especiais destinadas a acelerar o processo de construção de um ambiente onde haja real igualdade entre os gêneros. [...] Não se pode olvidar, na atualidade, uma consciência constitucional sobre a diferença e sobre a especificação dos sujeitos de direito, o que traz legitimação às discriminações positivas voltadas a atender as peculiaridades de grupos menos favorecidos e a compensar desigualdades de fato, decorrentes da cristalização cultural do preconceito”.

¹⁰³ Cfr. MARTÍNEZ CÁRDENAS, E. E. La revolución gerencial en la gestión pública. *INNOVAR: Revista de ciencias administrativas y sociales*, n. 19, enero - junio de 2002, p. 19.

¹⁰⁴ BELTRAN VILLALVA registra que la acción administrativa contemporánea tiene que ser mucho más extensa y ambiciosa pues afecta a procesos sociales de mayor importancia crítica y estratégica, pues el mundo actual es mucho más complicado y caracterizado por la incertidumbre, la inestabilidad, e incluso la turbulencia. En: BELTRAN VILLALVA, M. De la reforma de la Administración al control de calidad de los servicios públicos. *Gestión pública y democracia* – GAPP, n. 5-6. Enero-agosto 1996, p. 6.

¹⁰⁵ La NGP tiene su origen y mejor aplicación en países de tradición anglosajón, como los Estados Unidos, Reino Unido, Canadá, Australia y Nueva Zelanda.

gestión y dirección pública, la clientelización del ciudadano y la racionalización del servicio público bajo un paradigma privado (modelo gerencial). Por eso RAMIÓ apunta que *“el modelo gerencial sigue un proceso de desinstitucionalización: suprimir la densidad de reglas burocráticas para alcanzar una mayor discrecionalidad en la gestión¹⁰⁶”*.

Sin embargo, la NGP es criticada por parte de la doctrina¹⁰⁷, una vez que se inspira en técnicas de gestión privada que están hace décadas en crisis, como también se muestra incompatible con determinados modelos de Estado de bienestar social. Además, las estrategias de la NGP tienen como paradigma el modelo anglosajón de AP, de manera que, en países de diseños institucionales distintos, como en los países latinos y de tradición napoleónica, estos instrumentos pierden mucho de su eficacia y eficiencia¹⁰⁸.

Por lo tanto, para la aplicación de la NGP en países con modelos de AP tan distintos del anglosajón, sería necesario un amplio debate político sobre la implantación de un nuevo modelo de Estado. Esto porque los principios y valores de la NGP son incompatibles con los modelos de bienestar social vigentes en dichos países. La NGP podría inspirar un cambio en las AAPP latinas y de tradición napoleónica, pero sería necesario buscar soluciones desde dentro y adecuadas a dichas realidades.

3.2.1. Aplicación de la NGP en España y Brasil

En España, la preocupación de adaptar la organización administrativa al modelo gerencial estuvo presente en las primeras tentativas de modernización de la AP después de la promulgación de la CE/1978. La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen

¹⁰⁶ Cfr. RAMIÓ, C. *Inteligencia Artificial y Administración Pública: Robots y Humanos compartiendo el servicio público*. Catarata: Madrid, 2019, p. 31.

¹⁰⁷ WUNDER HACHEM es uno de los autores que rechaza la transposición de la racionalidad de la gestión privada a la gestión pública, por ello señala: *“em que pesem as posições divergentes, parece evidente a impossibilidade de se transpor automaticamente mecanismos de gestão privada à Administração Pública, visto que ambos universos repousam sobre lógicas diferentes. Se uma empresa privada atua sob racionalidade do contrato, da autonomia privada, do acordo de vontades, a Administração Pública, diferentemente, atua afivelada aos ditames legais, oferecendo muitas vezes prestações sem contrapartida, ao passo que, ao mesmo tempo, impõe obrigações unilaterais. Enquanto a empresa privada objetiva o lucro, a Administração Pública tem por dever inescusável o atendimento do interesse público e das necessidades sociais”*. En: DIAS DA SILVEIRA, R.; AGUIRRE DE CASTRO, R. P. (Coord.). *Estudos Dirigidos de Gestão Pública na América Latina*. Vol. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 83.

¹⁰⁸ Vid. RAMIÓ, C. Los problemas de la implantación de la Nueva Gestión Pública en las administraciones públicas latinas: modelo de Estado y cultura institucional. *CLAD Reforma y Democracia*, Núm. 21, Oct/2001, p. 02-17.

Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), que sustituyó a Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, sigue esta directriz, tanto que constituyó uno de los productos del Plan de Modernización General del Estado de 1992¹⁰⁹.

La LRJPAC simplifica procedimientos y reconoce la posición jurídica de ciudadano frente las AAPP. La intención era simplificar las estructuras centrales y dotar de contenido el principio de cooperación intergubernamental, no obstante, la reforma no estaba vinculada a los procesos de transferencias de competencias a las Comunidades Autónomas (en adelante, CCAA) como bien pondera ARENILLA SÁEZ¹¹⁰, lo que impidió mayores estándares de eficiencia y eficacia en las estructuras administrativas. Además, con el mismo objetivo de modernización, se aprobó en la década de noventa otras normas, como la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado y la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

El proceso de reforma sigue con el propósito de simplificar las estructuras administrativas y reducir la conflictividad entre la Administración central y las CCAA. En 1997 se aprueba la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (en adelante, LOFAGE), que se centra en el ajuste de la estructura administrativa de la Administración periférica del Estado al modelo autonómico.

La exposición de motivos de la LOFAGE reproduce los principios vectores de la NGP, como eficiencia, simplificación de los procedimientos, transparencia, descentralización, desconcentración y coordinación. También, se enfatiza la idea de prestación de servicios a los ciudadanos como principio general de la Administración General del Estado. Esta reforma, aunque basada en los conceptos de la NGP, no tiene el

¹⁰⁹ El Plan de Modernización está desarrollado en cuatro estrategias: 1. Mejora de la Información y comunicación con el ciudadano; 2. Mejora de la calidad de los servicios, reduciendo y simplificando los trámites administrativos; 3. Mejora de la eficacia y eficiencia de la gestión interna de los organismos; 4. Incentivo a la realización de procesos integrales de modernización en organismos o sectores de determinada actividad administrativa. Sobre un análisis crítica del Plan, vid. GARCÍA NIETO, A. La Reforma de la Administración Pública en España. *Revista Vasca de Administración Pública*. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria, ISSN 0211-9560, N. 34, 2, 1992, p. 143-156.

¹¹⁰ Cfr. ARENILLA SÁEZ, M (2017). Op. cit. p. 310.

mismo alcance de las reformas realizadas por países del entorno español, como Francia y Reino Unido¹¹¹.

En 2000 se publica el Libro Blanco para la mejora de los servicios públicos que introduce medidas de la NGP destinadas al incremento de la eficiencia de la AP, dónde se propone racionalizar y simplificar la organización, mejorar los mecanismos de cooperación interadministrativas, promover y establecer cartas de servicios, promover la evaluación de los servicios y su calidad, simplificar procedimientos administrativos, mejorar la formación de los empleados públicos y otras medidas

Como dicho en la sección anterior, los procesos de reforma, fundamentados en los principios y valores de la NGP en países latinos, no consideraron las peculiaridades de cada administración y el modelo de Estado implantado, apenas se ocuparon en aplicar un modelo ya hecho¹¹². Y esto sucedió en España, que quedó lejos de los resultados alcanzados por Reino Unido en sus procesos de reforma administrativa.

En Brasil, las ideas de la NGP empezaron a ser desarrolladas en 1994 con la creación del Ministerio de la Administración Federal y de la Reforma del Estado (en adelante, MARE), que puso en marcha, en 1995, el Plan Director de la Reforma del Aparato Estatal¹¹³. La reforma desarrollada a partir de 1995 pretendía la sustitución de la

¹¹¹ En Reino Unido se publicó, en el año de 1999, el Libro Blanco “Modernising the Government”, que apostó en la reducción de las normas administrativas, en la privatización de sectores como educación y enseñanza, como también en la adopción de las nuevas tecnologías para la modernización de las AAPP. Sobre el tema véase: SÁNCHEZ SÁEZ, A.J. El modelo administrativo de la Tercera Vía neolaborista: el Libro Blanco “Modernising the Government”. *Revista Andaluza de Administración Pública*, n.42, 2001, pp. 373-385.

¹¹² Sobre el tema, impone registrar el siguiente planteamiento de RAMIÓ: “*En definitiva, hay que abandonar la idea que la introducción de valores neoempresariales en la Administración pública es positivo en el sentido que estimulan una gestión mucho más eficaz y eficiente. Este escenario sólo es cierto cuando se introducen estos nuevos valores en administraciones públicas institucionalizadas que poseen unos sólidos valores públicos. Desgraciadamente, la mayoría de las administraciones públicas latinas no poseen una cultura organizativa sólida y cohesionada configurada sobre valores públicos. En esta situación de debilidad cultural de lo público, la introducción de valores neoempresariales de la mano de la Nueva Gestión Pública es muy negativa ya que los medios (economía, eficacia y eficiencia) se transforman en los fines y se pierden de vista los objetivos últimos de los programas públicos y a los colectivos de ciudadanos a los que van dirigidos*”. Cfr. RAMIÓ, C. (2001). Op. Cit. p., 19.

¹¹³ Este fragmento del Plan Director de la Reforma del Aparato Estatal se observa la reproducción de los conceptos de la NGP: “*Este ‘Plano Diretor’ procura criar condições para a reconstrução da administração pública em bases modernas e racionais. No passado, constituiu grande avanço a implementação de uma administração pública formal, baseada em princípios racional-burocráticos, os quais se contrapõem ao patrimonialismo, ao clientelismo, ao nepotismo, vícios estes que ainda persistem e que precisam ser extirpados. Mas o sistema introduzido, ao limitar-se a padrões hierárquicos rígidos e ao concentrar-se no controle dos processos e não dos resultados, revelou-se lento e ineficiente para a magnitude e a complexidade dos desafios que o País passou a enfrentar diante da globalização econômica. A situação agravou-se a partir do início desta década, como resultado de reformas administrativas*

AP burocrática por la gerencial y tenía fuerte inspiración en las reformas ocurridas en Reino Unido¹¹⁴.

En el Plano Director de la Reforma del Aparato Estatal, según explica ZANELLA DI PIETRO, clasificó las actividades fines de la AP en cuatro sectores de actuación del Estado: el núcleo estratégico (correspondiente a los órganos de gobierno que definen leyes, políticas públicas y el control del cumplimiento de la legalidad y de las políticas públicas); las actividades exclusivas (correspondiente a las actividades desarrolladas solamente por el Estado); los servicios no exclusivos (correspondiente al sector en que el Estado actúa simultáneamente con entidades privadas o públicas no estatales); y el sector de producción de bienes y servicios para el mercado (correspondiente a las actividades económicas)¹¹⁵. Para cada sector se desarrollaba políticas específicas, como: profesionalización del servicio público, control de resultados, traspaso de actividades para el tercer sector, privatización y quiebra de monopolios estatales.

Siguiendo el Plan Director de la Reforma del Aparato Estatal, se publicó la Ley 8.987, de 13 de febrero de 1995, que dispone sobre el régimen de concesiones y permisiones de servicios públicos. El objetivo de esta ley fue viabilizar la delegación de servicios públicos a empresas privadas, como método de disminución del aparato estatal. Por eso ZANELLA DI PIETRO afirma el retorno de la concesión en la década de noventa tuvo los mismos ideales que inspiraran el movimiento de privatización, y por eso, debe ser considerada como una modalidad de privatización en sentido amplio¹¹⁶.

En este contexto de acciones del MARE, se crean agencias reguladoras independientes, a partir de la concepción de reducción del Estado y de cambio de la forma de intervención estatal en la economía. Se crearon órganos regulatorios también en el

apressadas, as quais desorganizaram centros decisórios importantes, afetaram a “memória administrativa”, a par de desmantelarem sistemas de produção de informações vitais para o processo decisório governamental. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. É preciso, agora, dar um salto adiante, no sentido de uma administração pública que chamaria de “gerencial”, baseada em conceitos atuais de administração e eficiência, voltada para o controle dos resultados e descentralizada para poder chegar ao cidadão, que, numa sociedade democrática, é quem dá legitimidade às instituições e que, portanto, se torna ‘cliente privilegiado’ dos serviços prestados pelo Estado”. Cfr. BRASIL. Plano Diretor de Reforma do Aparelho Estatal. Brasília: Presidência da República, 1995, pp. 6-7.

¹¹⁴ Vid. BRESSER PEREIRA, L. C. A reforma gerencial do Estado de 1995. *Revista de administração pública*, v. 34, n. 4, 2000, pp. 7-26.

¹¹⁵ Cfr. ZANELLA DI PIETRO, M. S. (2012b). Op. cit.p.35.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 60.

ámbito de los Estados y Municipios en los límites de las competencias de cada ente federado¹¹⁷.

En este mismo período se publicaran otras leyes buscando esta reducción del Estado y división en sectores estratégicos, como: la Ley 9.074, de 7 de julio de 1995 (establece normas para la otorga y prorrogación de concesiones y permisiones), la Ley 9.737, de 15 de mayo de 1998 (regula las organizaciones sociales y sus contratos de gestión) y la Ley 9.790, de 2 de marzo de 1999 (dispone sobre la calificación de personas jurídicas de derecho privado, sin fines lucrativos, como organización de la sociedad civil de interés público).

Otra consecuencia del Plan Director de Reforma del Aparato Estatal fue la promulgación de la Enmienda Constitucional n. 19/1998. De acuerdo con la exposición de motivos de dicha enmienda la propuesta de reforma administrativa buscaba la incorporación de la eficiencia en la AP, el equilibrio de los gastos públicos, la cooperación entre entes federativos, la flexibilización de la estructura administrativa, la mejora de la calidad y la ejecución de los servicios públicos.

Cuanto la eficiencia en la AP debemos aclarar que en el texto originario de la Constitución Federal de 1988 ya había referencia a la eficiencia, aunque relacionada a la gestión materia presupuestaria, patrimonial y financiera de los órganos de la Administración pública federal¹¹⁸. La jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia de Brasil (en adelante, STJ) también reconocía el principio de eficiencia antes de su incorporación al *caput* del artículo 37 de la Constitución Federal de 1988¹¹⁹. Por eso

¹¹⁷ Sobre la creación de agencias reguladoras en los Estados y Municipios, CUÉLLAR hace la siguiente reflexión: “*Percebe-se, portanto, que a criação de autoridades reguladoras independentes no Brasil tem sido um fenômeno que se ampliou desde 1996. Observa-se essa profusão em todos os níveis da federação: federal, estadual, municipal e distrital – sem que se tenha uma ideia exata de qual a relevância de uma agência reguladora municipal numa cidade sem maior dimensão econômica, cujos serviços essenciais são prestados por pessoas federais e estaduais (ao mesmo tempo em que os agentes econômicos ali se submetem à regulação federal e estadual)*”. Cfr. CUÉLLAR, L. *Introdução às Agências Reguladoras Brasileiras*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 41.

¹¹⁸ BRASIL. Constitución Federal de 1988: “*Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: [...] II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado*”.

¹¹⁹ BRASIL. STJ: “*RMS - ADMINISTRATIVO - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - SERVIDOR PÚBLICO - VENCIMENTOS - PROVENTOS - ACUMULAÇÃO - A Administração pública é regida por vários princípios: legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade (CF/88, art. 37). Outros também se evidenciam na Carta Política. Dentre eles o princípio da eficiência. A atividade administrativa deve orientar-se para alcançar resultado de interesse público. Daí a proibição de acumulação de cargos. As*

algunos autores entienden que la positivación del principio de eficiencia no representó un gran cambio en el ordenamiento jurídico brasileño. En realidad, la incorporación del principio de eficiencia al texto constitucional objetivaba seguir el mismo paso de los ordenamientos extranjeros¹²⁰.

La Enmienda Constitucional n. 19, de 05 de junio de 1998, proporcionó los siguientes cambios: la permisión para el doble régimen laboral en la Administración Pública Directa, Autárquica y Fundacional (estatutario y empleo público)¹²¹; la introducción de la posibilidad de participación del usuario del servicio público en la Administración pública directa o indirecta; la introducción de nuevas posibilidades de pérdida de la estabilidad de los funcionarios públicos; la imposición de un riguroso control de gastos públicos con personal; el establecimiento de políticas remuneratorias más rígidas; y la posibilidad de concesión de más autonomía a los órganos y entidades públicas con fundamento en la eficiencia.

Como complemento, se promulgó la Enmienda Constitucional n. 20, de 15 de diciembre de 1998, que reformó el sistema de seguridad social de los trabajadores privados y de los funcionarios del Estado para garantizar la viabilidad financiera de dicho sistema. En 2003, se promulgó la Enmienda Constitucional n. 41, de 19 de diciembre, en que los principios de la NGP, como eficiencia y racionalización de los recursos, también servirán de fundamento para esta reforma en la seguridad social. Las mismas justificativas fueron utilizadas para la reforma realizada a través de la Enmienda Constitucional n. 49, de 06 de marzo de 2020.

Sin embargo, no se implantó muchas de las propuestas del Plan Director de Reforma del Aparato Estatal, sea por la fuerte oposición doctrinaria o por la propia extinción del MARE. Algunos de estos temas fueron retomados recientemente con el Proyecto de

exceções se justificam [...] A eficiência não se esgota no exercício da atividade funcional. Alcança arco mais amplo para compreender também a eficiência para a carreira”. (STJ - 6ª T. - RMS n. 5.590/95-DF - Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, Diário da Justiça, Seção I, 10 jun. 1996, p. 20.395; STJ - 1ª T. - RMS n. 7.730/96-RS - Rel. Min. José Delgado, Diário da Justiça, Seção I, 27 out. 1997, p. 54.720; STJ - 1ª T. - RMS n. 628-0/RS - Rel. Min. Milton Luiz Pereira. Diário da Justiça, Seção I, 18 out. 1993 - Ementário STJ, 8/13; STJ - 5ª T. - n. 1.912-3/MG - Rel. Min. Jesus Costa Lima, Diário da Justiça, Seção I, 14 nov. 1994 - Ementário STJ 11/43; STJ - 6ª T. - RMS n. 5.306-7/ES - Rel. Min. Vicente Leal, Diário da Justiça, Seção I, 4 nov. 1996 - Ementário STJ 17/51).

¹²⁰ Vid. NOHARA, I. P. *Direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 84.

¹²¹ A través de Medida Cautelar en la ADI 2.135, el STF suspendió los efectos del del caput del artículo 39 de la Constitución Federal, modificado por la Enmienda n. 19/1998, de manera que, en la Administración Directa, Autárquica y Fundacional solamente es posible el régimen estatutario. Vid. ADI 2.135 MC, rel. p/ o ac. min. Ellen Gracie, j. 2-8-2007, P, *DJE* de 7-3-2008.

Enmienda Constitucional n. 32/2020, que pretende implementar una nueva reforma administrativa, bajo el cambio del régimen de los funcionarios públicos¹²². Este plan de reforma administrativa está basado en la idea de reducción de los gastos con el personal funcionario, a través de la creación de nuevas formas de contratación y de una mayor flexibilización del régimen de los funcionarios públicos. Se ve que parte de las propuestas intentadas en la década de 90 son retomadas, bajo los mismos fundamentos de ajuste presupuestario, reducción del aparato estatal y equivalencia laboral entre los sectores público y privado.

La simple previsión normativa no es suficiente para modernizar la AP, urge también la adopción de instrumentos más efectivos para el desarrollo de dichas directrices. Además, la reforma de la AP está conectada con la reforma de los valores de la sociedad. Como bien subraya ARENILLA SÁEZ, es necesario que en el proceso de reforma se contemple la voluntad de transformar la sociedad y el modelo cultural en el que se basa¹²³.

4. NUEVAS DIRECTRICES PARA LA MODERNIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Frente la incapacidad de la NGP resolver todos los problemas de eficiencia y eficacia de la AP en la posmodernidad, se desarrollaron otras corrientes reformistas. La base de dichas corrientes está en la necesidad de interacción entre las AAPP de los diversos niveles, los ciudadanos, las organizaciones empresariales y la sociedad civil. Es decir, el Poder Público tiene que establecer una relación dialógica con todos estos actores para obtener eficiencia y eficacia en su actuación. A esto se denomina Gobernanza o Administración Relacional.

PRATS I CATALÁ explica que esta nueva ola de reforma administrativa no está centrada en la estructura y funcionamiento de las organizaciones públicas, sino en las interacciones entre los diversos niveles estatales y los administrados, considerando el

¹²² La exposición de motivos del Proyecto de Enmienda a la Constitución n. 32/2020 señala la necesidad de alteración de las reglas referentes a los funcionarios públicos y la organización administrativa para el alcance de la eficiencia y eficacia de la actuación administrativa. El texto completo de la exposición de motivos de la Enmienda Constitucional n. 32/2020 está disponible en : https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=729E00872DD677CE8236215577097E3B.proposicoesWebExterno2?codteor=1928147&filename=PEC+32/2020.

¹²³ Cfr. ARENILLA SÁEZ, M. (2017). Op. cit., p. 306.

ciudadano como persona y no como cliente¹²⁴. El énfasis está en la relación de colaboración entre lo público y lo privado para llegar al bien común.

Para RAMIÓ, no se puede más considerar como exclusivo del poder público la defensa del bien común y del interés general, de manera que la colaboración de las empresas, del tercer sector, de los movimientos sociales y ciudadanos es imprescindible para el alcance de este menester¹²⁵.

En el mismo sentido plantea RODRÍGUEZ-ARANA cuando afirma que en el momento actual se está comprendiendo el público de una manera distinta, no como espacio propio y exclusivo del Estado, sino como una zona por la cual se permite la participación de la sociedad¹²⁶.

Hay que tener en perspectiva que no son solamente los gobiernos que enfrentan cuestiones de carácter social, el sector privado también las enfrenta. Así, para la superación de los problemas actuales urge construir un modelo de gestión participativo, plural¹²⁷ y democrático, rompiendo el dogma del monopolio estatal del bien común y el interés general¹²⁸.

Esta es, incluso, la línea de trabajo actualmente adoptada por la OCDE, que en el Resumen Ejecutivo, Hallazgos y Recomendaciones Claves para la Reforma Administrativa en España (2012), señala que *“la buena gobernanza requiere gobiernos con una perspectiva de futuro y una visión estratégica clara que vaya más allá de las*

¹²⁴ Cfr. PRATS I CATALÁ, J. (2005). Op. cit. p. 131.

¹²⁵ Cfr. RAMIÓ, C. *Inteligencia Artificial y Administración Pública: Robots y Humanos compartiendo el servicio público*. Catarata: Madrid, 2019, p. 33.

¹²⁶ Cfr. RODRÍGUEZ-ARANA, J. (2015a). Op. cit. p. 111.

¹²⁷ Según BOBBIO, las sociedades complejas son mejor ordenadas cuando adoptan sistemas políticos que permiten la expresión de los distintos grupos o camadas sociales, sea directa o indirectamente, en la formación de la voluntad colectiva. Cfr. BOBBIO, N. *As ideologías e o Poder em Crise*. Cuarta edición. Brasíla: Editora Universidade de Brasíla, 1999, p. 16.

¹²⁸ En el mismo sentido es la conclusión de AGUDO GONZÁLES cuando expone que *“resulta evidente entender que, para poder hablar de medidas administrativas eficaces, se ha de tener en cuenta la actuación de todos los actores sociales (los destinatarios de la acción administrativa) y no solo la de la propia Administración. En este orden de ideas, uno de los conceptos de mayor relevancia en los últimos años, relacionado directamente con la teoría de la dirección y que resulta imprescindible para evaluar la eficacia del Derecho Administrativo en la realidad social y, por ello, para analizar las actuales formas de actuación de la Administración como objeto y sujeto de dirección, es el de gobernanza. (...) En este sentido, el citado concepto tiene el valor de sintetizar la noción de ‘distribución o reparto de responsabilidades’ entre la Administración y los ciudadanos, esto es, la idea de reparto de tareas o funciones entre la esfera social y la pública, superando así el monopolio de las Administraciones públicas en la determinación de los intereses generales y contribuyendo a su relegitimación democrática mediante el ‘parternariado’ con el sector privado y la sociedad civil”*. Cfr. AGUDO GONZÁLES, J. *Concertación con la Administración y Protección del Medio Ambiente. El Programa de familias guardabosques en Colombia*. Madrid: Catarata, 2011, p. 80.

acciones inmediatas y del contexto actual. Para ello, es necesario un diálogo permanente con los actores interesados en la reforma¹²⁹”.

Es importante tener claro el contexto económico y social de desarrollo de las reformas administrativas actuales. Estamos en un escenario de crisis fiscal del Estado, que impone la limitación o reducción del crecimiento de los gastos públicos. No obstante, los Estados tienen que mantener la prestación de los servicios demandados por la sociedad y, a veces, ampliarlos. En tales circunstancias es necesaria la construcción de estrategias de actuaciones administrativas dirigidas a la economicidad y al aumento de la productividad.

Según BELTRAN VILLALVA, la actual reforma de la AP es mucho más que reorganización administrativa o mejora de procedimientos, una vez que tales medidas se han mostrado poco eficientes y decepcionantes por considerar los cambios en las estructuras y procesos como fines en sí mismos¹³⁰.

Por eso PRATS I CATALÁ subraya que el gran desafío de las reformas administrativas actuales *“es reestructurar las responsabilidades, tareas y actividades de gobernación en base a la integración y la diferenciación de las diversas inquietudes e intereses de los actores que los expresan en los diversos procesos de interacción¹³¹”*.

Para el alcance de este objetivo, es necesario rediseñar la estructura administrativa, los instrumentos de gestión, la organización de personal y los procedimientos con base en esta directriz de dialogo, transparencia, responsabilidad y colaboración de la sociedad. Es decir que la gobernanza debe ser impregnada con el espíritu de la buena administración. Y esta perspectiva también se aplica a la resolución de los conflictos.

4.1. Buena administración

Según RODRÍGUEZ-ARANA, la buena administración constituye *“el derecho básico que permite, por su dimensión vehicular, que se realicen debidamente todas las*

¹²⁹ Cfr. OCDE. *Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública. España: De la reforma administrativa a la mejora continua – Resumen Ejecutivo*. París: OCDE Publishing, 2012, p.08.

¹³⁰ Cfr. BELTRAN VILLALVA, M. (1996). Op. cit., p. 10.

¹³¹ Cfr. PRATS i CATALÁ. (2005). Op. cit., p. 133.

*acciones positivas del Estado en orden a la realización de los derechos fundamentales de la persona*¹³²”.

El enfoque de FREITAS no se aleja del concepto arriba desarrollado, una vez que este autor brasileño considera la buena administración como el derecho correspondiente al deber de observar, en las relaciones administrativas, la imperatividad de la totalidad de los principios constitucionales y correspondientes prioridades¹³³. Para él, la buena administración tendría como contenido los siguientes derechos: a la transparencia; a la sostenibilidad; al debido proceso legal; a la probidad; a la imparcialidad; a la legalidad; a la prevención; y, al dialogo¹³⁴.

Para ESCUÍN PALOP, la buena administración no constituye un derecho subjetivo, tampoco un principio general del derecho, sino “*una concepción más justa y humana del poder, como consecuencia del derecho de los ciudadanos a gobiernos y administraciones adecuados, sea un instrumento al servicio del interés general*”¹³⁵.

Por estas referencias de la doctrina, observamos que existen divergencias relacionadas a la naturaleza jurídica de la buena administración, como bien indica

¹³² Cfr. RODRÍGUEZ-ARANA, J. (2015a). Op. cit. p. 77.

¹³³ Cfr. FREITAS, J. As Políticas Públicas e o Direito Fundamental à Boa Administração. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, v. 35.1, ene. /jun. 2015, p. 198.

¹³⁴ El siguiente fragmento expone la concepción multidimensional de buena administración del autor brasileño FREITAS: “*o direito fundamental à boa administração é lídimo plexo de direitos, regras e princípios, encartados numa síntese, ou seja, o somatório de direitos subjetivos públicos. No conceito proposto, abrigam-se, entre outros, os seguintes direitos: (a) o direito à administração pública transparente, que supõe evitar a opacidade (salvo nos casos em que o sigilo se apresentar justificável, e ainda assim não-definitivamente), com especial destaque para o direito a informações inteligíveis, inclusive sobre a execução orçamentária e sobre o processo de tomada das decisões administrativas que afetarem direitos; (b) o direito à administração pública sustentável, que implica fazer preponderar, inclusive no campo regulatório, o princípio constitucional da sustentabilidade, que determina a preponderância dos benefícios sociais, ambientais e econômicos sobre os custos diretos e indiretos (externalidades negativas), de molde a assegurar o bem-estar multidimensional das gerações presentes sem impedir que as gerações futuras alcancem o próprio bem-estar multidimensional. (c) o direito à administração pública dialógica, com amplas garantias de contraditório e ampla defesa — é dizer, do respeito ao devido processo, com duração razoável e motivação explícita, clara e congruente; (d) o direito à administração pública imparcial e o mais desviesada possível, isto é, aquela que, filtrando os desvios cognitivos, não pratica nem estimula discriminação negativa de qualquer natureza e, ao mesmo tempo, promove discriminações inversas ou positivas (reductoras das desigualdades iníquas); (e) o direito à administração pública proba, que veda condutas éticas não-universalizáveis ou a confusão entre o legal e o moral, uma vez tais esferas se vinculam, mas são distintas; (f) o direito à administração pública respeitadora da legalidade temperada, ou seja, que não se rende à ‘absolutização’ irrefletida das regras; (g) o direito à administração pública preventiva, precavida e eficaz (não apenas economicamente eficiente), eis que comprometida com resultados compatíveis com os indicadores de qualidade de vida, em horizonte de longa duração*”. Cfr. FREITAS, J. (2015). Op. Cit., p. 199.

¹³⁵ Cfr. ESCUÍN PALOP, V. “En torno a la buena administración”, en FERNÁNDEZ CARBALLAL, A.; DEL GUAYO CASTIELLA, I. (Coord.). *Los desafíos del derecho público en el siglo XXI. Libro conmemorativo del XXV Aniversario del acceso a la Cátedra del Profesor Jaime Rodríguez-Arana Muñoz*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 2019, p.344.

CARRILLO DONAIRE. Dicho autor español señala que *“no obstante la morfología multifacética y evanescente de este ‘derecho’ nos hace dudar de cuál sea su verdadera naturaleza jurídica, si la de un principio informador, la de un mandato-deber o la de un verdadero derecho subjetivo”*¹³⁶. Además, también observamos que los conceptos empleados a la buena administración son abiertos y difusos, con una fuerte carga deontológica, lo que genera la dificultad de comprensión de su alcance.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN también constata esta dificultad conceptual, en la medida que afirma que *“desde hace años se haya venido empleando el término buena administración, no solo a nivel jurisprudencial, sino, incluso, que se refleje de forma expresa en diversos textos normativos y, sin embargo, no se ofrezca en ellos un concepto, una noción o definición de qué es o qué debemos entender por buena administración”*¹³⁷.

Sin embargo, podemos decir que el contenido de la buena administración se vincula con las bases esenciales del Estado social y Democrático de Derecho, una vez que fija un compromiso de atendimento de las demandas de la ciudadanía¹³⁸. Con base en esta premisa, podemos decir que la buena administración tiene tres dimensiones fundamentales: transparencia, responsabilidad y participación ciudadana.

La transparencia tiene relación directa con el derecho de acceso a la información pública. Es decir, el ciudadano tiene el derecho de conocer las informaciones relacionadas con la gestión pública, para que la pueda controlar y participar.

Sin embargo, la transparencia también está implicada al derecho de obtención de información de carácter personal o colectivo para el ejercicio de derechos. Es decir que los ciudadanos tienen el derecho de saber no sólo si existen procedimientos administrativos tramitados con su nombre, sino también de recibir notificaciones y participar de los procedimientos que les afecten. Frente a este derecho del ciudadano de

¹³⁶ CARRILLO DONAIRE concluye en su trabajo que la buena administración no sería propiamente un nuevo derecho, sino una relectura de derechos prexistente, dotados de una dimensión más incisiva. Por tanto, sería *“un derecho instrumental cuya mayor operatividad es, aparte de este valor unificador y potenciador de otros derechos, coadyuvar a la defensa de los mismos mediante garantías específicas de naturaleza extrajudicial”*. Cfr. CARRILLO DONAIRE, J. A. “Buena Administración, ¿un principio, un mandato o un derecho subjetivo?”, en SANTAMARÍA PASTOR, J. A. *Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo*. 1ª. edición. Madrid: La Ley, 2010, p. 1139 y 1163.

¹³⁷ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. M. Función Consultiva Administrativa efectiva: Procedimiento Administrativo y Buena Administración. *Revista Española de la Función Consultiva*, n. 32, 2019, p. 106.

¹³⁸ Vid. SORACE, D. La buona amministrazione e la qualità della vita, nel 60° anniversario della Costituzione. [en línea]. *Costituzionalismo.it*. Fascicolo 2/2008. Roma: 2008. [consulta: 15 noviembre 2018]. ISSN: 2036-6744. Disponible en: <<http://www.costituzionalismo.it/articoli/277/>>.

acceso a la información que le afecte está el correlativo deber de la Administración Pública de proporcionárselo.

Tampoco se debe olvidar que la transparencia también se relaciona con el deber de motivación de los actos administrativos. La motivación es un elemento fundamental del acto administrativo y tiene su justificativa en el principio democrático¹³⁹. Esto porque los ciudadanos tienen el derecho de saber los motivos que llevarán a la práctica del acto, posibilitándoles impugnarlo.

La segunda dimensión de la buena administración es la responsabilidad administrativa, comprendida en el sentido de *accountability*, pues los mecanismos de responsabilidad son fundamentales para la construcción de la gobernabilidad y fortalecimiento de la democracia. La AP contemporánea está direccionada a la adopción de dichos mecanismos de control que legitimen la actuación estatal y también proporcionen el alcance a la eficiencia administrativa.

Por eso que CASSESE afirma que los fenómenos ocurridos dentro del Derecho Administrativo han generado la inadecuación de los modelos tradicionales y el surgimiento de nuevos conceptos e ideas, como la “*Nueva Gestión Pública*”, la gobernanza, *accountability*, etc.¹⁴⁰.

En el contexto de la AP centrada en el ciudadano, los mecanismos de *accountability* son basados en el control social, como suele ocurrir con las consultas públicas, presupuestos participativos y la participación en consejos de organismos regulatorios. Para que el control social sea efectivo, los mecanismos de *accountability* deben estar conectados a otras dos dimensiones de la buena administración: la transparencia y la participación ciudadana.

La participación ciudadana es un elemento fundamental en el diseño del Estado social y democrático de Derecho, pues es esencial para concretar los imperativos democráticos y la dignidad de la persona humana. Las garantías jurídico-sociales, propias

¹³⁹ Como bien explica MELIÁN GIL, por la perspectiva del derecho fundamental a la buena administración, la motivación deja de ser mero elemento del acto administrativo y pasa a constituirse en un derecho fundamental conectado con el también fundamental derecho a la tutela judicial efectiva. Cfr. MELIÁN GIL, J. L. El paradigma de la buena administración. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. España, N.17, 2013, ISSN: 1138-039X, p. 246.

¹⁴⁰ Cfr. CASSESE, S. New Paths for Administrative Law: A Manifesto. [in línea]. *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 10(3), 2012, p. 604-605. [consulta: 10 febrero 2018]. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/icon/mos038>.

de este modelo de Estado, en las palabras de RODRÍGUEZ-ARANA, reclaman la intervención ciudadana¹⁴¹.

Así, por medio de la participación, el ciudadano puede intervenir directamente en el proceso de decisión colectiva, proporcionando el ejercicio democrático y plural del poder¹⁴². ETXEBERRIA GURIDI aclara que la participación ciudadana en el proceso de toma de decisiones administrativas es importante porque produce una mayor garantía de la eficacia en la consecución de los intereses públicos, incidiendo directamente en una menor conflictividad en las relaciones con la AP¹⁴³.

Además de estos elementos que hemos destacado, SANZ LARRUGA llama la atención para la necesidad de reconocimiento de derechos derivados de la nueva Administración electrónica, a la luz de la buena administración¹⁴⁴. Bajo esta perspectiva, tenemos que reconocer el derecho a la intimidad frente a las intromisiones informáticas. Es decir que la buena administración también sirve de soporte al derecho a la protección de datos personales contenidos en ficheros de las AAPP.

En la Unión Europea (en adelante, UE) la base para la construcción de este concepto fue la normativa interna de los Estados miembros. El Tratado de la UE de 1992 lanzó las primeras semillas de la buena administración cuando dispuso sobre el derecho de acceso a los documentos como una de las garantías de transparencia.

La jurisprudencia de los Tribunales Europeos también contribuyó para la evolución de la noción de la buena administración, como también para la determinación de su contenido. Según VIÑUALES FERREIRO, el derecho a la buena administración que hoy recoge el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (en adelante,

¹⁴¹ Cfr. RODRÍGUEZ-ARANA, J. (2015b). Op. cit., p. 52.

¹⁴² En el mismo sentido es la conclusión de GORDILLO cuando expone que *“los problemas sociales que existen tienen también directa relación con el modo en que funciona la administración pública, que puede mejorarse por reformas en el derecho administrativo. Ya no basta el imperio de la autoridad de quien ejerce ocasionalmente el poder; ya no satisface la voz de mando, se a quien fuere el que manda. Ahora se intenta conseguir una sociedad cada vez más participativa, y la sociedad se queja cuando un gobierno intenta decidir y actuar sin consensuar con nadie, sin consultar, sin acordar ni ceder posiciones”*. En: GORDILLO, A. *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*. Tomo 1. Parte General. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2013, p. 25.

¹⁴³ Cfr. ETXEBERRIA GURIDI, J. F. “Últimas novedades respecto de la mediación en el orden contencioso-administrativo”, en BARONA VILAR, S. (editora). *Justicia Civil y Penal en la era Global*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2017, p.305.

¹⁴⁴ SANZ LARRUGA, F. J. El ordenamiento europeo, el derecho administrativo español y el derecho a una buena administración. [en línea]. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.13, 2009, pp. 729-751. [consulta: 11 mayo 2022]. Disponible en: <http://hdl.handle.net/2183/7510>.

CDFUE) es resultado de la evolución del principio general de buena administración proclamado por la jurisprudencia de la UE¹⁴⁵.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), antes que existiera una regulación expresa de la buena administración, utilizaba un sistema de protección a partir de la interpretación de otros derechos conexos. En este contexto la buena administración surge como un concepto rector de la actividad administrativa, por medio del cual desarrollan sus derechos componentes.

En la STJ, de 31 de marzo de 1992, asunto C-255/90, por ejemplo, dicho Tribunal examina el alcance del principio de buena administración, de manera que reconoce su existencia y aplicabilidad¹⁴⁶. Lo mismo pasa con la STJ de 6 de marzo de 2003, asunto C-41/00, que examina el derecho de acceso a documentos detenidos por la AP con base en el Código Europeo de Buena Conducta, y afirma que *“el objetivo que la Decisión 94/90 pretende alcanzar, además de garantizar el funcionamiento interno de la Comisión en interés de una buena administración, consistente en establecer a favor del público el acceso más completo posible a los documentos que posee la Comisión, por lo que toda excepción a ese derecho debe interpretarse y aplicarse en sentido estricto”*¹⁴⁷.

Dichas sentencias hacen referencia a la buena administración como principio e intentan definir su contenido a partir del análisis de algunas situaciones concretas, lo que sirvió de base para la construcción de la noción de derecho fundamental a la buena administración reconocida en la CDFUE.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), a pesar de la inexistencia del reconocimiento al derecho fundamental de la buena administración en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH), a través de sus

¹⁴⁵ Cfr. VIÑUALES FERREIRO, S. La constitucionalización del derecho a una buena administración en la Unión Europea: ¿nuevas garantías para la protección de los derechos en el procedimiento administrativo? [en línea]. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, [S.l.], n. 27-28, ene. 2015, p.325. ISSN 1695-1085. [consulta: 15 mayo 2020]. Disponible en: <<http://revistas.uned.es/index.php/REDUE/article/view/13600/12297>>.

¹⁴⁶ STJ de 31 de marzo de 1992, C-255/90: *“En efecto, cuando las claras disposiciones de la convocatoria de concurso exigen sin equívoco la presentación del impreso de candidatura junto con los documentos acreditativos necesarios, el hecho de que un funcionario que carece de competencia para modificar estas disposiciones dé una información errónea no puede, con arreglo al deber de asistencia y protección y al principio de buena administración, facultar ni, aún menos, obligar al tribunal del concurso o a la autoridad facultada para proceder a los nombramientos a actuar en contra de lo dispuesto en dicha convocatoria de concurso”*.

¹⁴⁷ STJ de 6 de marzo de 2003, C-41/00.

sentencias, aplicó el principio de la buena administración antes del reconocimiento por la CDFUE¹⁴⁸.

El caso Erkner y Hofaver contra Austria (1987) es un ejemplo de manifestación del TEDH en una cuestión referente al principio de buena administración, pues reconoce la violación del artículo 6.1 del CEDH, ante la superación de plazo razonable por las autoridades judiciales austríacas¹⁴⁹.

Otro ejemplo es el caso Tot contra Hungría e Italia (2008) que también versa sobre proceso equitativo en plazo razonable, en el cual el TEDH reconoce la violación del artículo 6.1 del CEDH ante la inobservancia por la Administración de la Justicia de Hungría e Italia del plazo razonable¹⁵⁰.

En 07 de diciembre de 2000, la CDFUE fue aprobada en Niza y en su texto enunciaba los principios que integran el concepto de buena administración aplicable en ámbito comunitario y desarrollable por los Estados miembros en su derecho interno.

Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, en 1 de diciembre de 2009, a la CDFUE se le atribuyó el mismo valor jurídico de los Tratados, de manera que la CDFUE pierde el carácter de *soft law* y adquiere el carácter vinculante para la UE y sus miembros¹⁵¹.

En el artículo 41 de la CDFUE, el legislador comunitario atribuye a la buena administración el status de derecho fundamental y aclara su contenido a través de un conjunto de principios y derechos conexos como: 1. El derecho de trato imparcial,

¹⁴⁸ Conforme explica MELIAN GIL, la buena administración “*como derecho fundamental puede ser recurrido ante el Tribunal Europeo de derechos humanos, en relación con el artículo 6 del Convenio Europeo del mismo nombre que se refiere al “derecho a un proceso equitativo”, que concuerda con el citado 41 de la Carta Europea en cuanto al fondo, aunque éste se refiere a entes administrativos y no a tribunales. El Tribunal de Luxemburgo se ha pronunciado sobre esta cuestión en numerosas sentencias. Aunque el citado artículo habla de litigios sobre derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de acusaciones en materia penal también ha actuado sobre decisiones de órganos jurisdiccionales administrativos, sobre actos de autoridades administrativas, por falta de independencia del órgano juzgador o, con mayor frecuencia, por superación del ‘plazo razonable’ para decidir*”. Cfr. MELIAN GIL, J. L. (2013). Op. cit., p. 246.

¹⁴⁹ Sentencia de 23 de abril de 1987, TEDH 1987/8.

¹⁵⁰ Sentencia de 5 de febrero de 2008, TEDH 2008/4.

¹⁵¹ UNIÓN EUROPEA. Tratado de Lisboa. “*Artículo 6.1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados. Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados. Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones*”.

equitativo y dentro de un plazo razonable; 2. El derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente; 3. El derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte; 4. La obligación de motivación de las decisiones de la Administración; 5. El derecho de reparación de los daños causados por la Administración; 6. El derecho de dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y de recibir una contestación en esa misma lengua¹⁵².

En la CDFUE la buena administración no es sólo un principio vector de la actuación administrativa, es un derecho subjetivo del ciudadano con relación a la Administración Pública Comunitaria. Por eso que RODRÍGUEZ-ARANA apunta que esta fue la gran novedad del CDFUE, pues permite exigir la buena administración ante los Tribunales¹⁵³. Sin embargo, CARRILLO DONAIRE considera que *“la regulación que la Carta hace del derecho a la buena administración es poco innovadora, pues muchas de sus manifestaciones tienen –como quedó señalado – expreso reconocimiento en los tratados y otras han sido deducidas hace tiempo por la jurisprudencia”*¹⁵⁴. Para dicho autor la grande innovación de la Carta fue poner bajo de una misma cobertura legal un conjunto disperso de derechos y deberes relacionados al trato del ciudadano europeo con el poder público¹⁵⁵.

Considerar la buena administración como derecho fundamental genera consecuencias jurídico-procesales. En el caso del ordenamiento jurídico español, se abre camino para la aplicación de los principios de preferencia y sumariidad en el

¹⁵² UNIÓN EUROPEA. Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. “Art. 41. Derecho a una buena administración. 1.Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.2. Este derecho incluye en particular: - el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente; - el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial; - la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones”.

¹⁵³ Importante registrar el siguiente fragmento del pensamiento de RODRÍGUEZ-ARANA: *“La novedad reside en que a partir de ahora se trata de un derecho fundamental de la persona, cuestión polémica pero que en nuestra opinión no debiera levantar tanta polvareda porque el ciudadano, como anteriormente razonamos, si es el dueño del aparato público, es lógico que tenga derecho a que dicho aparato facilite el desarrollo equilibrado y solidario de su personalidad en libertad. Es decir, la razón y el sentido de la Administración pública en la democracia residen en estar, y en actuar, al servicio objetivo del pueblo. El problema, para que sea un derecho susceptible de invocabilidad ante los Tribunales reside en la exigibilidad de los parámetros que caracterizan dicho derecho. Parámetros que, todo sea dicho, en el precepto son claros y permiten a la jurisprudencia su aplicación al caso concreto”*. Cfr. RODRÍGUEZ-ARANA, J. El Derecho Fundamental a la Buena Administración en la Constitución Española y en la Unión Europea. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*. Argentina: v. 1, n. 2, 2014a, p. 79.

¹⁵⁴ CARRILLO DONAIRE, J. A. (2010). Op. cit., p. 1145.

¹⁵⁵ CARRILLO DONAIRE, J.A. Loc. Cit.

procedimiento judicial, como también la posibilidad de interposición del recurso de amparo¹⁵⁶. No podemos olvidar de la conexión directa entre buena administración y tutela judicial efectiva, que está expresamente prevista como derecho fundamental en la Constitución de 1978.

El reconocimiento del derecho a la buena administración en la CDFUE proyectó efectos también en Estados Terceros, a través de su reconocimiento en otros documentos normativos. Es lo que ocurrió en América Latina con la aprobación de la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública (en adelante, CIDDCAP).

La CIDDCAP fue aprobada en el año de 2013, por el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (en adelante, CLAD), que es un organismo internacional regional, cuyo rol es la modernización estratégica de las Administraciones Públicas para el desarrollo económico y social.

El contenido de dicha carta está basado en toda la normativa de la UE relativa al principio de buena administración. Según RODRÍGUEZ-ARANA, la normativa iberoamericana avanza más que el ordenamiento europeo, en la medida que la CIDDCAP establece la *“caracterización de la buena Administración Pública como obligación de los Poderes Públicos, una caracterización más amplia y completa que la establecida en el artículo 41 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales de la Persona de 8 de diciembre de 2000¹⁵⁷”*.

La CIDDCAP pone el ciudadano en la centralidad de la actuación estatal, de manera que establece un compromiso de una AP más humana. Además, la Carta concibe la buena administración no sólo como un principio general del Derecho Público, sino también como Derecho Humano y obligación de la AP.

La CIDDCAP, además de relacionar al derecho de la buena administración una selección de derechos que integran la noción de buena administración, también registra un listado de deberes que son atribuidos a los ciudadanos. No obstante, todos estos

¹⁵⁶ Vid. MELIAN GIL, J. L. (2013). Op. cit., p.246.

¹⁵⁷ Cfr. RODRÍGUEZ-ARANA, J. Sobre la Carta Iberoamericana de derechos y deberes del ciudadano. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña – AFDUC*. España, N.18, 2014b, ISSN: 1138-039X, p.19.

beneficios, la Carta Iberoamericana es solamente un documento orientativo para el desarrollo de la legislación de los países signatarios, sin fuerza vinculante.

Estos documentos internacionales (CDFUE y CIDDCAP) reconocen la importancia de la buena administración en el sentido de la búsqueda de la eficiencia y satisfacción del ciudadano. Esto porque la actuación administrativa debe estar centrada en proporcionar al ciudadano lo necesario para una vida digna. Así, una nueva dinámica al ejercicio de la función administrativa debe ser desarrollada para cumplimiento de este menester.

No obstante, el reconocimiento internacional del derecho a la buena administración, algunas constituciones, aunque establezcan el Estado social y Democrático de Derecho, no lo garantizan expresamente. Es lo que ocurre, por ejemplo, con la CE/1978 y la CFB/1988.

En el contexto de la Constitución Española, DEL LLANO explica que, no obstante, la inexistencia de referencia expresa al principio o derecho a la buena administración, se observa que los principios constitucionales relativos a la actuación de los poderes públicos guardan un paralelismo de los rasgos fundamentales de esta noción¹⁵⁸. TOMÁS MALLEEN también plantea que las exigencias de la buena administración están aglutinadas en los principios difusos de actuación y funcionamiento de la Administración indicados en el texto constitucional de 1978¹⁵⁹. CARRILLO DONAIRE, por su vez, entiende que la CE/1978 consagra implícitamente el deber jurídico de buena administración, que correspondería al derecho al procedimiento administrativo debido¹⁶⁰.

BELANDO GARÍN tiene una visión un poco distinta, una vez que plantea que la configuración de la buena administración “*se acerca más bien a un principio general del Derecho, fuente del Derecho, pero más flexible en su aplicación práctica que el derecho subjetivo*”¹⁶¹. Su comprensión de buena administración se acerca del sentido empleado por el TJUE en la sentencia de 9 de noviembre de 2017 (asunto C-46/16).

¹⁵⁸ Cfr. DEL LLANO, C. H. “La configuración del derecho a una buena administración como nuevo derecho frente al poder”, en *Revista Pensamiento Constitucional*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Año XVI, n. 16, 2016, p. 158.

¹⁵⁹ Cfr. TOMÁS MALLEEN, B. *El derecho fundamental a una buena administración*. Madrid: INAP, 2004.

¹⁶⁰ CARRILLO DONAIRE, J.A. (2010). Op. cit., p. 1151.

¹⁶¹ Cfr. BELANDO GARÍN, B. “Las posibilidades de la mediación administrativa: concepto y ámbitos”, en FONSECA, I. C. M. (Coord.). *A Mediação Administrativa: contributos sobre as (im)possibilidades*. Lisboa: Almedina, 2019, p. 46.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN extrae en el artículo 103 de la CE/1978 que la buena administración es aquella que sirve adecuadamente al interés general, sin menoscabar los intereses particulares, eligiendo con equilibrio la mejor decisión¹⁶². Según dicha autora española, esta comprensión de buena administración permite una reconexión con la esencia del Derecho Administrativo, en especial con la idea de equilibrio entre intereses generales e intereses particulares, como también entre las prerrogativas administrativas y las garantías de los administrados¹⁶³.

En el caso brasileño, algunos autores reconocen la buena administración como derecho en el texto constitucional, a partir del sometimiento de la AP a los principios constitucionales relacionados a la actuación del poder público¹⁶⁴. En este sentido, existiría un reconocimiento implícito de este derecho basado en los principios de la AP en los fundamentos de la República¹⁶⁵.

Es seguro decir, independientemente de la ausencia de referencia expresa a la buena administración, que las Constituciones Española y Brasileña están comprometidas con la buena administración, una vez que las obligaciones del Estado social y Democrático de Derecho están lineadas con los objetivos de buena administración¹⁶⁶. Además, la exigencia de cumplimiento en los tribunales es posible de ser obtenida, en los dos casos, a partir de los derechos componentes reconocidos expresamente.

Por tanto, la nueva dinámica política, social y económica impone la modificación de los instrumentos de actuación administrativa. La buena administración exige la utilización de herramientas flexibles y consensuales que son más compatibles para las relaciones complejas que son desarrolladas en la actualidad. En este contexto, la flexibilidad y el consenso son necesidades de la AP.

¹⁶² MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. M. (2019). Op. cit. p. 109.

¹⁶³ Ibid., p. 110.

¹⁶⁴ Vid. FREITAS, J. *Discricionariade administrativa e o direito fundamental à boa Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2007.

¹⁶⁵ LÍRIO DO VALLE sostiene que el carácter instrumental de la buena administración direcciona a su reconocimiento como derecho fundamental, pues con la buena administración se puede garantizar el listado de derechos fundamentales reconocidos expresamente por la Constitución. Por lo tanto, no haría una extensión del listado constitucional, solamente una explicitación de la necesidad del Estado de cumplir con los compromisos del Estado contemporáneo. Cfr. LÍRIO DO VALLE, V. R. *Direito Fundamental à Boa Administração e Governança*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p.81.

¹⁶⁶ Vid. RODRÍGUEZ-ARANA, J. *Direito Fundamental à Boa administração Pública*. Coleção Eurolatinoamericana de Direito Público. WUNDER HACHEM, D. (trad.). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012a.

Sin embargo, la buena administración no está restringida al simple actuar de la AP exige también el desarrollo de estructura y organización. Por eso MELIÁN GIL señala que “una organización administrativa adecuada para la realización de los intereses generales es síntoma de buena administración” y que “una inadecuada configuración de los procedimientos de actuación puede dañar la finalidad garantista de la actuación administrativa¹⁶⁷”.

Por tanto, el entendimiento de buena administración debe superar el ámbito procedimental y constituir una garantía sustantiva al ciudadano, generando el reconocimiento a la tutela administrativa efectiva¹⁶⁸. Es decir que la actuación administrativa debe ser útil y eficaz al atendimento del interés general, de manera que la solución de conflictos administrativos en la vía extrajudicial extrae su fundamento y justificación de la buena administración y de la tutela administrativa efectiva.

4.2.1. *La inserción de la buena administración en España y Brasil*

En los años 2000, se inicia el desarrollo la idea de buena administración y gobernanza en la AP española. El aparato gubernamental empieza a profundizar temas como los mecanismos de cooperación y colaboración, la solución extraprocésal de controversias y la optimización de la gestión administrativa.

El Plan Moderniza de medidas para la mejora de la Administración (2006 - 2008), por ejemplo, contempló medidas para impulsar los servicios públicos, implantar la Administración electrónica y desarrollar la flexibilidad y eficacia de la organización administrativa. El Plan estaba basado en tres ejes fundamentales: mejora de la relación con los ciudadanos, de las funciones públicas y de la organización.

En este contexto se aprobó la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado; el Código de Buen Gobierno de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado; la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la reforma de los servicios público; la Ley

¹⁶⁷ Cfr. MELIÁN GIL, J. L. (2013). Op. cit., p. 249.

¹⁶⁸ Sobre la tutela administrativa efectiva véase: WUNDER HACHEM, D. *Tutela Administrativa Efetiva dos Direitos Fundamentais Sociais: Por uma implementação espontânea, integral e igualitária*. (Tesis Doctoral). [en línea]. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2014. [consulta: 08 mayo 2022]. Disponible en: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/35104>.

7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público; la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos.

En 2012, se crea la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (en adelante, CORA), con el objetivo de mejorar la eficiencia y eficacia de la actividad pública, bajo una perspectiva económica y financiera. La CORA estaba ordenada en cuatro ejes temáticos: duplicidades administrativas, simplificación administrativa, gestión de servicios y medios comunes y administración institucional. Para la ejecución e impulso de las medidas propuestas por la CORA se creó, en 2013, la Oficina para la Ejecución de la Reforma de la Administración (en adelante, OPERA).

Las medidas de la CORA buscan principalmente el adelgazamiento del aparato estatal, con foco en leyes dirigidas al fortalecimiento de la rendición de cuentas, control de la deuda pública y de la transparencia, sobre todo en materia financiera. No obstante, la importancia de las medidas modernizadoras propuestas por la CORA, los trabajos no avanzaron en otras zonas. Por eso ARENILLA SÁEZ registra que los resultados de la CORA generaron escaso impacto en la cultura administrativa, sobre todo porque dejó de contemplar modificaciones en el modelo de función pública¹⁶⁹.

En el mismo año de 2013 se aprobó el Plan de Regeneración Democrática compuesto por cuarenta medidas ordenadas en tres bloques: refuerzo al control de la actividad financiera de los partidos políticos, mejora de la regulación del ejercicio de los cargos públicos y optimización de medidas penales y procesales en materia de corrupción. El objetivo del plan es dotar la administración pública de más control y transparencia, reforzando la idea de buena administración.

También se aprobó la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno que tenía los siguientes objetivos: refuerzo a la transparencia en la actividad pública, garantía al acceso a la información y establecimiento de obligaciones de buen gobierno para los gestores públicos y responsabilidades en los casos de incumplimiento.

La Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP), y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP) también integran este

¹⁶⁹ Cfr. ARENILLA SÁEZ, M. (2017). Op. cit. p. 313.

movimiento de reforma basado en el paradigma de la buena administración. A través de estas leyes se introdujo mejoras en las relaciones intra e inter-Administraciones públicas y de estas con los ciudadanos, enfatizando también el desarrollo de la Administración electrónica.

En lo que toca a la LPACAP, su exposición de motivos señala la necesidad de ampliar y reforzar las garantías de los ciudadanos para la resolución justa y pronta de los asuntos. Por eso el régimen jurídico de las AP debe ser concebido como *“el instrumento que promueve las condiciones para que los derechos constitucionales del individuo y los grupos que integran la sociedad sean reales y efectivos¹⁷⁰”*. La LRJSP, disciplina el funcionamiento interno de cada administración y de las relaciones entre ellas, fomentando el relacionamiento electrónico, con el objetivo de impulsar la eficacia y eficiencia de los entes públicos.

Tampoco se puede dejar de registrar que los Estatutos de Autonomía de Cataluña (Ley Orgánica 06/2006, de 19 de julio), Valencia (Ley Orgánica 01/2006, de 10 de abril), Islas Baleares (Ley Orgánica 01/2007, de 28 de febrero) y Andalucía (Ley Orgánica 07/2007, de 19 de marzo) disponen expresamente sobre la buena administración, poniendo en marcha esta nueva perspectiva de AP.

En Brasil, se puede decir que, en los años 2000, se empezó a desarrollar las ideas de buena administración, aunque de una manera muy tímida. Esto porque la concepción de buena administración y buen gobierno eran adoptadas bajo una perspectiva financiera y de lucha contra la corrupción. En 2000, por ejemplo, se publica la Ley Complementar 101, de 4 de mayo, cuyos ejes son planificación, transparencia y responsabilidad en materia presupuestaria y financiera. Esta ley objetiva traer eficiencia y transparencia a la aplicación de los recursos públicos y responsabilizar el malo gestor público¹⁷¹.

También en el año 2000, se publicó el Decreto Presidencial de 3 abril, en que se creó una comisión interministerial para examinar y proponer políticas de interacción entre el Estado y los ciudadanos por medios electrónicos. Como consecuencia de los trabajos de la comisión se crea el Programa Gobierno Electrónico cuyos ejes son:

¹⁷⁰ ESPAÑA. Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Exposición de Motivos.

¹⁷¹ Vid. AGUIRRE DE CASTRO, R. P. (Coord.). *Lei de Responsabilidade Fiscal: Ensaio em Comemoração aos 10 anos da Lei Complementar n. 101-2000*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

interactuación con el ciudadano, modernización de la gestión interna e integración de los procesos y servicios del gobierno¹⁷².

En 2005 se desarrolla el Programa Nacional de Gestión Pública y Desburocratización (en adelante, GESPÚBLICA), que objetivaba la mejoría de la calidad de los servicios prestado al ciudadano y el incremento de la competitividad del país. Una de las líneas de actuación del programa se basaba en el fomento a la gestión democrática, participativa, transparente y ética¹⁷³.

Además de estos programas, también se publicó leyes basadas en el paradigma de la buena administración, abordando temas como los contratos de colaboración público-privada (Ley 11.079, de 30 de diciembre de 2004), el acceso a la información pública (Ley 12.527, de 18 de noviembre de 2011), la lucha contra la corrupción (Ley 12.846, de 01 de agosto de 2013) y la participación y protección de los usuarios de los servicios públicos (Ley 13.460, de 26 de junio de 2017).

A este diseño se añade la noción de gobernanza, identificada con la utilización de prácticas gubernamentales basadas en una concepción de colaboración, negociación y participación. Según BAR CENDÓN, la gobernanza significa “*más que la acción de gobernar o de dirigir la actuación de instituciones de gobierno; es más bien, una manera concreta de ejercerla*”¹⁷⁴. Es decir, la gobernanza implica en la interacción entre los sujetos del proceso para la construcción de decisiones mutuamente satisfactorias, a través de la colaboración, cooperación, negociación y consenso.

Siguiendo esta línea, el Libro Blanco de Gobernanza Europea, por ejemplo, propone la realización de reformas en el ámbito de las instituciones europeas basadas en

¹⁷² Vid. DINIZ, E. H. et al. O governo eletrônico no Brasil: perspectiva histórica a partir de um modelo estruturado de análise. [en línea]. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 43, n. 1, p. 23 a 48, jan. 2009. ISSN 1982-3134. [consulta: 11 mayo 2020]. Disponible en: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/6678/5261>>.

¹⁷³ BRASIL. DECRETO N. 5.378, de 23 febrero de 2005: “*Art. 2º O GESPÚBLICA deverá contemplar a formulação e implementação de medidas integradas em agenda de transformações da gestão, necessárias à promoção dos resultados preconizados no plano plurianual, à consolidação da administração pública profissional voltada ao interesse do cidadão e à aplicação de instrumentos e abordagens gerenciais, que objetivem: I - eliminar o déficit institucional, visando ao integral atendimento das competências constitucionais do Poder Executivo Federal; II - promover a governança, aumentando a capacidade de formulação, implementação e avaliação das políticas públicas; III - promover a eficiência, por meio de melhor aproveitamento dos recursos, relativamente aos resultados da ação pública; IV - assegurar a eficácia e efetividade da ação governamental, promovendo a adequação entre meios, ações, impactos e resultados; e V - promover a gestão democrática, participativa, transparente e ética*”. El Decreto n. 5.378, de 23 de febrero de 2005, fue revocado por el Decreto n. 9.094, de 17 de julio de 2017.

¹⁷⁴ Cfr. BAR CEDÓN, A. El Libro Blanco “La Gobernanza Europea” y la reforma de la Unión. *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, n. 22, 31 dez. 2001, p. 07.

los principios de apertura, participación, responsabilidad, eficacia, coherencia, proporcionalidad y subsidiariedad, que, en realidad, articulan la idea de buena administración y gobernanza¹⁷⁵.

Para el adecuado funcionamiento del Estado social y democrático de Derecho es necesario que los modelos de AP integren la sociedad en el proceso político de decisión, como bien pondera LÍRIO DO VALLE¹⁷⁶. Esta reconfiguración democrática de la AP se muestra posible a través de la articulación de la gobernanza con la buena administración, que pone el ciudadano en la centralidad de la actuación estatal.

La reforma administrativa del siglo XXI debe alcanzar las relaciones jurídicas entre Estado y sociedad, ofreciendo a los ciudadanos efectivas posibilidades de participación e integración en los procesos de decisión estatal. Esta sería la nueva fase del proceso de modernización de la AP, que supera los cambios procedimentales y estructurales para llegar a modificaciones de carácter sustancial.

Bajo esta perspectiva, la nueva ola de reformas administrativas toca al tema de la resolución de los conflictos en este ámbito. La gobernanza y la buena administración exigen la adopción de herramientas de participación y consenso en la solución de los conflictos administrativos. Por eso ROBLES RAMOS afirma que las transformaciones y complejidades de las sociedades actuales imponen al Estado un cambio en la forma de garantizar los derechos de los ciudadanos, saliendo de una tutela exclusivamente judicial para la utilización del método más apropiado para una controversia concreta¹⁷⁷.

Por tanto, es necesario desarrollar herramientas extrajudiciales para la solución de los conflictos en el ámbito administrativo. Por ello, MARTÍN DIZ subraya que *“ha de ser la propia Administración quien, rompiendo también con ello planteamientos estáticos, pasados e inconexos con la realidad jurídica procesal y administrativa de nuestro tiempo, supere la barrera del proceso judicial como única vía de solución de litigios entre Administración y administrados*¹⁷⁸”.

¹⁷⁵ Ibid., p. 06.

¹⁷⁶ Cfr. LÍRIO DO VALLE, V. R. (2011). Op. cit., p. 115.

¹⁷⁷ Cfr. ROBLES RAMOS, K. J. La eficacia de la mediación: cuestiones y perspectivas. *Revista de Administración Pública*. Puerto Rico: Escuela Graduada de Administración Pública, Vol. 47, 2016, p.128.

¹⁷⁸ Cfr. MARTÍN DIZ, F. *Mediación en el ámbito contencioso-administrativo*. Navarra: Editorial Arazandi, 2018, p. 66.

En los ordenamientos jurídicos español y brasileño, se observa la tentativa de cambio de paradigma a través de la adopción de herramientas no judiciales para la solución de conflictos administrativos. Así, se empieza a construir un modelo de AP menos autoritaria y más colaborativa, con fundamento en la gobernanza y la buena administración.

Este nuevo modelo no implica en la muerte de la burocracia weberiana o del control judicial de los actos de la Administración pública. Por eso RAMIÓ afirma que *“en la Administración pública suelen y deben convivir varios modelos de gestión y diferentes lógicas culturales; es conceptualmente poliédrica y multicultural¹⁷⁹”*.

Por este raciocinio, es posible articular distintos modelos de gestión de acuerdo con la naturaleza de las actividades desarrolladas por la AP. De esta manera, el modelo burocrático puede integrar planificaciones basadas en la gobernanza y en la buena administración. Esto porque determinadas actividades administrativas exigen una metodología burocrática de gestión, como las actividades regladas y los procedimientos repetitivos, que pueden también ser renovados con la utilización de las nuevas tecnologías. También es posible aplicar para otras categorías de actividades administrativas el modelo gerencial, sobre todo aquellas que exigen más discrecionalidad en la actuación pública.

En cuanto al control judicial, esto seguirá cumpliendo su función, sin embargo, de la adopción de instrumentos extrajudiciales y complementares que pueden ser más adecuados a resolución de determinados conflictos. Debemos aclarar que esta metodología no es aplicable a todo y cualquier conflicto, tampoco toda y cualquier actuación de la administración es susceptible de participación.

No podemos olvidar que la AP es el instrumento que se utiliza el Estado para hacer posible que todos los ciudadanos gocen de los derechos fundamentales, de manera que las reformas del aparato administrativo deben viabilizar el alcance de este fin. Por eso la metodología de gestión pública debe estar centrada en las personas, propiciando la participación del administrado en el proceso de toma de decisiones dónde sea posible, rompiendo el monopolio estatal de los intereses generales¹⁸⁰. Para el alcance de este

¹⁷⁹ Cfr. RAMIÓ, C. (2019). Op. cit. p. 35.

¹⁸⁰ Sobre el tema es importante registrar la siguiente reflexión de RODRÍGUEZ-ARANA: *“Cuestión también relevante es la de la forma de realización del Estado social, ¿Debe ser el Estado el único*

objetivo, en el marco de la sociedad de la información y comunicación, la tecnología es un elemento que no puede ser desconsiderado.

4.2. Estrategias tecnológicas

Como hemos comentado en las secciones antecedentes, el Estado Contemporáneo vive una metamorfosis que se justifica, entre otros aspectos, por la necesidad de superación de la crisis y consecuente redefinición de la actuación administrativa para el atendimento de las demandas actuales y pretéritas de la sociedad¹⁸¹. Así, es necesaria la adopción de instrumentos de gestión que sean más céleres, flexibles y compatibles con la complejidad de la sociedad posmoderna¹⁸².

Estos cambios en la ordenación estatal también son identificados por BIGNAMI, que comprende que *“la vieja imagen de una Administración pública jerárquica que aplica de forma unilateral objetivos políticos bien definidos, establecidos legalmente, hoy en día compite con la visión de un proceso administrativo abierto, colaborativo y en red”*¹⁸³.

Es decir que los fenómenos sociales y políticos que han ido sucediéndose, como la globalización, las nuevas tecnologías de la información y comunicación (en adelante, TIC) y el pluralismo, generaran la necesidad de cambio de las instituciones

configurador del bienestar social? ¿Debe la sociedad, la comunidad participar en tal tarea? La experiencia de la exclusividad del Estado en tal misión es conocida. También, la autorregulación social sabemos dónde conduce. En este tema, como en tantos otros, los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario arrojan algunas luces. Es verdad que la responsabilidad en la realización del Estado es pública. Pero la forma en que las políticas públicas sociales se implementan puede, debe tener en cuenta la realidad social y, sobre todo, la existencia de instituciones sociales especializadas en el trato con excluidos, desvalidos o menesterosos. Por eso, en la instrumentación concreta de tales acciones hay que tener presente el principio de solidaridad y también el principio de subsidiariedad, pensando en inteligentes alianzas público-privadas que permitan ofrecer a quienes lo precisen una atención social humana”. Cfr. RODRÍGUEZ-ARANA, J. (2015a). Op. cit. p. 86.

¹⁸¹ Vid. GAMERO CASADO, E. *Desafíos del Derecho Administrativo ante un mundo en disrupción*. Granada: Comares, 2015.

¹⁸² Según MOREIRA NETO, la expresión posmodernidad no tiene un contenido específico, en el sentido filosófico o científico, es solamente una expresión que tiene por finalidad transmitir la idea de progresividad, de cambio de paradigmas. Así, el paradigma posmoderno tendría dos elementos fundamentales: los derechos de la persona humana y la democracia sustantiva. Este es el sentido de posmodernidad que empleamos en este trabajo. Vid. MOREIRA NETO, D. D. F. *Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 18-19.

¹⁸³ Cfr. BIGNAMI, F. “Comparative Administrative Law” [en línea], en BUSSANI, M.; MATTEI, U. (Coord.). *The Cambridge Companion to Comparative Law*, GWU Legal Studies Research Paper No. 2012-115, Cambridge University Press, 2012. [consulta: 23 febrero 2019]. Disponible en: <<https://ssrn.com/abstract=2171307>>. Traducción propia.

administrativas y de creación de nuevos conceptos y modelos basado en la horizontalidad de las relaciones entre AP y ciudadanos. Por eso DROMI señala que *“la realidad de nuestro tiempo muestra que el progresivo proceso de crecimiento y complejización de las vías de diálogo, y la nueva relación entre los distintos actores que integran la sociedad contemporánea requieren la reactualización y redimensionamiento del poder y de la autoridad¹⁸⁴”*.

Es importante tener en cuenta que la globalización no es un fenómeno reciente, ya que es posible identificarlo en hechos históricos remotos, como en el renacimiento y en la industrialización¹⁸⁵. La grande diferencia entre el fenómeno actual y aquel ocurrido hace algunas centenas de años es la velocidad y la profundidad del impacto en todos los ámbitos vitales. Por eso QUEIPO DE LLANO afirma que *“la globalización puede ser consecuencia de un proceso imparable que empezó hace mucho tiempo, pero difícilmente puede decirse que el peculiar de este fenómeno sea en sí mismo antiguo¹⁸⁶”*.

Este proceso actual de globalización, en las palabras de JULIOS-CAMPUZANO, ha generado un complejo y heterogéneo cambio en la sociedad contemporánea, en la medida que *“no hay ámbito de la vida social que no se vea afectado de una u otra manera por el impacto de los nuevos procesos que se están desencadenando: desde el ámbito cultural al económico, desde la escena política a la militar, desde la esfera laboral a la ética, desde el derecho a la ciencia¹⁸⁷”*.

En este contexto posmoderno, la globalización es un fenómeno que impacta fuertemente la organización administrativa y política del Estado. Esto porque la globalización reordena el capitalismo y transforma profundamente las relaciones políticas y económicas firmadas entre los Estados-nación, los organismos internacionales y los ciudadanos. Los cambios en los pilares sobre los cuales se asienta la acción

¹⁸⁴Cfr. DROMI, R. *Derecho Administrativo*. 13ª Edición, Tomo 1. Buenos Aires: Hispania Libros, 2015, p. 42.

¹⁸⁵ No obstante, CASTELLS entiende que la globalización es un proceso históricamente nuevo que no se confunde con el proceso de internacionalización y con la existencia de una economía mundial. Solamente por el desarrollo tecnológico que viabilizó sistemas información interactivos y transporte de alta velocidad de personas y mercancías en ámbito mundial, que se hizo posible la globalización. Vid. CASTELLS, M. *¿Hacia el estado red?: globalización económica e instituciones políticas en la era de la información*. São Paulo: Tribunal de Contas de Santa Catarina, 1998. Brasil. Ministério de Administração Federal e Reforma do Estado. Seminario sobre Sociedad y Reforma del Estado. São Paulo, 26-28 marzo 1998.

¹⁸⁶ Cfr. QUEIPO DE LLANO, C. V. “La ciudadanía en la época de la globalización”, en MIRALLES, A. A. (ed.). *Ciudadanía y persona en la era de la globalización*. Editorial Comares, 2007, p. 120.

¹⁸⁷ Cfr. JULIOS-CAMPUZANO, A. D. *La globalización ilustrada. Ciudadanía, derechos humanos y constitucionalismo*. Madrid: Editorial Dykinson, 2003, p. 18.

gubernamental exigen una nueva forma de interacción entre el Estado y estos agentes, como también nuevos procesos institucionales e instrumentos de gestión administrativa.

Estos efectos globales (cambio tecnológico, económico, cultural y social) conducen a un nuevo sistema institucional en que el Estado se transforma y establece alianzas con otros agentes para tratar de estos problemas posmodernos¹⁸⁸. Nace, por tanto, una nueva estructura estatal denominada por CASTELLS ‘Estado Red’¹⁸⁹.

No se puede desconsiderar que el desarrollo de los medios de comunicación en la actualidad genera la expansión de su uso, así como el intercambio de información, ideas e iniciativas. Por eso CASTELLS afirma que *“la informacionalización y la globalización son procesos centrales de la constitución de una nueva economía y una nueva sociedad en el cambio de milenio”*¹⁹⁰.

El funcionamiento del ‘Estado Red’ exige la interacción de sus diversos componentes facilitada por las herramientas tecnológicas. Este sistema proporciona procesos cada vez más globalizados en la economía, comunicación y tecnología, pero no retira el rol de las estructuras nacionales y locales¹⁹¹.

Por eso, la globalización ha puesto en marcha otro fenómeno, en ámbito local, la localización¹⁹². Aparentemente, estos fenómenos pueden presentarse contrapuestos, pero, en realidad son procedentes de los mismos hechos y se complementan. Por ello, SANTOS plantea que el global no se opone al local, en realidad constituye otro lado del local¹⁹³. La localización ha impulsado a los gobiernos centrales el otorgado de facultades a las autoridades locales, lo que revoluciona la relación entre los gobiernos de distintos niveles.

¹⁸⁸ Ibid., pp.08.

¹⁸⁹ Vid. CASTELLS, M. *La era de la información. Economía, Sociedad y Cultura. Vol.1. La Sociedad Red. Madrid, Alianza Editorial, 1996.*

¹⁹⁰ Cfr. CASTELLS, M. et al. *Globalización, identidad y estado en América Latina*. Santiago de Chile: PNUD, 1999, p. 04.

¹⁹¹ Vid. CASTELLS, M. (1998). Op. cit., p. 02-03.

¹⁹² Para el Banco Mundial la expresión “localización” se refiere al *“creciente deseo de la sociedad de hacerse escuchar en los círculos gubernamentales, se manifiesta en la reivindicación de las identidades regionales”*. Por ello, los gobiernos centrales tienen que promover una aproximación con los gobiernos locales, como forma más eficaz de enfrentamiento de los cambios en la política interna y en las pautas de crecimiento. Cfr. BANCO MUNDIAL. *El umbral del siglo XXI: Informe sobre el Desarrollo Mundial 1999-2000*. [en línea]. Madrid: Mundi-Prensa, p. II. [consulta: 13 mayo 2022]. Disponible en: <https://documents1.worldbank.org/curated/ar/961441468149961994/pdf/192790SPANISH0WDR0199902000.pdf>.

¹⁹³ Cfr. SANTOS, B. D. S. *Crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 8.ed., v.1. São Paulo: Cortez, 2011, pp. 20-21.

Por fuerza de la localización, es necesario impulsar la cooperación y la coordinación entre administraciones centrales y locales, como también la apertura para la participación democrática. Por ello RAMÍO señala que *“la localización representa una oportunidad de ampliación de la participación popular en la política y de aumento de la autonomía local en la toma siguiendo una lógica neomedieval¹⁹⁴”*.

En la medida que los gobiernos centrales tienen que acercarse de estructuras políticas externas, los gobiernos locales ganan más facultades para tratar de las demandas internas más cercanas de los ciudadanos. Según el Informe del Desarrollo Mundial 1999-2000 del Banco de Mundial, el fenómeno de localización manifiesta el deseo de la sociedad de hacerle escuchar en el ámbito gubernamental, lo que exige una mayor descentralización de las acciones estatales¹⁹⁵. Por tanto, la localización impone una mayor participación de la ciudadanía en los temas locales, exigiendo modificaciones en el aparato administrativo para propiciar una AP más abierta y plural.

En esta nueva dinámica, las organizaciones gubernamentales tradicionales, basadas exclusivamente en el modelo burocrático weberiano, no se presentan aptas a la solución de los problemas sociales y económicos estructurados en una forma global. Respuestas basadas en la imperatividad y unilateralidad son ineficaces para el trato de este tipo de cuestión en que el dialogo, la flexibilidad y la celeridad son fundamentales.

Por eso JULIOS-CAMPUZANO plantea que la globalización implica en un *“proceso de erosión de estas estructuras cerradas y unitarias de poder cuyo desgaste resulta cada vez más alarmante. Los nuevos centros de decisión recaban protagonismo y ello se traduce en una quiebra de los modelos tradicionales de organización sociopolítica y, particularmente, del Estado-nación¹⁹⁶”*.

Transformar las estructuras administrativas tradicionales, que son caracterizadas por la centralidad y unilateralidad, en centros de toma de decisiones policéntricos y participativos, constituye el gran reto del Estado contemporáneo. Como toda la estructura normativa de Derecho Administrativo está fundamentada en una concepción de Estado

¹⁹⁴ Cfr. RAMÍO, C. Una Administración pública de futuro sostenible económicamente e innovadora en el contexto de la globalización. *Cuadernos de Gobierno y Administración Pública*. Vol. 3, núm. 2. Ediciones Complutenses, 2016, p. 117.

¹⁹⁵ Vid. BANCO MUNDIAL. (2000). Op. cit., p. 02.

¹⁹⁶ Cfr. JULIOS-CAMPUZANO, A. D. (2003). Op. cit., p. 31.

conectada con los valores del liberalismo clásico, la necesidad de mutación alcanza las bases fundamentales de esta estructura normativa administrativa.

Asumir la necesidad de cambio es prioritario, ya que este proceso acelerado de constitución de redes e inserción de nuevos actores en las relaciones sociales y políticas es un camino sin retorno. La AP tiene que adaptarse y ordenar sus estructuras y herramientas de gestión para abordar los desafíos que este nuevo mundo nos presenta.

Esta nueva dinámica exige dialogo, cooperación y colaboración entre las distintas AAPP y los administrados para la mejora de las relaciones internas y externas. Estos cambios administrativos, impuestas por la globalización y fenómenos anexos, pueden y deben ser facilitados por las nuevas tecnologías.

La combinación entre globalización y nuevas tecnologías aporta más que nuevas técnicas o soportes para la actuación administrativa. Esto porque las herramientas de tecnología de la información y comunicación están revolucionando la tradicional concepción de las relaciones humanas, como bien pondera VALERO TORRIJOS, configurando una realidad distinta¹⁹⁷. Desde el punto de vista de la Administración pública, las nuevas tecnologías crean un nuevo paradigma de gestión que afecta profundamente la relación Estado y sociedad¹⁹⁸. En este contexto, la reestructuración de la actuación administrativa no puede dejar de observar estos influjos, sobre todo en el ámbito de la resolución de conflictos.

Es necesario señalar que esta nueva sociedad¹⁹⁹, que emerge de la era de la información, exige más eficacia, competitividad, innovación, flexibilidad y participación. Luego, el escenario de las nuevas tecnologías no puede excluir la AP, al revés, la búsqueda por mejores niveles de eficiencia es un deber de la AP y por lo tanto la tecnología es una herramienta idónea para el alcance de este objetivo.

¹⁹⁷ Cfr. VALERO TORRIJOS, J. Administración pública, ciudadanos y nuevas tecnologías. *Revista Jurídica de la Región de Murcia*, ISSN 0213-4799, n. 25, 1998, p. 01.

¹⁹⁸ Vid. GAMERO CASADO, E. (2015). Op. Cit.

¹⁹⁹ REDON ROJAS explica que las expresiones “sociedad de la información” y “sociedad del conocimiento” no son sinónimas. Según el autor mexicano, el conocimiento demanda análisis, comprensión, evaluación y aplicación de la información, de manera que el conocimiento es una etapa posterior a la información. Así, la sociedad de la información sería una etapa precedente a la sociedad del conocimiento. Vid. REDON ROJAS, M. A. Un análisis del concepto sociedad de la información desde el enfoque histórico. [en línea]. *Información, cultura y sociedad*, n. 4, Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2001. [consulta 14 febrero 2020]. Disponible en: <<http://dx.doi.org/10.34096%2Fics.i4.1009>>. La expresión “sociedad red” es empleada por CASTELLS significando la conversión de la información y el conocimiento en factores de producción con el soporte en las nuevas tecnologías, generando cambios significativos en las estructuras sociales, económicas y políticas. Vid. CASTELLS, M. (1996). Op. Cit.

En este escenario, las tecnologías digitales son capaces de ampliar la base de información y reducir costos, lo que facilita la búsqueda y el intercambio de información. Por esta perspectiva es posible crear una red de colaboración entre el gobierno y los diversos agentes. Por ello, el Banco Mundial sostiene que las tecnologías digitales *“han influido en la manera en que las empresas operan, las personas buscan oportunidades y los ciudadanos interactúan con sus Gobiernos”*²⁰⁰.

Por otro lado, la tecnología puede ampliar la exclusión social ya existente o crear nuevas formas de marginalización. Por ello, la utilización de estos recursos tecnológicos demandará de la AP más regulación y transparencia, a fin de impedir que los derechos fundamentales de los ciudadanos no sean mitigados en pro de la modernización del aparato administrativo.

4.2.1. Gobierno electrónico

Este conjunto de políticas públicas de inclusión de las tecnologías digitales en las AAPP es lo que se denomina de gobierno electrónico o administración electrónica²⁰¹. Según GAMERO CASADO, no se puede comprender la administración electrónica como una mera implementación de las nuevas tecnologías a la gestión administrativa, hay que considerar el objetivo de mejora de la actividad administrativa como también de modernización y simplificación administrativa a través de cambios organizativos y nuevas aptitudes²⁰².

Verificamos que el implemento de políticas de gobierno electrónico ha sido un importante paso en el proceso de modernización del Estado y de las AAPP. Por ello, SCHIEFLER destaca que *“la incorporación celer de tecnologías contemporáneas*

²⁰⁰ Cfr. BANCO MUNDIAL. *Informe sobre el desarrollo mundial 2016: Dividendos Digitales – Panorama General*. [en línea]. Washington: Banco Mundial, 2016, p. 8. [consulta: 13 junio 2019]. Disponible en: <https://documents.worldbank.org/en/publication/documents-reports/documentdetail/658821468186546535/informe-sobre-el-desarrollo-mundial-2016-dividendos-digitales-panorama-general>.

²⁰¹ En esta investigación las expresiones “Administración electrónica” y “Gobierno electrónico” son utilizadas como sinónimos.

²⁰² Cfr. GAMERO CASADO, E. El marco general de la administración electrónica en Andalucía: situación actual y necesidades normativas. *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 78, Sevilla, 2010, pp. 55-56. Sobre el tema véase también: SANZ LARRUGA, F. J. Las bases jurídicas de la "administración electrónica" en España: el uso de las técnicas informáticas, electrónicas y telemáticas en las Administraciones públicas. [en línea]. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n. 6. 2002, pp. 713-760. [consulta: 11 mayo 2022]. Disponible en: <http://hdl.handle.net/2183/2178>.

disruptivas constituye el primer movimiento para el desarrollo de una administración pública moderna y tecnológica, vigilante a los deseos de la sociedad de la información del siglo XXI, a los derechos fundamentales de los ciudadanos y a la prestación de servicios públicos de calidad”²⁰³.

Por tanto, desarrollar políticas de gobierno electrónica significa comprometerse con la buena administración y facilitar a los ciudadanos servicios idóneos al atendimento de las necesidades de la sociedad contemporánea. Además, las soluciones de Administración electrónica contribuyen para el alcance de la efectividad de la función administrativa, es decir, los medios tecnológicos disponibles deben ser adecuadamente utilizados para la obtención de resultados reales²⁰⁴.

En el contexto europeo, se empezó a desarrollar políticas en este sentido en el año 2000, con la Estrategia Lisboa. Este plan estratégico tenía el objetivo de convertir a la Unión Europea en la economía más competitiva y dinámica del mundo antes de 2010, desde una perspectiva sostenible. Para el alcance de este objetivo, se mostraba imprescindible el desarrollo de políticas de Gobierno electrónico.

Se esperaba de las AAPP europeas más que el simple impulso de los servicios digitales y del uso de internet por los ciudadanos y por las empresas. En realidad, se buscaba el protagonismo de las AAPP en esta nueva realidad, a través de la inserción de los recursos electrónicos en su funcionamiento interno, sobre todo, en la comunicación con el ciudadano, como bien explica VIDA FERNÁNDEZ²⁰⁵.

Las ideas proyectadas en la Estrategia Lisboa se concretan en el Plan de acción eEurope 2002, que reconocía los beneficios del ofrecimiento de servicios administrativos en línea para ciudadanos y empresas, permitiendo más transparencia, eficiencia y simplificación de la actuación de la AP. Debemos señalar que el Plan de acción eEurope 2002 tenía un apartado específico que reflejaba la iniciativa de Administración electrónica, así denominado: “*La Administración en línea: ofrecer acceso electrónico a los servicios públicos*”. La intención era mejorar la eficiencia y transparencia del sector

²⁰³ Cfr. SCHIEFLER, E. A. C. *Processo Administrativo Eletrônico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 157 (traducción propia).

²⁰⁴ Sobre la eficacia de la actuación administrativa vid: PAREJO ALFONSO, L. La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública. *Documentación Administrativa*, n. 218-219, 1989, pp. 15-66.

²⁰⁵ Cfr. VIDA FERNÁNDEZ, J. La Administración electrónica en la Unión Europea. [en línea]. *Fundación Democracia y Gobierno Local*, Serie Claves del gobierno local, n. 12, 2010, pp. 13-59. [consulta 23 mayo 2020]. Disponible en: <<http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/handle/10873/966>>.

público, a través de la reorganización de los servicios y de los procesos internos y externos de comunicación, con la utilización de la tecnología.

Frente al agotamiento y las limitaciones del Plan de acción eEurope 2002, se presentó el Plan de acción eEurope 2005 que implementaba medidas políticas de adaptación y revisión de la legislación de los Estados miembros relacionadas a la conexión de banda ancha, la interoperabilidad, los servicios públicos interactivos, la contratación pública, los puntos de acceso público a Internet y la aplicación a la cultura y turismo²⁰⁶.

En 2005, la Estrategia Lisboa pasó por un proceso de revisión en que se buscaba enmendar los errores en su planteamiento, desarrollo y ejecución. A través del el Plan de acción “i2010: sociedad europea de la información para el crecimiento y el empleo”, se propuso tres prioridades para alcance antes de 2010: la consecución de un espacio europeo único de la información; el impulso de la innovación y de la inversión en el campo de la investigación en las TIC, y la consecución de una sociedad de la información y los medios

²⁰⁶ UNIÓN EUROPEA. COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL CONSEJO, AL PARLAMENTO EUROPEO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES. Plan de acción eEurope 2002. “Acciones propuestas: Conexión de banda ancha. Los Estados miembros se esforzarán por disponer de conexiones de banda ancha para todas las administraciones públicas antes de finalizar 2005. Dado que los servicios de banda ancha se pueden ofrecer sobre diferentes plataformas tecnológicas, las autoridades nacionales y regionales no deben discriminar entre las tecnologías a la hora de adquirir conexiones (por ejemplo, utilizando procedimientos de licitación abierta). Interoperabilidad: Antes de finalizar 2003, la Comisión hará público un marco de interoperabilidad concertado para facilitar la prestación de servicios paneuropeos de administración electrónica a ciudadanos y empresas. En él se abordarán los contenidos de información y las políticas y especificaciones técnicas recomendadas para combinar los sistemas de información de la administración pública de toda la UE. Se basará en normas abiertas y fomentará el uso de programas de fuente abierta. Servicios públicos interactivos. Antes de finalizar 2004, los Estados miembros deben haber garantizado que los servicios públicos básicos sean interactivos, cuando proceda, sean accesibles a todos y exploten las posibilidades tanto de las redes de banda ancha como del acceso multiplataforma. Para ello será necesaria una reorganización interna¹⁶ que se abordará en el ejercicio de buenas prácticas. Deberá abordarse igualmente el acceso de las personas con necesidades especiales, tales como discapacitados o ancianos. La Comisión y los Estados miembros concertarán la lista de los servicios públicos para los que resultan deseables la interactividad y la interoperabilidad. Contratación pública. Antes de finalizar 2005, los Estados miembros deben efectuar por medios electrónicos una parte significativa de la contratación pública. La experiencia del sector privado demuestra que se consigue reducir más los costes mediante el uso de Internet en la gestión de la cadena de la oferta, incluida la contratación electrónica. El Consejo y el Parlamento adoptarán lo más rápidamente posible las medidas legislativas sobre contratación. Puntos de acceso público a Internet (PAPI): Todos los ciudadanos deben tener un fácil acceso a los PAPI, preferiblemente con conexiones de banda ancha, en sus municipios. Al establecer los PAPI, los Estados miembros deben utilizar los fondos estructurales y colaborar con el sector privado y/o el voluntariado, cuando proceda. La Comisión tiene intención de seguir respaldando el desarrollo tecnológico en el programa de investigación y los escaparates de buenas prácticas, en la medida de lo posible a través del programa sucesor de PROMISE. Cultura y turismo. La Comisión, en cooperación con los Estados miembros, el sector privado y las autoridades regionales, definirá unos servicios electrónicos para promover Europa y ofrecer una información pública de fácil utilización. Estos servicios, que se implantarán a más tardar en 2005, se basarán en interfaces interoperables, utilizarán comunicaciones de banda ancha y serán accesibles desde cualquier tipo de terminal digital”.

de comunicación basada en la inclusión. En este último objetivo, se propuso adoptar un plan de acción sobre Administración electrónica y orientaciones estratégicas para estimular el uso de las TIC en los servicios públicos, lo que generó el *“Plan de acción sobre Administración electrónica i2010: Acelerar la Administración electrónica en Europa en beneficio de todos”*.

El Plan de acción sobre la Administración electrónica i2010 estaba estructurado en cinco ejes fundamentales: promoción de la inclusión digital a través de la Administración electrónica; busca de la eficiencia y eficacia a través de la satisfacción del usuario, transparencia y rendición de cuentas; implantación de servicios en línea de gran repercusión para los ciudadanos y las empresas; establecimiento de herramientas que permitan a ciudadanos y empresas beneficiarse de un acceso autenticado, cómodo, seguro e interoperable a los servicios públicos en toda Europa.

Según el *“Informe sobre la competitividad digital de Europa. Principales logros de la estrategia i2010 entre 2005 y 2009”*, se avanzó mucho en materia de gobierno electrónico, pero sería necesario más esfuerzo para ampliar la interoperabilidad entre las administraciones públicas, la explotación de las aplicaciones de *e-Learning* y de *e-Health* para la mejora de la calidad de la educación y atención sanitaria, como también para fomentar la democracia participativa.

La Estrategia Europa 2020 propuso tres prioridades fundamentales: crecimiento inteligente, a través del desarrollo de una economía basada en el conocimiento y la innovación; crecimiento sostenible, a través de la promoción de una economía que haga un uso más eficaz de los recursos, que sea más verde y competitiva; crecimiento integrador, a través del fomento de una economía con alto nivel de empleo que tenga cohesión social y territorial. La Administración electrónica está inserida en la prioridad de innovación, en la medida que se fomenta la disponibilidad de servicios de la Administración pública en línea.

Para el desarrollo de esta iniciativa de Administración electrónica, se puso en marcha los siguientes planes: el *“Plan de Acción Europeo sobre Administración Electrónica 2011-2015: Aprovechamiento de las TIC para promover una administración pública inteligente, sostenible e innovadora”* y el *“Plan de Acción sobre Administración Electrónica de la UE 2016-2020: Acelerar la transformación digital de la administración.”*

En cuanto al plan 2011-2015, se aspiraba el reconocimiento de los gobiernos europeos por la flexibilidad, la apertura y la cooperatividad en sus relaciones con los ciudadanos y empresas. Estos objetivos serían obtenidos a través de la Administración electrónica, al impulsar la mejora de los servicios públicos²⁰⁷.

El plan 2016-2020 avanza en la consolidación de la Administración electrónica, en la medida que objetiva “*eliminar los obstáculos digitales que se oponen al mercado único digital (DSM, por sus siglas en inglés) y evitar la fragmentación que se puede generar en el contexto de la modernización de las administraciones públicas*”. Para el cumplimiento de este objetivo, la apertura y transparencia se muestran esenciales, a la vez que permiten el intercambio de datos entre administraciones públicas y el acceso por los ciudadanos y las empresas a sus propios datos para controlarlos y rectificarlos, así como facilitan la participación y la implicación de los interesados en los procesos de toma de decisiones.

La Agenda 2030 tampoco huye del propósito de Administración electrónica, una vez que establece como objetivo de desarrollo sostenible la ampliación del acceso a las tecnologías de la información (objetivo nueve), como también la transparencia y el acceso a la información pública (objetivo dieciséis). Por lo tanto, la UE sigue en la tarea de consolidación de la Administración electrónica, desarrollando mecanismos de apertura, transparencia y control.

El fomento de la Administración electrónica en el ámbito europeo no estuvo limitado a los planes de acción política, sino que se concretaba en instrumentos normativos comunitarios. Es importante señalar que antes de la adopción de planes más direccionados a la Administración electrónica, ya había actos normativos que tocaban

²⁰⁷ Para 2015, se aspira a que los “*gobiernos europeos sean reconocidos por ser abiertos, flexibles y cooperativos en sus relaciones con los ciudadanos y con las empresas. A que utilicen la administración electrónica para aumentar su eficiencia y eficacia y para mejorar constantemente los servicios públicos de manera a que atiendan las distintas necesidades de los usuarios y maximicen su valor público para, de esa manera, apoyar la transición de Europa a una economía líder basada en el conocimiento*”. La Declaración de Malmö también estableció cuatro prioridades políticas para todas las administraciones públicas europeas: “*Los ciudadanos y las empresas han de ser empoderados por servicios de administración electrónica diseñados en base a las necesidades de los usuarios y desarrollados en colaboración con terceros, así como por un acceso creciente a la información pública, la mayor transparencia y métodos más efectivos para la implicación de los participantes interesados en el proceso político; La movilidad en el mercado único ha de ser reforzada por servicios integrados de administración electrónica para la creación y la gestión de empresas, para el estudio, el trabajo, la residencia y la jubilación en cualquier país de la Unión Europea; La eficiencia y la eficacia ha de hacerse posible gracias a una esfuerzo constante para utilizar la administración electrónica y reducir así las cargas administrativas, mejorando así los procesos organizativos y promocionando una economía sostenible baja en emisiones de carbono; La implementación de las prioridades políticas ha de realizarse mediante los habilitadores clave apropiados y las precondiciones legales y técnicas*”. Texto disponible en: <http://www.egov2009.se/wp-content/uploads/Ministerial-Declaration-on-eGovernment.pdf>.

temas cercanos, como: la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos²⁰⁸ y la Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999, por la que se establece un marco común para la firma electrónica²⁰⁹.

Con el desarrollo de los planes de acción, el conjunto normativo comunitario se amplió²¹⁰, de manera que podemos destacar de esta extensa normativa las siguientes directivas: la Directiva 2006/123/CE, de 28 de diciembre, relativa a los servicios en el

²⁰⁸ La Directiva 95/46/CE queda derogada por el Reglamento (UE) 2016/679, con efectos a partir de 25 de mayo de 2018.

²⁰⁹ La Directiva 1999/93/CE queda derogada por el Reglamento (UE) n. 910/2014, con efectos a partir del 1 de julio de 2016.

²¹⁰ Vid. Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas; Directiva 2003/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de noviembre de 2003, relativa a la reutilización de la información del sector público (derogada por la Directiva 2019/1024/UE con efectos desde 17 de julio de 2021); Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales (derogada por la Directiva 2014/25/UE); Directiva 2005/32/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 2005, por la que se instauro un marco para el establecimiento de requisitos de diseño ecológico aplicables a los productos que utilizan energía, y por la que se modifican la Directiva 92/42/CE del Consejo y las Directivas 96/57/CE y 2000/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo; Directiva 2006/24/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE; Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior; Directiva 2007/2/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de marzo de 2007, por la que se establece una infraestructura de información espacial en la Comunidad Europea (Inspire); Directiva 2010/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de julio de 2010, por la que se establece el marco para la implantación de los sistemas de transporte inteligentes en el sector del transporte por carretera y para las interfaces con otros modos de transporte; Directiva 2013/37/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013, por la que se modifica la Directiva 2003/98/CE relativa a la reutilización de información en el sector público; Directiva 2014/55/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de abril de 2014, relativa a la facturación electrónica en la contratación pública; Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión; Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE; Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE; Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior; Directiva 2016/1148/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de julio de 2016, relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información de la Unión; Directiva 2016/2102/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 2016, sobre la accesibilidad de los sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles de los organismos del sector público; Directiva 2018/1972/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2018, por la que establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas; Directiva 2019/882/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019, sobre los requisitos de accesibilidad de los productos y servicios; Directiva 2019/1024/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019, relativa a los datos abiertos y la reutilización de la información del sector público.

mercado interior; la Directiva 2016/2102/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 2016, sobre la accesibilidad de los sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles de los organismos del sector público; y, la Directiva 2019/1024/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019, relativa a los datos abiertos y la reutilización de la información del sector público.

En cuanto a la Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, hay que fijarla como un marco importante en materia de Administración electrónica. Como bien explica VIDA FERNÁNDEZ, la Directiva 2006/123/CE, aunque sea una normativa de naturaleza sectorial, regula la Administración electrónica en el ámbito comunitario, en la medida que incorpora la obligación de las AAPP de los Estados miembros de relacionarse por medios electrónicos con los ciudadanos y entre ellas para el intercambio de información²¹¹.

La Directiva 2016/2102/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 2016, por su vez, armoniza los requisitos de accesibilidad de los ciudadanos a los servicios del sector público ofrecidos a través de sitios web y aplicaciones de dispositivos móviles. Esta Directiva propugna la adopción de estándares de accesibilidad para los contenidos digitales del sector público de los estados miembros, considerando la transparencia, eficacia y la no discriminación, atendiendo también al compromiso adquirido en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006).

Otra normativa importante en el marco de la Administración electrónica en el ámbito de la UE es la Directiva 2019/1024/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019, relativa a los datos abiertos y la reutilización de la información del sector público. Esta Directiva tiene por finalidad actualizar el marco normativo relativo a la reutilización de información del sector público frente a los avances en las tecnologías digitales. Además, se busca contribuir para la mejora del mercado único, a través del empleo inteligente de los datos y de su tratamiento a través de la utilización de la inteligencia artificial.

Los reglamentos también son una parte importante de la normativa europea de Administración electrónica, los cuales señalamos: el Reglamento (UE) n. 910/2014 del Parlamento Europeo e del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado

²¹¹ Cfr. VIDA FERNÁNDEZ, J. (2010). Op. cit., p. 46.

interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE; el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE; y el Reglamento (UE) n. 2019/881 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, relativo a ENISA (Agencia de la Unión Europea para la Ciberseguridad) y la certificación de la ciberseguridad de las tecnologías de la información y la comunicación y por el que se deroga el Reglamento (UE) n. 526/2013.

Desde el punto de vista de la Administración electrónica, estos reglamentos registran la necesidad de garantizar la seguridad y eficacia de los servicios en línea, como también la interoperabilidad de los servicios digitales de las AAPP. Tampoco se puede olvidar la concepción de libre circulación de datos en el mercado interior y de aproximación entre los administrados y la AP a través de la tecnología. Por ello, el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, enfatiza que los avances generados por la rápida evolución tecnológica y la globalización incrementaron el intercambio de datos personales entre empresas privadas y autoridades públicas, en una escala sin precedentes, y esta circunstancia impone un marco más sólido y coherente para la protección de las personas físicas.

En el ámbito iberoamericano, no podemos relegar la Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico (en adelante, CIGE) aprobada por la IX Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado, en 2007, y consensuada por 21 países²¹², entre ellos, Brasil y España. Dicho documento internacional reconoce el derecho de los ciudadanos de relacionarse electrónicamente con sus Gobiernos y AAPP, como también establece las bases fundamentales de implantación del Gobierno electrónico²¹³.

²¹² La Carta Iberoamericana de Gobierno electrónico fue firmada por los siguientes países: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, España, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Portugal, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

²¹³ La Carta Iberoamericana de Gobierno electrónico considera las expresiones Administración electrónica y Gobierno electrónico como sinónimas, conforme su apartado tres que así dispone: *“A los efectos de la presente Carta Iberoamericana se entienden las expresiones de ‘Gobierno Electrónico’ y de ‘Administración Electrónica’ como sinónimas, ambas consideradas como el uso de las TIC en los órganos*

La CIGE subraya, en su preámbulo, que no pretende solamente reconocer la necesidad de facilitar al ciudadano sus relaciones con las AAPP, sino también impulsar el desarrollo de la sociedad de la información y conocimiento a través de las actividades administrativas.

En el año de 2008, se aprueba la Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión Pública (en adelante, CICGP), que se fundamenta en la satisfacción del ciudadano y en la gestión pública orientada para los resultados. Este documento internacional complementa los propósitos de la CIGE, en la medida que propone la adopción de estrategias de innovación, racionalización y mejora de la gestión pública de las naciones iberoamericanas.

Siguiendo la línea de las Cartas de 2007 e 2008, en el año de 2020, se aprueba la Carta Iberoamericana de Innovación en la Gestión Pública (en adelante, CIIGP). La CIIGP tiene como objetivo principal definir las bases conceptuales y prácticas que sustentan la innovación, enriqueciendo la gobernanza y el buen gobierno en el contexto Iberoamericano. Bajo la perspectiva de la innovación, temas conectados a la tecnología como la inteligencia artificial y la robótica ingresan en el debate de la reestructuración administrativa, exigiendo de las AAPP más transparencia, participación y gobernanza.

Con efecto las políticas de gobierno electrónico representan más que un cambio de soporte para la actuación administrativa. En realidad, estas políticas son una etapa necesaria al proceso de modernización y apertura del Estado y de las Administraciones en el marco de la sociedad de la información y conocimiento.

4.2.2. *Gobierno Abierto*

Observamos que, en la última década, los instrumentos normativos relacionados a la modernización de la AP, dictados en los distintos ámbitos, despliegan no solamente principios y fundamentos de Administración electrónica, sino avanzan y propugnan el cambio de los valores de la AP. Esta normativa contemporánea está más allá de la

de la Administración para mejorar la información y los servicios ofrecidos a los ciudadanos, orientar la eficacia y eficiencia de la gestión pública e incrementar sustantivamente la transparencia del sector público y la participación de los ciudadanos. Todo ello, sin perjuicio de las denominaciones establecidas en las legislaciones nacionales”.

modificación de las estructuras administrativas y de los procesos de trabajo y busca fomentar medidas y estrategias de Gobierno Abierto.

El Gobierno Abierto puede ser definido como un conjunto de práctica por las cuales gobiernos democráticos se relacionan con los ciudadanos, proporcionándoles más transparencia y participación, a través de la apertura de los datos públicos, incidencia en la toma de decisiones, ejercicio del control social y colaboración con el sector público. Es decir que el Gobierno Abierto propone más que impulsar la utilización de los recursos tecnológicos para modernizar la Administración pública, intenta repensar sus valores y dogmas. Por eso CALDERÓN y LORENZO diferencian *‘Administración electrónica’* de *‘Gobierno Abierto’*²¹⁴.

Por tanto, el Gobierno Abierto pretende más que un simple cambio de soporte para la actuación administrativa, sino una profunda transformación de la forma de relacionamiento entre la AP y los administrados. Por ello, NEMIROVSCI afirma que *“no hay relación mejorada sin una urgente y profunda mutación cultural que permita incorporar los modernos instrumentos de la comunicación en la práctica interfaz entre administradores públicos y públicos que no administran”*²¹⁵.

Los modelos de gestión basados en la idea de Gobierno Abierto no exigen solamente transparencia y rendición de cuentas, sino también imponen la adopción de una participación social más profundizada. Es decir que no es bastante viabilizar espacios administrativos para la manifestación de los administrados, hay que posibilitar la participación activa en el proceso de formación de la decisión gubernamental.

En Brasil, el fomento a la transparencia está directamente conectado con el desarrollo de medidas de combate a la corrupción. La Ley Complementar n. 101, de 04 de mayo de 2000, por ejemplo, considera la transparencia un instrumento idóneo a la

²¹⁴ Según CALDERÓN y LORENZO *“cuando hablamos de e-administración nos referimos a la aplicación de las TIC y sus herramientas a los procedimientos administrativos preexistentes, es decir, no estamos hablando de cambios en los valores o procedimientos, sino de pura tecnología. No repensamos la administración, solo tecnificamos procesos. El e-government no transforma la sociedad, simplemente –y no es poco– hace más fácil la vida a los ciudadanos. Por el contrario cuando hablamos de Open Government estamos hablando fundamentalmente de valores, hablamos de repensar administraciones y gobiernos, sus procedimientos y sus dogmas”*. Cfr. CALDERÓN, C.; LORENZO, S. *Open Government. Gobierno Abierto*. Jaén: Algón Editores MMX, 2010. p.14.

²¹⁵ Cfr. NEMIROVSCI, O. “Un cambio cultural”, en CALDERÓN, C.; LORENZO, S. *Open Government. Gobierno Abierto*. Jaén: Algón Editores MMX, 2010, p.91.

prevención de riesgos a la gestión fiscal. Es decir que la transparencia es una herramienta eficaz en la lucha contra la corrupción en la AP.

La Ley Federal n. 12.527, de 18 de noviembre de 2011, que reglamenta el acceso a la información pública (en adelante, LAI) previsto en el artículo quinto de la Constitución Federal de 1988, avanza, una vez que la transparencia no es considerada solamente un instrumento de enfrentamiento a la corrupción, sino un derecho fundamental de la ciudadanía²¹⁶. Bajo esta perspectiva la idea de transparencia registrada en la LAI se aproxima del concepto de gobierno abierto.

En España, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, amplía y profundiza las obligaciones de publicidad activa de la AP, superando las debilidades de las regulaciones sectoriales. La exposición de motivos de dicha ley subraya su triple alcance: incremento y refuerzo a la transparencia en la actividad pública, el establecimiento de políticas de buen gobierno y el reconocimiento y la garantía al acceso a la información. Observamos que la Ley de transparencia española conforma las políticas de gobierno abierto en la medida que concibe el derecho de acceso a la información pública como herramienta catalizadora de la participación del ciudadano en los asuntos públicos y del desarrollo social y económico.

Las AAPP, seguramente, tienen un rol importante en la ampliación de la participación de los administrados en los asuntos públicos. En este contexto, la tecnología es, sin duda, un facilitador en la construcción de estas redes participación individual o colectiva, incrementando la calidad de la democracia²¹⁷.

²¹⁶ Importante registrar el siguiente fragmento de la exposición de motivos de la Ley 12.527, de 18 de noviembre de 2011: “*A garantia do direito de acesso a informações públicas como regra geral é um dos grandes mecanismos da consolidação dos regimes democráticos. O acesso à informação pública, além de indispensável ao exercício da cidadania, constitui um dos mais fortes instrumentos de combate à corrupção. O anteprojeto em questão figura, portanto, como mais uma medida adotada pelo Governo Federal como o objetivo de promover a ética e ampliar a transparência no setor público. (...) O acesso à informação pública, portanto, como expressão de transparência pública, deve não apenas compreender a acessibilidade das informações, mas, também, a garantia de que o ambiente onde são geradas tais informações não seja contaminado por ações de corrupção, abusos e desmandos. Finalmente, cumpre notar que o tratamento do direito de acesso à informação como direito fundamental é um dos requisitos para que o Brasil aprofunde a democracia participativa, em que não haja obstáculos indevidos à difusão das informações públicas e a sua apropriação pelos cidadãos*”.

²¹⁷ Según BLOMGREN BINGHAM, la tecnología es un elemento importante para el desarrollo de las políticas de gobierno abierto, ya que “*technology is expanding the possibilities for public participation across the range of agency work*”. También señala que “*Collaborative governance is already in use at the local, regional, state, national, and transnational levels of government. It provides an alternative to adversarial governance based on interest group politics. It may provide ways for the public and*

Las nuevas prácticas de gobernanza y gestión administrativa estimulan la adopción de las TIC para el fortalecimiento de la transparencia, rendición de cuentas y participación. Es decir que los valores del Estado social y Democrático de Derecho pueden ser concretados a través del uso de la tecnología, reestructurando los modelos de gestión y organización administrativa. Por ello, RAMIÓ sostiene que la implantación de las tecnologías inteligentes en el sector público es una oportunidad para lograr el buen gobierno y la buena administración, pues ellas añaden más inteligencia y transparencia institucional, como también optimizan los procesos de decisión y control²¹⁸. Es decir que las nuevas tecnologías añaden valor social a la gestión gubernamental.

Como hemos visto, las TIC son fundamentales para el desarrollo de esta nueva metodología de gobernanza, que tienen como premisa el fomento a la participación ciudadana. Sin embargo, para que los valores del Estado social y democrático de Derecho sean garantizados, la AP tiene que enfocarse en la inclusión digital²¹⁹.

El planteamiento de CORVALÁN también sigue esta dirección cuando afirma que el derecho fundamental del ciudadano de relacionarse digitalmente con la Administración debe ser efectivo. No es suficiente adaptar el gobierno y la Administración al expediente digital, a la web y a las redes sociales para transformar la vinculación del poder público con las personas, hay que promover el desarrollo de una tecnología social e inclusiva²²⁰.

En cuanto al tema, el Informe sobre el Desarrollo Mundial de 2016 del Banco Mundial plantea que los cambios generados por las tecnologías digitales pueden traer la oportunidad de desarrollo, desde que se tenga atención a la necesidad de combatir a la brecha digital²²¹. Es decir que el desarrollo tecnológico en el ámbito de la AP tiene que

stakeholders to partner with government to solve problems and further the collective good". Cfr. BLOMGREN BINGHAM, L. B. The Next Generation of Administrative Law: Building the Legal Infrastructure for Collaborative Governance. *Wisconsin Law Review*, 2010, p. 331 y 348.

²¹⁸ Cfr. RAMIÓ, C. (2019). Op. cit. p.73.

²¹⁹ VID. BONILLA, M. H. S.; OLIVEIRA, P. C. S. D. "Inclusão digital: ambiguidades em curso", en BONILLA, M. H. S.; PRETTO, N.D.L. *Inclusão digital: polêmica contemporânea*. Salvador: EDUFBA, v. 2, 2011.

²²⁰ Cfr. CORVALÁN, J. G. Administración Pública digital e inteligente: transformaciones en la era de la inteligencia artificial. [en línea]. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 8, n. 2, mayo/ago. 2017, p. 30. [consulta: 30 enero 2020]. DOI: 10.7213/rev.Dir.econ.soc.v8i2.19321.

²²¹ En este mismo informe, el Banco Mundial también señala la necesidad de ampliación del acceso a la tecnología, sobre todo entre los más pobres para la promoción del desarrollo cuando dispone que "aún son muchos los que quedan relegados porque no tienen acceso a las tecnologías digitales. Quienes viven en la pobreza extrema son los que más beneficios pueden obtener con una mejora en las comunicaciones y con la ampliación en el acceso a la información. Casi 6000 millones de personas no tienen Internet de alta velocidad, por lo que no pueden participar plenamente en la economía digital. Para lograr el acceso

ser sostenible e integrador, generando participación y colaboración que respeta la diversidad y la pluralidad²²².

¿Como ampliar la participación ciudadana y la transparencia a través de los recursos digitales cuando existen millones de excluidos digitales? La brecha digital constituye un serio riesgo a las políticas de Gobierno Abierto y de Democracia digital. Según los datos de 2019 del “*Measuring Digital Development: Facts and figures 2020 - ITU*”, en los países desarrollados 87% de la población tiene acceso a la internet, al paso que en los países menos desarrollados solo 19% de la población tiene acceso a este recurso²²³. Por ello, KRÜGER afirma que “*los riesgos de exclusión social en la sociedad del conocimiento están relacionados con el acceso a la información y al conocimiento, y con los efectos de la globalización socioeconómica*”²²⁴.

El Informe del secretario general de la Organización de las Naciones Unidas, de 29 de mayo de 2020, denominado de “Hoja de ruta para la cooperación digital: aplicación de las recomendaciones del Panel de Alto Nivel sobre la Cooperación Digital”, no solo apunta los beneficios de las tecnologías digitales, sino llama la atención para las desigualdades que estos medios pueden proporcionar o amplificar, sean de carácter social, económico o cultural²²⁵.

universal a estas tecnologías, debemos invertir en infraestructura e implementar reformas que generen mayor competencia en los mercados de las telecomunicaciones, promuevan las asociaciones público-privadas y den como resultado una regulación eficaz. En el informe se concluye que no será posible hacer realidad todos los beneficios de la transformación de la información y las comunicaciones a menos que los países continúen mejorando el clima para los negocios, invirtiendo en la educación y la salud de su población y promoviendo el buen gobierno”. Cfr. BANCO MUNDIAL. (2016). Op. cit., p. V.

²²² El Banco Mundial también registra que las tecnologías son importantes para la ampliación de las capacidades del sector público, señalando que “*los Gobiernos prestan servicios que normalmente no son transables, no suelen tener escala y no están sujetos a la competencia del mercado. Por lo tanto, aumentar la eficiencia del sector público es tarea difícil, y podría esperarse que Internet brindara amplios beneficios en la prestación de tales servicios. Ciertamente hay muchos ejemplos en los que Internet ha incrementado las capacidades del sector público. La existencia de herramientas más adecuadas para comunicarse con los ciudadanos y brindar información también permite una mayor participación, a través de la inclusión en los programas gubernamentales de asistencia, o la retroalimentación a las autoridades públicas y la fiscalización de estas. Además, Internet ayuda a los ciudadanos a conectarse en línea y a organizarse para llevar adelante una acción colectiva y ejercer presión cuando el desempeño del Gobierno no satisface las expectativas de la población”*. Cfr. BANCO MUNDIAL. (2016). Op. cit. p. 16-17.

²²³ Datos disponibles en: <https://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Documents/facts/FactsFigures2020.pdf>. [en línea] [consulta: 10 enero 2021].

²²⁴ Cfr. KRÜGER, K. El concepto de sociedad del conocimiento. [en línea]. *Revista bibliográfica de geografía y ciencias sociales*, v. 683, n. 11, Barcelona: Universidad de Barcelona, 2006, p.08. [en línea] [consulta: 13 junio 2019]. Disponible en: <<http://www.ub.es/geocrit/b3w-683.htm>>.

²²⁵ Vid. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Asamblea General. “Hoja de ruta para la cooperación digital: aplicación de las recomendaciones del Panel de Alto Nivel sobre la Cooperación Digital”. [en línea]. *Informe del Secretario General de 25 de mayo de 2020*, p. 05. [consulta: 13 mayo

Asimismo, la pandemia del COVID-19 ha llamado la atención para la necesidad de garantizar la conectividad en tiempos de crisis, una vez que el acceso a internet ha proporcionado la continuidad de los servicios esenciales y el mantenimiento de muchos empleos. Por ello, el Informe del secretario general de la Organización de las Naciones Unidas, de 29 de mayo de 2020, plantea que el apoyo a los países en desarrollo tras la pandemia debe basarse en proporcionar herramientas digitales a esos países y a los grupos vulnerables, de manera que “*las actividades de recuperación construyan una infraestructura digital inclusiva que acelere el progreso para todos*”²²⁶.

Una de las recomendaciones del informe se relaciona a la conectividad digital, en el sentido que se debe proveer no solo banda ancha de internet y acceso a los equipos, sino los conocimientos digitales y el respecto a las necesidades de cada persona²²⁷. Es necesario subrayar que la brecha digital no está relacionada solamente a la privación del acceso a los mecanismos digitales y electrónicos, implica también en la falta de capacidad para la utilización de dichos recursos. En la medida que el Estado no fomenta la expansión del acceso a la tecnología y la adquisición de las competencias para utilizarla, parte de la población se queda aislada de sus beneficios, que, en la actualidad, están relacionados con los derechos de la ciudadanía²²⁸. Por lo tanto, las políticas de Administración electrónica y Gobierno abierto deben estar conectadas con las políticas de combate a la brecha digital²²⁹.

Sobre este tema, es importante señalar que en España la Ley Orgánica 03/2018, de 05 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, reconoce en su exposición de motivos no solo las oportunidades de las tecnologías digitales, sino sus riesgos, de manera que apunta el deber de los poderes públicos de hacer efectivos los derechos digitales de la ciudadanía. Por ello, en el artículo 97 de dicha ley,

2022]. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/74/821>. Véase también: SEREBRISKY, T. et al. *Infraestructura sostenible y digital para impulsar la recuperación económica post COVID-19 de América Latina y el Caribe: un camino hacia más empleo, integración y crecimiento*. Banco Interamericano de Desarrollo, 2020. [en línea] [consulta: 21 enero 2021]. Disponible en: <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Infraestructura-sostenible-y-digital-para-impulsar-la-recuperacion-economica-post-COVID-19-de-America-Latina-y-el-Caribe-Un-camino-hacia-m%C3%A1s-empleo-integracion-y-crecimiento.pdf>.

²²⁶ Ibid., p. 09.

²²⁷ Ibid., p.05.

²²⁸ Vid. KAKABADSE, A.; KAKABADSE, N. K.; KOUZMIN, A. ¿Reinventing the Democratic Governance Project through Information Technology? A Growing Agenda for Debate. *Public Administration Review*, Washington, v. 63, n. 1, p. 44-60, jan. /feb. 2003.

²²⁹ Vid. SILVEIRA, S. A. D. *Exclusão digital: a miséria na era da informação*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2001.

establece que las AAPP estatal y autonómicas combatirán la brecha digital a través de un “Plan de Acceso a Internet” y un “Plan de Actuación”²³⁰. Según BARRIO ANDRÉS, esta ley merece destaque por ser la primera vez que “*un Estado europeo garantizará por ley derechos digitales en todos los ámbitos individuales y colectivos afectados por la tecnología*”²³¹, además, dicha ley también “*impone obligaciones a los poderes públicos para posibilitar un acceso pleno de los ciudadanos a las herramientas y posibilidades tecnológicas*”²³².

Además, en España también se desarrolla el *Plan España Digital 2025 – Conectándonos al futuro*²³³ que tiene como uno de sus retos la reducción de la brecha digital, a través de la universalización de las competencias digitales básicas. Además, se busca también desarrollar competencias digitales en el ámbito laboral y del sistema de educativo, fomentando capacidades avanzadas y específicas.

Para el alcance de estos objetivos se apunta como medida la elaboración de una Carta de Derechos Digitales (en adelante, CDD). Según dicho plan, la CDD podrá eliminar las “*incertidumbres sobre la interpretación de determinados principios*” y también garantizar “*la disponibilidad de los recursos necesarios para que todas las personas puedan desarrollarse plenamente en un mundo digital*”²³⁴. El primero borrador de la CDD fue puesto en consulta pública para que la ciudadanía pudiera aportar sus contribuciones.

²³⁰ ESPAÑA. Ley Orgánica 03/2018, de 05 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales: “*Artículo 97. Políticas de impulso de los derechos digitales.1. El Gobierno, en colaboración con las comunidades autónomas, elaborará un Plan de Acceso a Internet con los siguientes objetivos :a) superar las brechas digitales y garantizar el acceso a Internet de colectivos vulnerables o con necesidades especiales y de entornos familiares y sociales económicamente desfavorecidos mediante, entre otras medidas, un bono social de acceso a Internet; b) impulsar la existencia de espacios de conexión de acceso público; y c) fomentar medidas educativas que promuevan la formación en competencias y habilidades digitales básicas a personas y colectivos en riesgo de exclusión digital y la capacidad de todas las personas para realizar un uso autónomo y responsable de Internet y de las tecnologías digitales. 2. Asimismo se aprobará un Plan de Actuación dirigido a promover las acciones de formación, difusión y concienciación necesarias para lograr que los menores de edad hagan un uso equilibrado y responsable de los dispositivos digitales y de las redes sociales y de los servicios de la sociedad de la información equivalentes de Internet con la finalidad de garantizar su adecuado desarrollo de la personalidad y de preservar su dignidad y derechos fundamentales.*”

²³¹ Cfr. BARRIO ANDRÉS, M. *Manual de derecho digital*. Primera edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, p. 170.

²³² BARRIO ANDRÉS, M. *Loc. cit.*

²³³ Vid. ESPAÑA. *Plan España Digital 2025 – Conectándonos al futuro*. [en línea]. Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital. [consulta: 19 septiembre 2020]. Disponible en: <https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2020/230720Espa%C3%B1aDigital_2025.pdf>.

²³⁴ *Ibid.*, p. 75.

Esta primera versión de la CDD contempla cinco categorías de derechos digitales, cuáles sean: derechos de libertad, derechos de igualdad, derechos del entorno laboral y empresarial, Derechos de participación y de conformación del espacio público y Derechos digitales en entornos específicos. Con efecto la CDD será un marco normativo importante y necesario para la protección de los derechos fundamentales en el ecosistema digital. Por ello BARRIO ANDRÉS señala que “*la transformación digital impacta de lleno en los derechos fundamentales de todas las personas*”²³⁵, de manera que “*resulta urgente introducir los cambios normativos para garantizar en el entorno digital los mismos derechos que en el entorno físico*”²³⁶.

En el ámbito europeo hay que señalar la propuesta de regulación digital del Parlamento Europeo, que es parte de la Estrategia Digital Europea (*Shaping Europe’s Digital Future*), desarrollada en dos iniciativas: *Digital Services Act* (en adelante, DSA) y *Digital Markets Act* (en adelante, DMA). Esta normativa de regulación digital tiene dos retos principales: proporcionar un espacio digital con seguridad, en el cual los derechos fundamentales de los usuarios son garantizados; y establecer condiciones equitativas para el desarrollo de la innovación y de la competitividad tanto en el mercado europeo como a nivel global²³⁷.

En Brasil, precisamos comentar el Decreto Federal n. 10.609, de 26 de enero de 2021, que instituyó la Política Nacional de Modernización del Estado y el Fórum Nacional de Modernización del Estado. Una de las directrices de la Política Nacional de Modernización del Estado (en adelante, PNME) es justamente promover la transformación digital de la gestión y de los servicios. Además, la PNME tiene como principios informadores: la centralidad en las necesidades de los ciudadanos, la simplificación normativa y administrativa, la confiabilidad en la relación Estado-

²³⁵ Cfr. BARRIO ANDRÉS, M. “Hacia una Carta de Derechos Digitales”, en *Legal Today por y para abogados*, de 26 de noviembre de 2020. [en línea] [consulta: 13 diciembre 2020]. Disponible en: <https://www.legaltoday.com/legaltech/nuevas-tecnologias/hacia-una-carta-de-derechos-digitales-2020-11-26/>.

²³⁶ Ibid.

²³⁷ Vid. UNIÓN EUROPEA. Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on a Single Market for Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC. Brussels, 15.12.2020 COM(2020) 825 final 2020/0361 (COD). [en línea] [consulta: 27 diciembre 2020]. Disponible en: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/proposal-regulation-european-parliament-and-council-single-market-digital-services-digital>. Vid. UNIÓN EUROPEA. Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act). Brussels, 15.12.2020 COM(2020) 842 final 2020/0374 (COD). [en línea] [consulta: 27 diciembre 2020] Disponible en: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/proposal-regulation-single-market-digital-services-digital-services-act_en.pdf.

ciudadano; la innovación gubernamental; la transparencia en la actuación del Estado; la efectividad de la gestión pública; la competencia de los sectores públicos y privados; y la perennidad de las iniciativas de la modernización. Es decir que la PNME, por lo menos teóricamente, asimila conceptos de gobierno abierto (transparencia, innovación, simplificación), enfatizando la necesidad de utilización de la tecnología y la centralidad en el ciudadano para la modernización de la AP.

Más recientemente, el Congreso Nacional brasileño aprobó la Ley Federal n. 14.129, de 29 de marzo de 2021, que dispone sobre los principios, reglas e instrumentos para el Gobierno electrónico y el incremento de la eficiencia pública. Esta ley trata de temas como: modernización de las AAPP a través de la tecnología; transparencia y control social; rendición de cuentas; simplificación de los procedimientos administrativos; protección de datos personales; acceso a la información pública; y promoción del desarrollo tecnológico y de la innovación en el sector público. No obstante, el intento del legislador de contribuir para la construcción de un nuevo perfil de AP a través de la tecnología y de los fundamentos de Gobierno abierto, la Ley Federal n. 14.129, de 29 de marzo de 2021 ha perdido la oportunidad de avanzar en temas como Inteligencia Artificial (en adelante, IA) y Big Data en el sector público.

Las políticas de gobierno abierto deben estar conectadas con la protección de los derechos fundamentales del ciudadano en el entorno digital. La pandemia del COVID-19 ha demostrado no solo la necesidad de transformación digital de la AP, sino la necesidad de protección de la ciudadanía. La exposición de motivos del DSA, por ejemplo, camina desde esta perspectiva en la medida que destaca que la pandemia ha mostrado no solo la dependencia de la economía y de la sociedad de los servicios digitales y sino los beneficios y los riesgos derivados del marco actual para el funcionamiento de la tecnología digital.

Tampoco podemos olvidar que la crisis generada por la pandemia ha demostrado la relevancia de la centralidad del poder público en la regulación de dificultades sociales y en la promoción de soluciones y estrategias sistémicas, como destacado en el Informe de Relatoría (Área 07) del XXV Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública²³⁸. Es decir que la incorporación de la tecnología

²³⁸ CLAD. Informe de Relatoría (Área 07) del XXV Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública. [en línea]. [consulta: 10 diciembre 2020]. Disponible en: <https://clad.org/wp-content/uploads/2020/12/Informe-de-relatoria-Area-7.pdf>.

y la participación de los distintos actores sociales en la AP no retiran el protagonismo estatal, en realidad, redimensiona este protagonismo para la satisfacción de las necesidades de la sociedad contemporánea.

Este nuevo posicionamiento de la AP frente a la sociedad sea en el contexto pre, post o pandémico, está basado en las directrices de gobierno abierto, que demanda una actuación transparente, flexible, corresponsable y de respeto a los derechos fundamentales de la ciudadanía. Por tanto, hay que desarrollar una AP proactiva e idónea al proveimiento de las necesidades sociales sin desestimar la sostenibilidad de sus actuaciones.

4.2.3. “Smartificación” de la Administración Pública

No obstante, los obstáculos puestos por la brecha digital, las nuevas tecnologías pueden contribuir efectivamente para la construcción de un nuevo modelo de gobernanza basado en el empoderamiento social, en la participación ciudadana, en el trabajo colaborativo y en la cogestión de servicios, como explica RAMÍO²³⁹.

Esta perspectiva también es empleada por CERRILLO I MARTÍNEZ cuando afirma que el modelo de gobernanza inteligente, en que se utiliza mecanismos de digitales, permite que las AAPP establezcan nuevos canales de relación con los administrados para obtener mejores resultados y rendición de cuentas²⁴⁰. Por tanto, las herramientas tecnológicas serían los instrumentos capaces de profundizar al máximo los conceptos de participación y colaboración.

Como bien identifica SUÁREZ XAVIER, la smartificación consiste en “*un proceso de renovación de las técnicas clásicas de funcionamiento de las inatituciones, que se basa en el fenómeno de ‘big data’ para emplear la inteligencia artificial, mediante el uso de algoritmos en las actividades que realiza*”²⁴¹. Por ello, CAMPOS ACUÑA, destaca que

²³⁹ Cfr. RAMÍO, C. (2019). Op. cit. p. 47.

²⁴⁰ Cfr. CERRILLO I MARTÍNEZ, A. El impacto de la inteligencia artificial en el derecho administrativo nuevos conceptos para nuevas realidades técnicas. *Revista General de Derecho Administrativo*, n.50, enero 2019.

²⁴¹ Cfr. SUÁREZ XAVIER, P.R. *Reconocimiento Facial y Policía Predictiva: Entre Seguridad y Garantías Procesales*. A Coruña: Editorial Colex, 2022, p.27. Sobre los algoritmos, es importante destacar que el primer autor español a introducir el estudio de los algoritmos al Derecho Administrativo ha sido HUERGO LORA. Según dicho autor, “*los ‘procedimientos’ administrativos o judiciales son, al menos en cierto modo, algoritmos, en la medida en que se componen de pasos dotados de un contenido determinado, que han de*

“la digitalización de la gestión pública permite avanzar en una de las tendencias de futuro que debería estar ya presente como es la reutilización de la información y gestión de datos, pues las Administraciones Públicas generan y tienen a su disposición una masiva cantidad de datos”²⁴². Por tanto, por medio de la smartificación, las instituciones públicas se hacen inteligentes, ya que utilizan mejor los datos oriundos de su propia actividad, así como los datos externos²⁴³.

La IA es el elemento fundamental para el desarrollo del fenómeno de smartificación²⁴⁴. La Enciclopedia de la Inteligencia Artificial conceptúa la IA como “un campo de la ciencia y de la ingeniería que se ocupa de la comprensión, desde el punto de vista informático, de lo que se denomina comúnmente como comportamiento inteligente. También se ocupa de la creación de artefactos que exhiben este comportamiento”²⁴⁵. El concepto adoptado por VIDA FERNÁNDEZ sigue esta línea, en la medida que define la IA como “una rama de la informática que estudia y desarrolla sistemas capaces de realizar tareas propias de la inteligencia humana, en particular, comportarse de manera autónoma”²⁴⁶. Desde un punto de vista más pragmático, podemos decir que la IA sería el conjunto de sistemas informáticos que pueden simular la inteligencia humana.

seguirse para llegar a una solución (la resolución o acto final del procedimiento)”. Cfr. HUERGO LORA, A. J. El uso de algoritmos y su impacto en los datos personales. [en línea]. *Revista De Derecho Administrativo*, n.20, nov./2021, p. 167. [consulta: 10 mayo 2022]. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/25207>. Véase también: HUERGO LORA, A. J. “Una aproximación a los algoritmos desde el derecho administrativo”, en DÍAZ GONZÁLEZ, G. M.; HUERGO LORA, A. J. (dir.). *La regulación de los algoritmos*. Navarra: Aranzadi, 2020, pp. 23-87.

²⁴² Cfr. CAMPOS ACUÑA, C. “Administración Digital e inteligencia artificial: ¿un nuevo paradigma del Derecho Público?”, en RAMIÓ, C. (Coord.). *Repensando la Administración Pública. Administración digital e innovación pública*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 2021, p. 101.

²⁴³ Sobre el tema véase: BARONA VILAR, S. *Algoritmización del Derecho y de la Justicia: De la Inteligencia Artificial a la Smart Justice*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021. Y también: SUÁREZ XAVIER, P.R. *Gobernanza, Inteligencia Artificial y Justicia Predictiva: los retos de la Administración de Justicia ante la Sociedad en Red*. (Tesis Doctoral). [en línea]. Málaga: Universidad de Málaga, 2020. [consulta: 10 abril 2022]. Disponible en: <https://riuma.uma.es/xmlui/handle/10630/20979>.

²⁴⁴ La IA constituye un desarrollo tecnológico relativamente reciente. Según FREITAS Y BELLINI FREITAS el primer marco sobre IA es el artículo “Computing machinery and intelligence”, publicado por Alan Turing, en 1950. Los citados autores brasileños también señalan, que, por otro lado, la expresión ‘inteligencia artificial’ es atribuida a John McCarthy que convocó un ciclo de estudios sobre este tema en 1956. Vid. FREITAS, J.; BELLINI FREITAS, T. *Direito e Inteligência Artificial: em defesa do humano*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2020, pp. 21-22. VIDA FERNÁNDEZ, por su vez, señala que “el origen de la IA se remonta a mediados del siglo pasado con la aparición en 1952, de la mano de Arthur Samuel, del primer programa de ordenador capaz de aprender a jugar a las damas mejorando en cada partida”. Cfr. VIDA FERNÁNDEZ, J. “Los retos de la regulación de la inteligencia artificial: algunas aportaciones desde la perspectiva europea”, en DE LA QUADRA SALCEDO, T.; PIÑAR MAÑAS, J. L. (Dir.), *Sociedad Digital y Derecho*, Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2018, p. 206.

²⁴⁵ Cfr. SAPHIRO, S.C. *Encyclopedia of Artificial Intelligence*. Ed. John Wiley & Sons. Nueva York, 1992, p.34.

²⁴⁶ Cfr. VIDA FERNÁNDEZ, J. (2018). Op. cit., p. 206.

Según CORVALÁN, “la inteligencia artificial se sustenta en algoritmos inteligentes o en algoritmos de aprendizaje que, entre muchos otros fines, se utilizan para identificar tendencias económicas o recomendaciones personalizadas”²⁴⁷. FREITAS y BELLINI FREITAS comprenden la IA como “un sistema algorítmico adaptable, relativamente autónomo, emulador de la decisión humana”²⁴⁸. Por tanto, la IA permite el análisis masivo de datos a partir de los parámetros del *big data*²⁴⁹ y la utilización de algoritmos que permiten ofrecer respuestas automatizadas y predicciones.

Por ello, BARRIO ANDRÉS subraya que “la IA es un término genérico o superconcepto que engloba diversas tecnologías inteligentes con importantes aspectos comunes y estrechamente interrelacionados entre sí, si bien algunas de ellas están adquiriendo sustantividad propia como disciplinas científicas”²⁵⁰. Por tanto, podemos destacar, básicamente, tres clases de IA: aprendizaje automático (*machine learning*), en el cual los algoritmos facilitan a los sistemas la capacidad de aprender y mejorar automáticamente a través de la experiencia; aprendizaje profundo (*deep learning*), en el cual el algoritmo aprende a realizar actividades de clasificación directamente a partir de imágenes, texto o sonido, utilizando redes neuronales artificiales; y procesamiento del lenguaje natural (NLP, por sus siglas en inglés), que permite que los ordenadores puedan interpretar, entender y manipular el lenguaje humano.

La IA, en el sector público, puede representar una mejora cualitativa de las decisiones y la construcción de protocolos preventivos más eficientes²⁵¹. Por tanto, en este escenario, la IA surge como una oportunidad de renovación institucional y

²⁴⁷ Cfr. CORVALÁN, J. G. (2017). Op. cit., p.55.

²⁴⁸Cfr. FREITAS, J.; BELLINI FREITAS, T. (2020). Op. cit., p. 30.

²⁴⁹ Cfr. CERRILLO i MARTÍNEZ, A. Datos masivos y datos abiertos para una gobernanza inteligente. *El profesional de la Información*, vol. 27, núm. 5, 2018, p. 1128-1135.

²⁵⁰ Cfr. BARRIO ANDRÉS, M. (2020). Op. cit., p. 58.

²⁵¹ PONCE SOLÉ señala que el uso del Big Data y de la IA contribuyen para la buena administración y buen gobierno, en la medida que permiten mejorar las políticas públicas y las decisiones de la Administración pública. No obstante, estas nuevas tecnologías de la información y comunicación, en el contexto de la Administración pública, deberán siempre ser un servicio direccionado a la satisfacción de los intereses generales. Vid. PONCE SOLÉ, J. Inteligencia artificial, Derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico. *Revista General de Derecho Administrativo*, Iustel, n. 50, enero 2019. VALERO TORRIJOS, por su vez, señala que cada vez más las Administraciones públicas utilizan el tratamiento intensivo y masivo de los datos que genera la posibilidad de implantación de sistemas automatizados capaces de adoptar decisiones que afectan a sujetos concretos y esto implica en la necesidad de redefinición de las garantías jurídicas. Vid. VALERO TORRIJOS, J. Las garantías jurídicas de la Inteligencia Artificial en la actividad administrativa desde la perspectiva de la buena administración. [en línea]. *Revista Catalana de Dret Públic*, p. 82-96, julio, 2019. [en línea] [consulta: 10 enero 2021]. DOI: <http://dx.doi.org/10.2436/rcdp.i58.2019.3307>. Disponible en: <<http://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rcdp/article/view/10.2436-rcdp.i58.2019.3307>>.

organizativa de la AP capaz de salvaguardar la integridad de los derechos y libertades y de mejorar la relación ciudadano-Administración. Por eso el Libro Blanco de la Inteligencia Artificial de la UE indica la promoción del uso de los sistemas de IA por el sector público como uno de sus objetivos²⁵².

El Plan Coordinado sobre la Inteligencia Artificial, por su vez, reconoce que las aplicaciones de IA pueden contribuir para una mejora significativa de los servicios y políticas públicas²⁵³. Esto porque estas aplicaciones pueden incrementar la calidad y la consistencia de los servicios públicos prestados, mejorar el diseño y la aplicación de políticas públicas, mejorar la eficiencia y eficacia de la contratación pública, permitir intervenciones más eficientes y específicas y otras medidas.

Por otro lado, la utilización de estas herramientas digitales, en el ambiente público, puede representar riesgos a los ciudadanos. Cuestiones de naturaleza ética, relativas al respeto a los derechos fundamentales y a la dignidad de la persona humana, deben ser consideradas en el proceso de transformación digital de las AAPP²⁵⁴. Por ello VALERO TORRIJOS señala que esta categoría de tecnología, dotada de elevado potencial analítico que incide sobre personas, bienes y valores, impone la aportación de garantías desde el enfoque de la ética²⁵⁵. Este es el sentido empleado por el Libro Blanco sobre la IA cuando subraya que la IA europea debe asentarse en los valores europeos y derechos fundamentales como la dignidad humana y la protección de la privacidad²⁵⁶. Es decir, para la utilización de la IA no podemos renunciar a las salvaguardas del Estado de Derecho²⁵⁷.

²⁵² Vid. UNIÓN EUROPEA. *Libro Blanco sobre la inteligencia artificial - un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza*. [en línea]. Bruselas: Comisión Europea, 2020, p. 02-03. [en línea] [consulta: 10 enero 2020]. Disponible en: <<https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/aace9398-594d-11ea-8b81-01aa75ed71a1>>.

²⁵³ Vid. UNIÓN EUROPEA. COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES. Plan Coordinado sobre la Inteligencia artificial. Bruselas: Comisión Europea, 2018. COM(2018) 795 final. [en línea] [consulta: 15 junio 2020]. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52018DC0795>.

²⁵⁴ Vid. DE LA SIERRA MORÓN, S. Inteligencia artificial y justicia administrativa: una aproximación desde la teoría del control de la Administración Pública. *Revista General de Derecho Administrativo*, IUSTEL, n. 53, 2020.

²⁵⁵ Cfr. VALERO TORRIJOS, J. (2019). Op. cit., p. 86.

²⁵⁶ Vid. UNIÓN EUROPEA. (2020). Op. cit. p. 02.

²⁵⁷ Vid. MARTÍNEZ, R. “Inteligencia Artificial, Derecho y Derechos Fundamentales”, en DE LA QUADRA SALCEDO, T.; PIÑAR MAÑAS, J. L. (Dir.), *Sociedad Digital y Derecho*, Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2018, p. 270.

MARTÍNEZ llama la atención para la necesidad de definición de los pilares básicos para el desarrollo de las políticas públicas y de la normativa en materia de IA²⁵⁸. Según el autor español, el principio de dignidad de la persona humana y las garantías de los derechos fundamentales constituyen los límites al desarrollo de la tecnología²⁵⁹. Es importante señalar que la regulación de la IA, necesaria en un Estado de Derecho, no paraliza la innovación, solamente establece límites razonables al desarrollo de la tecnología sin menoscabar derechos y garantías fundamentales.

En el sector público, la aplicación de la IA conlleva más dificultades, mucho debido a las singularidades del Derecho Público. Por ello se debe tener especial atención a los derechos difusos y colectivos, que pueden ser objeto de vulneración por los tratamientos algorítmicos. Estos pueden generar riesgos al principio democrático, al derecho a la información veraz, como también a la defensa de determinados colectivos. Por eso que VALERO TORRIJOS plantea que el análisis de los riesgos y del impacto del proceso de transformación digital de las AAPP está más allá de la perspectiva de los derechos y libertades individuales, hay que direccionarse también para la adecuada defensa de los grupos y los intereses colectivos²⁶⁰.

Los estudios del Parlamento Europeo denominados “*The impact of General Data Protection Regulation (GDPR) on Artificial Intelligence*”²⁶¹ y “*Artificial Intelligence and Law Enforcement – Impact on Fundamental Rights*”²⁶², llaman la atención para estos puntos, cuando examinan los impactos de la IA en los derechos fundamentales. La utilización de la IA por el sector público puede generar, por ejemplo, la posibilidad de interferencia en el proceso democrático, como también la afectación al derecho de información y a la libertad de expresión, a través del control del comportamiento de los ciudadanos. Por lo tanto, es necesario el desarrollo de regulaciones para el tratamiento

²⁵⁸ Cfr. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. Loc. cit.

²⁵⁹ Cfr. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. Loc. cit.

²⁶⁰ Cfr. VALERO TORRIJOS, J. (2019). Op. cit., p. 88.

²⁶¹ Vid. UNIÓN EUROPEA. Parlamento Europeo. “The impact of General Data Protection Regulation (GDPR) on Artificial Intelligence”. (Estudio). *Panel para el futuro de la ciencia y tecnología*. Servicio de Investigación del Parlamento Europeo (EPRS), PE 641.530 – June 2020. [en línea] [consulta: 19 septiembre 2020]. Disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/641530/EPRS_STU\(2020\)641530_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/641530/EPRS_STU(2020)641530_EN.pdf).

²⁶² Vid. UNIÓN EUROPEA. Parlamento Europeo. (Estudio). “Artificial Intelligence and Law Enforcement – Impact on Fundamental Rights”. Departamento Temático de Derechos de los Ciudadanos y Asuntos Constitucionales, PE 656.295 – Julio 2020. [en línea] [consulta: 19 septiembre 2020]. Disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/656295/IPOL_STU\(2020\)656295_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/656295/IPOL_STU(2020)656295_EN.pdf).

algorítmico no solo en una perspectiva individual, sino también con vistas a garantizar intereses de carácter general.

La propuesta de regulación de los servicios digitales en el ámbito de la Unión Europea, el *DSA*, de cierta manera presenta regulaciones para el uso de la IA, en la medida que establecer mayores niveles de transparencia y redición de cuentas sobre como proveedores de plataformas digitales moderan el contenido, la publicidad y los procesos algorítmicos²⁶³.

Aún en el ámbito de la UE, Comisión Europea ha hecho una propuesta de Reglamento (UE) sobre el marco jurídico aplicable a los sistemas de IA²⁶⁴. En esta propuesta la Comisión Europea pretende establecer reglas para el uso y desarrollo de los sistemas de IA de forma ética y segura. El marco jurídico propuesto por la Comisión Europa también se aplicará a agentes públicos de manera que las Administraciones públicas deberán ajustar sus sistemas a esta normativa que visa garantizar derechos fundamentales.

La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (en adelante, UNESCO) también ha trabajado en la elaboración del primer instrumento normativo mundial sobre la ética de la inteligencia artificial en forma de recomendación²⁶⁵. El texto se centra en la necesidad del reconocimiento de cuestiones éticas en el desarrollo de la IA que exigen de los países la elaboración de marcos jurídicos y reguladores de los sistemas de IA. Por tanto, el principal objetivo de la recomendación de la UNESCO es proporcionar un marco global de valores, principios y acciones para direccionar los países en la formulación de su normativa interna relativa a IA,

²⁶³ El artículo 12 del *DSA* dispone que: *“Providers of intermediary services shall include information on any restrictions that they impose in relation to the use of their service in respect of information provided by the recipients of the service, in their terms and conditions. That information shall include information on any policies, procedures, measures, and tools used for the purpose of content moderation, including algorithmic decision-making and human review. It shall be set out in clear and unambiguous language and shall be publicly available in an easily accessible format”*.

²⁶⁴ Vid. UNIÓN EUROPEA. COMISIÓN EUROPEA. Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL LAYING DOWN HARMONISED RULES ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE (ARTIFICIAL INTELLIGENCE ACT) AND AMENDING CERTAIN UNION LEGISLATIVE ACTS COM/2021/206 final. [en línea] [consulta: 14 julio 2021]. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52021PC0206>.

²⁶⁵ El informe preliminar y primer proyecto de Recomendación fueron transmitidos a los Estados Miembros para la formulación de comentarios escritos para que después se elabore el informe y versión final de la recomendación para la presentación en la Conferencia General de la UNESCO a finales de 2021. El texto de la primera versión del proyecto de recomendación sobre la Ética de la Inteligencia Artificial está disponible en: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000373434_spa. [en línea] [consulta: 27 diciembre 2020].

garantizando los derechos humanos, las libertades fundamentales y el medio ambiente en todas las etapas del ciclo de vida de los sistemas de IA.

El CLAD también está desarrollando, en el ámbito de Iberoamérica, instrumentos normativos relacionados a las tecnologías emergentes y disruptivas, como la IA. En octubre de 2020, el CLAD publicó la CIIGP, que tiene como objetivo principal impulsar los pilares y principios de innovación inteligente en el contexto de las Administraciones públicas iberoamericanas. En cuanto a la IA, la CIIGP destaca que el desarrollo de esta tecnología disruptiva debe tanto garantizar su accesibilidad a los ciudadanos como al estricto cumplimiento de las normativas en protección de datos personales.

En España, hay que señalar la Estrategia Española de I+D+I en Inteligencia Artificial, que establece una serie de prioridades y recomendaciones que serán enmarcadas en la nueva Estrategia Española de Ciencia, Tecnología e Innovación (EECTI) 2021-2028²⁶⁶. La exposición de motivos señala la importancia del uso de la IA en las AAPP, en especial en los servicios públicos, destacando también la necesidad de prevenir y solventar los riesgos relativos a la transparencia de los algoritmos y modelos y la manipulación de los comportamientos, promoviendo un uso ético de la tecnología²⁶⁷.

²⁶⁶ La Estrategia marca las siguientes prioridades: “I. Lograr una estructura organizativa que permita desarrollar un sistema de I+D+I en IA y medir su impacto; II. Establecer áreas estratégicas en las que es necesario centrar los esfuerzos de las actividades de I+D+I. III; Facilitar la transferencia del conocimiento y su retorno a la sociedad; IV. Planificar las acciones de formación y profesionalización en el ámbito de la IA; V. Desarrollar un ecosistema digital de datos y valorizar las infraestructuras disponibles; VI. Analizar la ética de la IA desde la perspectiva de la I+D+I”. En cuanto a las recomendaciones, la Estrategia realiza las siguientes: “I. Lanzar una Estrategia Nacional para la IA que permita el desarrollo e implementación de medidas específicas dirigidas a los sectores estratégicos nacionales. La evaluación y seguimiento de dichas medidas podrá ser realizada a través de un Observatorio Español de la IA; II. Aprovechar la IA para alcanzar los objetivos marcados en la Agenda 2030; III. Diseñar e Implementar actuaciones específicas que impulsen la transferencia de conocimiento al entorno socioeconómico; IV. Lanzar o adaptar los programas de fomento de vocaciones, no limitado a la I+D, así como la atracción, retención y recuperación de talento dirigidas a la IA; V. Usar la IA para garantizar un uso óptimo de los datos abiertos. Crear un Instituto Nacional de Datos que permita planificar y definir una gobernanza sobre los datos procedentes de los diferentes niveles de la Administración Pública; VI. Detectar las necesidades de adaptación y mejora de competencias en los distintos niveles de nuestro sistema educativo; VII. Velar porque todas las actividades e iniciativas derivadas de los marcos estratégicos enfocados al desarrollo de la IA, así como sus resultados cumplen con los compromisos éticos, legales y sociales de nuestro país y de nuestro entorno europeo”. Vid. ESPAÑA. *Estrategia Española de I+D+I en Inteligencia Artificial*. Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, 2019. [en línea] [consulta: 18 junio 2020]. Disponible en: <http://www.ciencia.gob.es/stfls/MICINN/Ciencia/Ficheros/Estrategia_Inteligencia_Artificial_IDI.pdf>.

²⁶⁷ BELANDO GARÍN destaca que se intenta trasladar al ecosistema digital las garantías públicas del acto administrativo, lo que incluye todas las modalidades de IA. Sobre los algoritmos, la autora española llama la atención para la necesidad de la Administración conocer su contenido y funcionamiento para que sea posible garantizar la transparencia de las decisiones administrativas. Cfr. BELANDO GARÍN, B. “La respuesta europea para la supervisión de las FINTECH: avanzando hacia la *Smart Regulation*”, en

El Plan España Digital 2025, que es una agenda de transformación digital del Estado español, también propone impulsar la IA como motor de innovación y crecimiento económico social, inclusivo y sostenible. Para el alcance de estos objetivos hay que reconocer la necesidad de desarrollo de un marco ético y jurídico para la IA.

En Brasil, existen algunos proyectos, aislados, de órganos estatales que desarrollan el uso de la IA para mejorar la prestación de sus servicios. En el ámbito del Poder Judicial, por ejemplo, el STF ha puesto en marcha el proyecto VICTOR, cuyo objetivo es procesar previamente los recursos extraordinarios e identificar aquellos que estarían vinculados a los temas de repercusión general²⁶⁸ y el Superior Tribunal de Justicia avanza con el proyecto SÓCRATES que busca a través de IA perfeccionar el examen de demandas repetitivas²⁶⁹. El Tribunal de Cuentas de la Unión (en adelante, TCU) también ha desarrollado herramientas de IA para auxiliar las actividades del control externo, como los robots ALICE, SOFIA y MONICA²⁷⁰. El Tribunal Superior del Trabajo (en adelante, TST) ha desarrollado la herramienta “*Bem-Te-Vi*” que gerencia procesos judiciales con IA.

Sobre IA, impone registrar algunos actos del CNJ. Primero, la Resolución n. 296, de 19 de septiembre de 2019, que instituye la Comisión Permanente de Tecnología de la Información e Innovación, cuya competencia es gestionar la política pública de inserción de nuevas tecnologías en el Poder Judicial Brasileño. Después, se publicó la Resolución n. 332, de 21 de agosto de 2020, que versa sobre la producción y el uso de la IA en el Poder Judicial. Según dicha resolución, los fallos judiciales apoyados en herramientas de IA deben preservar la igualdad, no discriminación, pluralidad y solidaridad. Más recientemente, en 18 de diciembre de 2020, se aprueba la Estrategia Nacional de

BELANDO GARÍN, B.; MARIMÓN DURÁ, R. (Dirs.). ANDRÉS SEGOVIA, B.; MARTÍ MIRAVALLS, J. (coords.). *Retos del Mercado Financiero Digital: Logros y Proyectos*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2021.

²⁶⁸ Vid. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. “Inteligência artificial vai agilizar a tramitação de processos no STF”. *Notícias STF*, 30 de maio de 2018. [en línea] [consulta: 11 mayo 2019]. Disponible en: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380038>>.

²⁶⁹ Vid. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA. “Revolução tecnológica e desafios da pandemia marcaram gestão do ministro Noronha na presidência do STJ”. *Notícias*, 23 de agosto de 2020. [en línea] [consulta: 02 octubre 2020]. Disponible en: <<http://www.stj.jus.br/sites/porta1p/Paginas/Comunicacao/Noticias/23082020-Revolucao-tecnologica-e-desafios-da-pandemia-marcaram-gestao-do-ministro-Noronha-na-presidencia-do-STJ.aspx>>.

²⁷⁰ Vid. SIMÕES GOMES, H. “Como as robôs Alice, Sofia e Monica ajudam o TCU a caçar irregularidades em licitações”, en *Portal G1*, 2018. [en línea] [consulta: 11 mayo 2019]. Disponible en: <<https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/como-as-robos-alice-sofia-e-monica-ajudam-o-tcu-a-cacar-irregularidades-em-licitacoes.ghtml>>.

Tecnologías de la Información y las Comunicaciones del Poder Judicial (en adelante, Entic-Jud), cuyo objetivo es promover la gobernanza ágil y la transformación digital del Poder Judicial por medio de servicios y soluciones digitales innovadores²⁷¹. Estos actos se complementan y buscan la modernización del Poder Judicial a través de la tecnología, que incluye la IA, con una preocupación con la transparencia, la seguridad de la información y la protección de los datos personales.

En el Parlamento Brasileño, están en curso tres proyectos de ley que buscan regular la IA. En la Cámara Federal de Diputados tramitó el Proyecto de Ley n. 21/2020, ahora en tramitación en el Senado Federal, que crea el marco legal para el uso y desarrollo de la IA. En el Senado están en curso los Proyectos de Ley n. 5051/2019, que establece los principios para el uso de la IA; y el 5691/2019, que instituyó la política nacional de IA. Todos los proyectos tienen por principio el desarrollo inclusivo y sostenible, como también el respeto a la ética, los derechos humanos, la protección de datos y la transparencia.

Más recientemente, el Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación ha instituido la Estrategia Brasileña de Inteligencia Artificial (en adelante, EBIA) y sus ejes temáticos a través de la Portaria GM n. 4.617, de 6 de abril de 2021. Por medio de la EBIA, se busca direccionar las acciones del Estado brasileño para el fortalecimiento de la investigación, desarrollo e innovaciones de soluciones de IA, como también su utilización ética. Además, se pretende garantizar, en el ámbito de la IA, la innovación en los ecosistemas productivo y social.

Sin embargo, todos los proyectos de regulación de la IA, sea en España, en Brasil, en el ámbito europeo o global, están enfocados en la construcción de un marco ético, que es necesario, pero no lo es suficiente para garantizar los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas. Por ello, FREITAS y BELLINI FREITAS subrayan que este *“movimiento meramente principiológico o exhortativo es relevante, pero insuficiente para ordenar la actuación de la IA”*²⁷². BARRIO ANDRÉS, por su vez, apunta que las normas existentes no son absolutamente idóneas a la regulación de la IA, ya que una

²⁷¹ Vid. Proceso n. 0010412-19.2020.2.00.0000. [en línea] [consulta: 21 enero 2020]. Disponible en: <https://www.cnj.jus.br/pjecnj/ConsultaPublica/DetailheProcessoConsultaPublica/listView.seam?ca=1bdd483ca911a0bcef1f7ea3f3da6bdd1ea7a8292a12b8d5>.

²⁷² Cfr. FREITAS, Juárez; BELLINI FREITAS, Thomas. (2020). Op. cit., p.92. (traducción propia).

regulación exclusivamente ética no sería suficiente a este propósito²⁷³. Es fundamental desarrollar una regulación multipolar de la IA, basada en fuentes públicas y privadas, para que tengamos una protección más efectiva de las personas con relación a los riesgos de la IA. Por tanto, aún nos queda un largo camino hacia una protección efectiva de las personas en el entorno digital.

Además, hay que señalar que la pandemia del COVID-19 potencializó los debates sobre la implementación de la IA en las AAPP²⁷⁴. Esto porque las medidas más efectivas de contención de la infección exigían la utilización de la tecnología, sea con la IA para la evaluación del avance de la pandemia o para la construcción de escenarios destinados a la orientación de la Administración pública en la toma de decisiones²⁷⁵. Por ello, XAVIER CABRAL reflexiona que la pandemia nos direcciona a tres constataciones fundamentales: primero, que teníamos mitos tecnológicos que no se justifican; segundo, que es necesario invertir más en tecnología y en proyectos basados en la IA; y, por fin, que es necesario debatir la ética, la protección de datos y la preservación de las garantías procesales en el uso de estas herramientas tecnológicas²⁷⁶. Por tanto, podemos decir que la pandemia aceleró el proceso de digitalización, smartificación y apertura de la AP a los ciudadanos, colocando los principios y las directrices de Administración electrónica y Gobierno abierto en la centralidad de los debates sobre reforma administrativa en el mundo post pandemia.

En el contexto de la AP, la pandemia impulsó la implementación y el perfeccionamiento del teletrabajo, del procedimiento administrativo electrónico, de los servicios públicos digitales, sea por la incapacidad de respuestas de las herramientas existentes o por la necesidad de atendimento de necesidades inéditas. En el ámbito de la Administración de la Justicia, se impulsó la utilización de los medios adecuados de resolución de conflictos en el ámbito digital.

²⁷³ Cfr. BARRIO ANDRÉS, M. “Hacia la regulación de la inteligencia artificial”, en BELANDO GARÍN, B.; MARIMÓN DURÁ, R. (dirs.). ANDRÉS SEGOVIA, B.; MARTÍ MIRAVALLS, J. (coords.). *Retos del Mercado Financiero Digital: Logros y Proyectos*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2021.

²⁷⁴ Vid. ANDRÉS SEGOVIA, B. Inteligencia artificial en el sector público ante el Covid-19. [en línea]. *Instituto de Derecho Iberoamericano*, junio 16, 2020. [consulta 10 octubre 2020]. Disponible en: <<https://idibe.org/tribuna/inteligencia-artificial-sector-publico-ante-covid-19/>>.

²⁷⁵ FREITAS y BELLINI FREITAS destacan la utilización de la IA en la pandemia para el monitoreo de tratamientos, diagnosis de las infecciones y rastreo de la propagación del virus (Digital Tracking and Tracing Systems – DTTS). Vid. FREITAS, J.; BELLINI FREITAS, T. (2020). Op. cit., p. 49.

²⁷⁶ Cfr. XAVIER CABRAL, T. N. “Justiça Multiportas e Inovação”, en *Tecnologia e Justiça Multiportas*. FUX, L.; ÁVILA, H.; XAVIER CABRAL, T. N. (coords.). Indaiatuba: Editora Foco, 2021, p.262.

Es cierto que en el primer momento los cambios metodológicos en la ejecución de la actividad administrativa y la incorporación de tecnologías disruptivas y ocurrieron en una perspectiva de emergencia, pero se observa que estas transformaciones se acoplan a la perspectiva de modernización de la AP basada en los fundamentos de Gobierno abierto.

Tampoco podemos dejar de mencionar la aplicación del “blockchain” en el proceso de “smartificación” de las AAPP. El “blockchain” constituye una tecnología que puede cambiar la manera que las AAPP se relacionan y realizan sus actividades, a partir de sus características de confiabilidad, inmutabilidad, autenticidad y auditabilidad. SWAN lo define como “*un libro público mundial descentralizado para el registro, el reconocimiento y la transferencia de todos los activos y la interacción social*”²⁷⁷.

En el ámbito de las AAPP tenemos algunos ejemplos de su aplicación. En la UE, existen proyectos para la aplicación del *blockchain* para los servicios notariales, emisión de certificados académicos, pagos gubernamentales y para el sistema descentralizado de identidades²⁷⁸. En Brasil también hay experiencias con la aplicación del *blockchain*, como la plataforma creada por el Servicio Federal de Gerenciamiento de Datos (en adelante, SERPRO) para solucionar cuestiones relacionadas a la inversión de títulos públicos del gobierno²⁷⁹.

Por tanto, el *blockchain* es una herramienta tecnológica que puede contribuir positivamente para el proceso de modernización de las AAPP, bajo la perspectiva de la buena administración, una vez que puede potenciar la participación y la transparencia, mejorando el relacionamiento entre el Estado y los ciudadanos.

En efecto, Las nuevas tecnologías contribuyen para la interacción entre el poder público y los administrados, a través del diálogo, colaboración y corresponsabilidad. Por ello, la inversión en estos mecanismos será imprescindible para la retomada del desarrollo económico y social en el mundo post pandemia.

²⁷⁷ Cfr. SWAN, M. *Blockchain: blueprint for a new economy*. Primera edición. Sebastopol: O’reilly, 2015, p. 94. (traducción propia).

²⁷⁸ Vid. ALLESSIE, D.; SOBOLEWSKI, M.; VACCARI, L.; PIGNATELLI, F. (Editores). *Blockchain for digital government*. [en línea]. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2019. [consulta: 08 mayo 2022]. Disponible en: <https://doi.org/10.2760/94273>.

²⁷⁹ Vid. SERVIÇO FEDERAL DE GERENCIAMENTO DE DADOS. *Serpro lança plataforma blockchain*. [en línea]. SERPRO. 2017. [consulta: 08 mayo 2022]. Disponible en: <http://www.serpro.gov.br/menu/noticias/noticias-2017/serpro-lanca-plataforma-blockchain-2>.

4.3. Incorporación de la tecnología en las Administraciones españolas y brasileñas

En España, las primeras semillas relacionadas a la incorporación de las nuevas tecnologías a la actividad diaria de las Administraciones públicas fueron lanzadas en 1992 con la publicación de la LRJPAC. Consonante explica SANZ LARRUGA, la LRJPAC dio este salto cualitativo en el proceso de interés y apertura de las AAPP a las nuevas tecnologías²⁸⁰. El artículo 45.1 de dicha ley explicita esto cuando disponía que *“las Administraciones Públicas impulsarán el empleo y aplicación de las técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de su actividad y el ejercicio de sus competencias, con las limitaciones que a la utilización de estos medios establecen la Constitución y las Leyes”*.

Más tarde el Real Decreto 263, de 16 de febrero de 1996, por el que se regula la utilización de las técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por la Administración General del Estado, profundiza esta cuestión en la medida que se direcciona a las garantías y derechos del ciudadano frente a la Administración cuando utiliza estos recursos tecnológicos.

No obstante, esta normalización, referente a la utilización de la tecnología en la década de noventa, la idea de Administración electrónica se concreta en España en los años dos mil, impulsada por la política de la Unión Europea de fomento a la Administración electrónica. En este contexto se publicó una normativa extensa en materia de Administración electrónica²⁸¹, en la cual señalamos: la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica; la Ley 39/2015, de 01 de octubre, del Procedimiento

²⁸⁰ Cfr. SANZ LARRUGA, F. J. El derecho ante las nuevas tecnologías de la información. [en línea]. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.1, 1997, pp. 504. [consulta: 11 mayo 2022]. Disponible en: <http://hdl.handle.net/2183/1934>.

²⁸¹ Vid. Ley 24 4/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social; el Real Decreto 589/2005, de 20 de mayo, por el que se reestructuran los órganos colegiados responsables de la Administración electrónica (derogado); Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos (derogada); Ley 30/2007, de 30 de octubre, del contratos del Sector Público (derogada); Real Decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 11/2007; Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio; el Real Decreto 3/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad en el ámbito de la Administración electrónica; Real Decreto 4/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Interoperabilidad en el ámbito de la Administración Electrónica; Real Decreto 1363/2010, de 29 de octubre, por el que se regulan supuestos de notificaciones y comunicaciones administrativas obligatorias por medios electrónicos en el ámbito de la Agencia Estatal de Administración Tributaria; Ley 18/2015, de 9 de julio, por la que se modifica la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público; Real Decreto 1112/2018, de 7 de septiembre, sobre accesibilidad de los sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles del sector público; Real Decreto 12/2018, de 7 de septiembre, de seguridad de las redes y sistemas de información; Real Decreto 403/2020, de 25 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital.

Administrativo Común y de las Administraciones públicas (en adelante, LPACAP); la Ley 40/2015, de 01 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP); y la Ley 9/2017, de 08 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

La Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, fue un paso importante en la regulación de la Administración electrónica en España, en la medida que dispuso sobre el uso de las firmas electrónicas por las Administraciones, ya sea en sus relaciones internas, así como con los administrados. Además, dicha ley actualizó el marco establecido en el Real Decreto 14/1999 y transpuso la Directiva 1999/93/CE, de 13 de diciembre de 1999, del Parlamento Europeo y del Consejo, al ordenamiento jurídico interno.

La LPACAP es el marco regulatorio de la Administración electrónica española, una vez que incorporó la tramitación electrónica como medio habitual de las Administraciones públicas se relacionaren con los ciudadanos, promoviendo agilidad, transparencia y menor carga burocrática²⁸². La LPACAP promovió un avance significativo en comparativa a las disposiciones de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso electrónico de los Ciudadanos a los servicios públicos²⁸³.

La LRJSP no tiene muchas disposiciones sobre Administración electrónica, sin embargo, explota cuestiones significativas relacionadas al funcionamiento electrónico del sector público como: sede electrónica, portal de Internet, sistemas de identificación de las Administraciones públicas, actuación administrativa automatizada, sistemas de firma para actuación administrativa automatizada, firma electrónica del personal al servicio de

²⁸² El preámbulo de la Ley 39/2015 evidencia el propósito de modernización de la Administración pública a través del funcionamiento: “[...] en el entorno actual, la tramitación electrónica no puede ser todavía una forma especial de gestión de los procedimientos, sino que debe constituir la actuación habitual de las Administraciones. Porque una Administración sin papel basada en un funcionamiento íntegramente electrónico no solo sirve mejor a los principios de eficacia y eficiencia, al ahorrar costes a ciudadanos y empresas, sino que también refuerza las garantías de los interesados. En efecto, la constancia de documentos y actuaciones en un archivo electrónico facilita el cumplimiento de las obligaciones de transparencia, pues permite ofrecer información puntual, ágil y actualizada a los interesados”.

²⁸³ Vid. RIVERO ORTEGA, R. La administración electrónica en las Leyes 39 y 40/2015. *Cuadernos de Derecho Local*, número 41, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2016, p. 72-85.

las Administraciones públicas, interoperabilidad de la firma electrónica y archivo electrónico de documentos²⁸⁴.

La LCSP también es un marco legal significativo en materia de Administración electrónica. Esta ley transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE, sobre contratación pública y 2014/24/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión. Dicha ley implementa la obligatoriedad de contratación electrónica, complementando la directriz fijada en la LPACAP de que la tramitación electrónica debe constituir la actuación habitual de las Administraciones. La adopción de la contratación pública electrónica intenta ampliar la transparencia, la eficiencia y eficacia administrativa, como también reducir las cargas burocráticas.

El *Plan España 2025* es también un marco importante para la Administración electrónica en España, una vez que uno de sus retos es la transformación digital del sector público. Este proceso de transformación está orientado por los siguientes objetivos específicos: simplificación de la relación de la ciudadanía con las Administraciones Públicas, personalización de los servicios públicos digitales, integración de todas las Administraciones en la transformación digital del sector público, digitalización de los servicios prestados por la Administración General del Estado en el territorio, actualización de las infraestructuras tecnológicas de las Administraciones Públicas, Impulso a la digitalización de servicios públicos y la introducción de la Inteligencia Artificial en la articulación y ejecución de políticas públicas.

Buscando concretar el proceso de transformación digital de la AP española enmarcado en el *Plan España 2025*, como también consolidar el paradigma de Administración electrónica creado con la LPACAP y la LRJSP, se publicó el Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos. Como señalado en la exposición de motivos del Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, su objetivo general es perseguir cuatro ejes fundamentales: mejorar la eficiencia administrativa, incrementar la transparencia y la participación, garantizar servicios digitales utilizables y mejorar la seguridad jurídica. Seguramente, el Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, representa un avance en materia de Administración electrónica y está lineado a las directrices

²⁸⁴ Vid. RIVERO ORTEGA, R. Loc. cit.

actuales de la normativa de la UE sobre el tema. Sin embargo, ha perdido la oportunidad de enfrentar temas importantes como la aplicación de IA y del *Big Data* en el sector público.

En Brasil, la idea de Administración electrónica²⁸⁵ empezó a ser desarrollada a finales de la década de noventa, con iniciativas en los ámbitos electoral y tributario. En 1995, la Administración Tributaria Brasileña empieza a divulgar información a los contribuyentes en sitio electrónico, avanzando en pocos años para la entrega digital de la declaración del impuesto de renta (1997). En 1996, la Justicia Electoral utilizó el Colector Electrónico de Votos (CEV) en cincuenta municipios²⁸⁶, lo que permitió una elección parcialmente digital. Sin embargo, en términos de una política general de Gobierno electrónico, el marco jurídico brasileño es la implantación del Programa Sociedad de la Información (SocInfo).

El SocInfo fue instituido por el Decreto n. 3.294, de 15 de diciembre de 1999, y objetivaba integrar, coordinar y fomentar acciones para la utilización de TIC, como forma de inclusión de los brasileños en la sociedad de la información y de desarrollo económico del país. Este programa generó la publicación del Libro Verde, en el año 2000, cuyos objetivos principales eran proponer directrices para la mejora del trabajo interno de la AP y de la atención al ciudadano, como también para el desarrollo en la infraestructura de las redes y la ampliación de los servicios de internet en el país²⁸⁷.

Para facilitar las metas fijadas en el SocInfo, se publicó el Decreto de 3 de abril de 2000, que creó el Grupo de Trabajo Interministerial responsable por lanzar las bases para la creación de una sociedad digital en Brasil. En septiembre, se divulga el documento “Propuesta de Política de Gobierno electrónico para el Poder Ejecutivo Federal” y en el mes siguiente se publica el Decreto de 18 de octubre de 2000 que crea el Comité Ejecutivo de Gobierno Electrónico (CEGE) para soportar la implementación del programa de Gobierno electrónico.

²⁸⁵ Vid. DINIZ, E. H. et al. (2009). Op. Cit.

²⁸⁶ Vid. BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Urna eletrônica: 20 anos a favor da democracia*. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 2016.

²⁸⁷ Vid. BRASIL. *Sociedade da Informação – Livro Verde*. Takahashi, T. (org.). Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000.

En los años 2000 y 2001²⁸⁸, se publican normativas importantes en materia de Gobierno electrónico, de las cuales señalamos: la Ley Federal n. 9.998, de 17 de agosto de 2000, que instituye el Fondo de Universalización de los Servicios de Telecomunicación (FUST); el Decreto n. 3. 505, de 13 de junio de 2000, que instituye la política de Seguridad de la Información en los órganos y entidades de la Administración Pública Federal; la Medida Provisional n. 2200-2, de 24 de agosto de 2001, que instituye la Infraestructura de Llaves Públicas Brasileña (ICP-BRASIL); y el Decreto n. 3.865, de 13 de julio de 2001, que establece los requisitos para la contratación de servicios de certificación digital por los órganos públicos federales.

Podemos decir que la primera fase de la política de gobierno electrónico desarrollada en Brasil (1999 – 2002) no tenía foco solamente en la mejora de los procesos internos de la Administración Pública Federal, sino también en la ampliación del acceso del ciudadano a los servicios gubernamentales, la apertura de los datos a la sociedad y la promoción del control social. No podemos olvidar, por ejemplo, que en el año 2000 se realizó en Brasil el primero proceso electoral totalmente electrónico²⁸⁹.

En el año de 2003, se instituyeron los Comités Técnicos del Comité Ejecutivo del Gobierno Electrónico, a través del Decreto de 29 de octubre de 2003. Esto fue un paso importante en la ampliación de la capacidad tecnológica y en la mejora de la gestión interna de la AP. En este mismo año también se publicó otras normativas importantes como: el Decreto n. 4.733, de 10 de junio de 2003, que dispone sobre las políticas de telecomunicaciones; el Decreto n. 4.829, de 03 de septiembre de 2003 que crea el Comité Gestor de la Internet en Brasil (CGIbr); y el Decreto n. 4.915, de 12 de diciembre de 2003, que implementa el sistema de política de gestión de la información y documentación.

En los próximos años, la política de Administración electrónica en Brasil se direcciona para la transparencia, control e inclusión sociales. Bajo esta línea de trabajo, se empezó a desarrollar portales gubernamentales electrónicos en el ámbito de la Administración pública federal, como el Portal de la Transparencia (2004), con informaciones sobre gastos públicos, ejecución presupuestaria, licitaciones,

²⁸⁸ La Ley Complementar n. 101, de 04 de mayo de 2001, que establece normas de finanzas públicas direccionadas para la responsabilidad de la gestión fiscal y da otras providencias, también trae disposiciones importantes en materia de Administración electrónica, cuando prevé la utilización de recursos electrónicos para la promoción de la transparencia fiscal.

²⁸⁹ Vid. BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Urna eletrônica: 20 anos a favor da democracia*. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 2016, p. 14-15.

contrataciones y convenios; el Portal Brasil (2005), con noticias e información unificada de los servicios de los órganos de la Administración pública federal; y el Portal de Convenios (2008), con información sobre las transferencias voluntarias de recursos de la Unión para los Estados, Municipios y Organizaciones No Gubernamentales (ONG), establecidas por medio de contratos o convenios.

En la década siguiente, la política de Administración electrónica sigue con las mismas directrices, pero con énfasis en el administrado. El Marco Civil de la Internet (Ley Federal n. 12.965, de 23 de abril de 2014), por ejemplo, registra este parámetro de conducción de la política de gobernanza brasileña, en la medida que dispone que las aplicaciones de internet del Poder Público deben buscar la accesibilidad de todos los usuarios, la compatibilidad entre la lectura humana y la automatización de la información, la simplicidad de uso de los servicios de gobierno electrónico y el fortalecimiento de la participación social en la ejecución de las políticas públicas²⁹⁰.

²⁹⁰ BRASIL. Ley Federal n.12.965, de 23 de abril de 2014: “Art. 24. *Constituem diretrizes para a atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios no desenvolvimento da internet no Brasil: I - estabelecimento de mecanismos de governança multiparticipativa, transparente, colaborativa e democrática, com a participação do governo, do setor empresarial, da sociedade civil e da comunidade acadêmica; II - promoção da racionalização da gestão, expansão e uso da internet, com participação do Comitê Gestor da internet no Brasil; III - promoção da racionalização e da interoperabilidade tecnológica dos serviços de governo eletrônico, entre os diferentes Poderes e âmbitos da Federação, para permitir o intercâmbio de informações e a celeridade de procedimentos; IV - promoção da interoperabilidade entre sistemas e terminais diversos, inclusive entre os diferentes âmbitos federativos e diversos setores da sociedade; V - adoção preferencial de tecnologias, padrões e formatos abertos e livres; VI - publicidade e disseminação de dados e informações públicos, de forma aberta e estruturada; VII - otimização da infraestrutura das redes e estímulo à implantação de centros de armazenamento, gerenciamento e disseminação de dados no País, promovendo a qualidade técnica, a inovação e a difusão das aplicações de internet, sem prejuízo à abertura, à neutralidade e à natureza participativa; VIII - desenvolvimento de ações e programas de capacitação para uso da internet; IX - promoção da cultura e da cidadania; e X - prestação de serviços públicos de atendimento ao cidadão de forma integrada, eficiente, simplificada e por múltiplos canais de acesso, inclusive remotos. Art. 25. As aplicações de internet de entes do poder público devem buscar: I - compatibilidade dos serviços de governo eletrônico com diversos terminais, sistemas operacionais e aplicativos para seu acesso; II - acessibilidade a todos os interessados, independentemente de suas capacidades físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais, mentais, culturais e sociais, resguardados os aspectos de sigilo e restrições administrativas e legais; III - compatibilidade tanto com a leitura humana quanto com o tratamento automatizado das informações; IV - facilidade de uso dos serviços de governo eletrônico; e V - fortalecimento da participação social nas políticas públicas. Art. 26. O cumprimento do dever constitucional do Estado na prestação da educação, em todos os níveis de ensino, inclui a capacitação, integrada a outras práticas educacionais, para o uso seguro, consciente e responsável da internet como ferramenta para o exercício da cidadania, a promoção da cultura e o desenvolvimento tecnológico. Art. 27. As iniciativas públicas de fomento à cultura digital e de promoção da internet como ferramenta social devem: I - promover a inclusão digital; II - buscar reduzir as desigualdades, sobretudo entre as diferentes regiões do País, no acesso às tecnologias da informação e comunicação e no seu uso; e III - fomentar a produção e circulação de conteúdo nacional. Art. 28. O Estado deve, periodicamente, formular e fomentar estudos, bem como fixar metas, estratégias, planos e cronogramas, referentes ao uso e desenvolvimento da internet no País”.*

El Decreto n. 8.638, de janeiro de 2016, que instituyó la Estrategia Gobernanza Digital (en adelante, EGD), también direcciona su atención para el administrado, una vez que la política de gobernanza digital allí instituida estaba basada en la participación y el control social, en la apertura y transparencia, en la priorización de los servicios prestados en el medio digital, en el foco en las necesidades de la sociedad, en la simplicidad, en la seguridad y privacidad y en la innovación²⁹¹. Este programa fue modificado en 2020, con la publicación del Decreto n. 10.332, de 28 de abril de 2020, que retrocede en la medida que no prevé la participación de la sociedad civil en el Comité de Gobernanza Digital.

La Ley Federal n. 13.460, de 26 de junio de 2017, que dispone sobre la participación, protección y defensa de los derechos de los usuarios de los servicios públicos de la AP, sigue la misma directriz, ya que fomenta la simplificación de los servicios de atención a los usuarios y la apertura de los datos de los servicios públicos a través del uso de herramientas tecnológicas.

En 2020, manteniendo la línea de simplificación de los servicios para el administrado, se publicó la Ley Federal n. 14.063, de 23 de septiembre, que dispone sobre el uso de firma electrónica en interacciones con los entes públicos, en actos de personas jurídicas y en cuestiones de salud y sobre licencias de software desarrolladas por entes públicos. Aquí se pretende ampliar la comunicación digital con el ciudadano, ampliando el acceso a los servicios públicos digitales. También se publicó el Decreto Federal n. 10.609, de 26 de enero de 2021, que instituyó la Política Nacional de Modernización del Estado y el Fórum Nacional de Modernización del Estado. Además, en marzo de 2021, como hemos comentado en la sección sobre Gobierno abierto, se publicó la Ley Federal

²⁹¹ BRASIL. Decreto n. n. 8.638, de janeiro de 2016 (derogado por el Decreto n. 10.332, de 28 de abril de 2020): “Art. 3º A Política de Governança Digital observará os seguintes princípios: I - foco nas necessidades da sociedade; II - abertura e transparência; III - compartilhamento da capacidade de serviço; IV - simplicidade; V - priorização de serviços públicos disponibilizados em meio digital; VI - segurança e privacidade; VII - participação e controle social; VIII - governo como plataforma; e IX - inovação. Art. 4º O planejamento e a execução de programas, projetos e processos relativos à governança digital pelos órgãos e pelas entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional deverão observar as seguintes diretrizes: I - o autosserviço será a forma prioritária de prestação de serviços públicos disponibilizados em meio digital; II - serão oferecidos canais digitais de participação social na formulação, na implementação, no monitoramento e na avaliação das políticas públicas e dos serviços públicos disponibilizados em meio digital; III - os dados serão disponibilizados em formato aberto, amplamente acessível e utilizável por pessoas e máquinas, assegurados os direitos à segurança e à privacidade; IV - será promovido o reuso de dados pelos diferentes setores da sociedade, com o objetivo de estimular a transparência ativa de informações, prevista no art. 3º e no art. 8º da Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011 ; e V - observadas as disposições da Lei n. 12.527, de 2011, será implementado o compartilhamento de dados entre os órgãos e as entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, sempre que houver necessidade de simplificar a prestação de serviços à sociedade”.

n. 14.129, de 29 de marzo de 2021, que busca incrementar la eficiencia de los órganos de las administraciones públicas y establecer las reglas, instrumentos y fundamentos de Gobierno electrónico.

Otro marco normativo importante es la Ley Federal n. 13.709, de 14 de agosto de 2018, también denominada de Ley General de Protección de Datos (en adelante, LGPD), que tuvo vigencia en septiembre de 2020, es una norma de gran importancia para el desarrollo de la Administración electrónica en Brasil. No podemos olvidar que, en el modelo de Administración electrónica, basado en la interoperabilidad y la cooperación informativa entre las distintas Administraciones públicas, facilita la ampliación del tránsito de datos, sobre todo los de índole personal, exigiendo más protección a la intimidad y privacidad. Por ello, la constitución de un marco normativo más sólido y uniforme sobre protección de datos personales es imprescindible al desarrollo de la administración electrónica. Por ello, en Brasil, el poder constituyente derivado ha introducido la protección de datos personales como uno de los derechos fundamentales del ciudadano en el art. 5º de la CFB/1988²⁹².

Para la redefinición de la metodología de gestión administrativa, es fundamental la creación de espacios de comunicación y diálogo entre Administración pública y administrados²⁹³. No obstante, es necesario que los administrados quieran y estén dispuestos a la participación, por eso GÜEMES y RAMÍRES-ALUJAS subrayan que para el ejercicio de la gobernanza y la vitalidad genuina de los espacios participativos es

²⁹² A través de la Enmienda Constitucional n. 115, de 10 de febrero de 2022, la protección de datos personal gana status de derecho fundamental en los siguientes términos: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LXXIX - é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais”. Además. También se ha garantizado que solamente la Unión Federal tiene competencia para legislar sobre el tema en los siguientes términos: “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...] XXX - proteção e tratamento de dados pessoais”.

²⁹³ RAMÍRES-ALUJAS señala la necesidad de apertura de la Administración cuando se refiere “al compromiso de garantizar que todos los aspectos de la forma en que el gobierno y servicios públicos son administrados y operados estén abiertos al eficaz escrutinio público y a la supervisión de la sociedad (transparencia). Ello debe ir acompañado de la progresiva expansión de espacios de diálogo, participación y deliberación en conjunto con la ciudadanía, y de apertura a la necesaria colaboración que se requiere para encontrar mejores soluciones a problemas públicos cada vez más complejos, aprovechando el potencial y energías disponibles en vastos sectores de la sociedad y, por qué no, también en el mercado, organizaciones de voluntariado y sin fines de lucro”. Cfr. RAMÍRES-ALUJAS, A. V. Open Government y Gobernanza Colaborativa: El (inevitable) camino hacia un nuevo paradigma de Gobierno y Gestión Pública. *Estado del arte, desafíos y propuestas, ponencia para el X Congreso de la Asociación Española de Ciencia Política y de la Administración (AECPA): "La política en la red"*. Murcia, 2011, p. 08. [en línea] [consulta 20 enero] 2019]. Disponible en: <<https://aecpa.es/files/view/pdf/congress-papers/10-0/555/>>.

necesario la voluntad de la ciudadanía para trabajar, interactuar y vincularse a la Administración pública²⁹⁴.

De cierto, los cambios sociales, tecnológicos y políticos exigen de la Administración pública una renovación profunda en su actuación para propiciar más dialogo, flexibilidad y eficacia, conllevando a un perfil de AP relacional. Además, la adopción de estas herramientas exige de la administración más transparencia y responsabilidad, de manera a no menoscabar los derechos de los administrados.

Por fin, como hemos visto en este capítulo, el instrumental imperativo, unilateral y exclusivamente burocrático se muestra poco efectivo para el atendimento de las demandas contemporáneas, que son multidimensionales, interterritoriales e intergeneracionales. Por tanto, las reformas administrativas, que también alcanzan las políticas y estrategias de resolución de conflictos, deben buscar la restructuración del relacionamiento entre AP y ciudadanía, a través de la participación, transparencia, colaboración y corresponsabilidad.

²⁹⁴ Cfr. GÜEMES, M. C.; RAMÍREZ-ALUJAS, A. V. “Gobierno abierto, reforma del Estado y modernización de la gestión pública: alcances, obstáculos y perspectivas en clave Latinoamericana”, en *La Promesa de Gobierno Abierto*. HOFMAN, A.; RAMÍRES-ALUJAS, A. V.; BOJÓRQUEZ PEREZNIETO, J.A. (Coords.). Chile: Itapi Info Df, 2012, p. 211.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA RELACIONAL

1. EL NUEVO CONCEPTO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA RELACIONAL

El proceso de crisis del Estado social generó la necesidad de redefinición de la actuación administrativa, una vez que la adopción exclusiva del modelo burocrático y jerárquico no ofrece respuestas eficaces a los problemas de la actualidad, como hemos visto²⁹⁵. Urge la necesidad de incorporación de una nueva visión de gobernabilidad basada en la articulación de procesos de comunicación interna y externa, como enfatiza la doctrina del Gobierno abierto.

Por ello ECEIZABARRENA SÁEZ señala que *“el presupuesto objetivo de la nueva tendencia se ampara en un nuevo modelo jurídico en la forma de administrar, dentro del cual la Administración comienza a renunciar a la tradicional imposición*

²⁹⁵ VERNIS DOMÈNECH y MENDOZA MAYORDOMO destacan que la crisis del Estado de bienestar generó la búsqueda de un nuevo reparto de tareas y responsabilidades entre Estado y sociedad, de manera que el modelo de Estado Relacional significa un camino hacia esta dirección. Para dichos autores, con base en este modelo se busca nuevas maneras de dar respuesta a las necesidades y problemas sociales, basadas en la colaboración de la sociedad. Vid. VERNIS DOMÈNECH, A.; MENDOZA MAYORDOMO, X. Una aproximación a la conceptualización del nuevo rol del Estado: el Estado relacional. [en línea]. *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, 2009, n. 44, junio/2009, p. 115-144. ISSN: 1315-2378. [consulta: 25 enero 2021]. Disponible en: <<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=357533675004>>.

imperativa y unilateral de los actos de ella dimanantes, en busca de un equilibrio consensual entre el interés público o general, no ya unilateralmente interpretado, y los intereses individuales de las personas, cuya participación resulta imprescindible para discernir y lograr el cumplimiento de dicho interés público o general”²⁹⁶. Este mismo sentido es empleado por FREITAS cuando sostiene la necesidad de resignificar la AP, estimulando una cultura no adversarial y cooperativa²⁹⁷. Es decir que la modernización de la AP tiene como punto de salida el cambio en la forma de relacionarse internamente y con la sociedad.

En este marco nace el concepto de Administración pública relacional²⁹⁸, por lo cual se busca la interacción interadministrativa permanente (en los distintos niveles) y la aproximación colaborativa con la ciudadanía. Para que sea posible solucionar problemas sociales complejos y plurales, es necesario un abordaje colaborativo y pactado. Por ello, ALGUACIL GÓMEZ señala que “*el desafío de la administración relacional es la gestión de redes, con procedimientos radicalmente democráticos y con una perspectiva*

²⁹⁶ Cfr. EZEIZABARRENA SAÉZ, X. La terminación convencional del procedimiento de evaluación del impacto ambiental. *Revista de Administración Pública*, núm. 160, p. 257.

²⁹⁷ Vid. FREITAS, J. Direito Administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflitos. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 276, pp. 25-46, set./dez. 2017.

²⁹⁸ Algunos autores utilizan otras expresiones para designar esta AP que se relaciona con los diversos actores y asume una postura dialógica y consensual. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ la denomina de ‘*Administración concertada*’. Dichos autores señalan que “(…) *la ‘Administración concertada’ marca un camino que es forzoso recorrer o, por lo menos, explorar, puesto que ya no cabe seguir ignorando por más tiempo que la Administración negocia y que la negociación se ha convertido en un instrumento imprescindible en la tarea de administrar*”. Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo 1, 11ª edición. Madrid: Civitas, 2002, p. 678. LOZANO CUTANDA también se refiere a la expresión ‘*Administración Concertada*’ y la define como aquella en que “*la consecución de las finalidades que persigue la actuación pública se obtiene por medio de procedimientos negociados*”. Vid. LOZANO CUTANDA, B. *Derecho Ambiental Administrativo*. Décima edición. Madrid: Dykison, 2009, pp. 153. MOLANO LOPEZ utiliza la expresión ‘*Administración consensual*’, por la cual la técnica del diálogo, acuerdo y concertación sustituye algunos actos imperativos y unilaterales de la Administración pública. Vid. MOLANO LOPEZ, M. R. *Transformación de la función administrativa (Evolución de la Administración pública)*. Colección Profesores n. 37. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2005. En Brasil, JUSTINO DE OLIVEIRA y SCHWANKA también utilizan la expresión ‘*Administración Consensual*’ y la definen como una Administración pública que conduz su acción a través del diálogo con la sociedad. Vid. JUSTINO DE OLIVEIRA, G.; SCHWANKA, C. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. [en línea]. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, ano 08, n. 32, 2008. [consulta: 20 enero 2020]. Disponible en: <<http://dx.doi.org/10.21056/aec.v8i32.504>>. Entendemos que la expresión ‘Administración Relacional’ exprime mejor la idea de Administración que interactúa con los distintos agentes y añade el diálogo y consenso en la ejecución de sus funciones, utilizada por ALGUACIL GÓMEZ. Vid. ALGUACIL GÓMEZ, J. Administración relacional. *Eunomía - Revista en Cultura de la Legalidad*, n. 2, marzo – agosto 2012, p. 152-160.

*multinivel, motivando su inclusión, su apertura, su conexión, su articulación, la cooperación y la confianza*²⁹⁹”.

Este sentido también es empleado por JOHONSOM DI SALVO cuando afirma que esta nueva forma de relacionamiento entre Estado y sociedad apunta para un cambio en la gestión de la Administración pública, que debe basarse en mecanismos que faciliten el diálogo permanente y democrático, proporcionando una gestión horizontal y flexible³⁰⁰. La CIIGP también destaca la necesidad de adopción de un modelo relacional democrático para lograr la innovación en el sector público. O sea, la modernización de la Administración pública está conectada a esta concepción de gestión administrativa relacional y colaborativa.

Es esencial tener claro que el abordaje relacional no está basado en la transferencia de responsabilidades para el sector privado. La gobernanza relacional busca involucrar actores no estatales en los procesos de planificación, implementación, producción y gestión de políticas públicas, dislocando para el Estado el rol de coordinación y control de dichas políticas. Como bien explican VERNIS DOMÈNECH y MENDOZA MAYORDOMO el modelo relacional supone la corresponsabilidad entre Estado y sociedad, en el sentido que la resolución de los problemas sociales demanda que la sociedad asuma la parte de responsabilidad que le corresponde y que el Estado difícilmente podrá sustituirle³⁰¹.

Además, la Administración pública relacional no retira del Estado su liderazgo en los procesos de toma de decisión, en realidad esta nueva concepción de gobernanza permite la creación de redes y la utilización de herramientas de colaboración para la construcción de un modelo estatal más transparente e integrador³⁰². Es decir que los sectores público y privado no son impermeables, como señala SECCHI, se busca suavizar la distinción de los dos sectores a través de la adopción de redes de políticas públicas y prácticas deliberativas y colaborativas³⁰³.

²⁹⁹ Cfr. ALGUACIL GÓMEZ, J. (2012). Op. Cit., p. 157.

³⁰⁰ Cfr. JOHONSOM DI SALVO, S. H. P. G. *Mediação na Administração Pública Brasileira: o desenho institucional e procedimental*. São Paulo: Almedina, 2018, p. 33.

³⁰¹ Cfr. VERNIS DOMÈNECH, A.; MENDOZA MAYORDOMO, X. (2009). Op. cit. p. 133.

³⁰² Vid. PIERRE, J.; PETERS, B. G. *Governance, politics, and the state*. Segunda edición. Nueva York: St. Martin's Press, 2020.

³⁰³ Cfr. SECCHI, L. (2009). Op. cit. p.363.

Tampoco podemos olvidar que la Agenda 2030 de la ONU refuerza el modelo relacional, en la medida que establece ‘la alianza’ como elemento necesario al alcance del desarrollo sostenible. Por ello, la Resolución 70/1, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, señala en el párrafo 39 que la implementación de la agenda “*requiere una Alianza Mundial revitalizada*”, por la cual se facilita “*una intensa participación mundial para respaldar el cumplimiento de todos los Objetivos y metas, aglutinando a los gobiernos, el sector privado, la sociedad civil, el sistema de las Naciones Unidas y otras instancias y movilizandolos todos los recursos disponibles*”. O sea, la Agenda 2030 propone una gestión relacional, involucrando las AAPP, para alcanzar los objetivos de desarrollo sostenible.

En la perspectiva del relacionamiento con la ciudadanía, la AP asume una función mediadora que exige el mantenimiento de una interacción constante con los individuos y los distintos grupos sociales. No es suficiente establecer los medios de participación, hay que incluir la ciudadanía en el proceso de determinación del interés general. Bajo este paradigma, la AP necesita desarrollar herramientas de comunicación que potencializan la confianza, amplían la transparencia, transforman las relaciones y viabilizan la solución de los problemas.

Por eso ALGUACIL GÓMEZ registra que “*comunicarse no solo potencia la confianza y la complicidad, sino que también fortalece y optimiza el conocimiento, le hace fluir en un sentido bi-multi-direccional donde todos los agentes tienen la oportunidad de cumplir el doble rol de receptores y emisores de mensajes y, en consecuencia, tienen la oportunidad de aprender, de innovar, de modificarse mutuamente*³⁰⁴”.

En este escenario, las nuevas tecnologías juegan un rol importante, una vez que permiten el desarrollo de un modelo de gobernanza relacional e interactivo que favorece al diálogo más fluido y a una implicación más efectiva de los distintos agentes sociales³⁰⁵. En el contexto de la sociedad de la información y comunicación, las nuevas tecnologías son, seguramente, un elemento fundamental al desarrollo de la Administración pública

³⁰⁴ Cfr. ALGUACIL GÓMEZ, J. Los desafíos del nuevo poder local: la participación como estrategia relacional en el gobierno local. [en línea]. *Polis*, 12, 2005, p. 06. [consulta: 20 enero 2020]. Disponible en: <http://journals.openedition.org/polis/5614>.

³⁰⁵ Vid. CRIADO GRANDE, J; I.; RAMILO ARAUJO, M. C.; SALVADOR SERNA, M. ¿Administración electrónica o administración relacional? Hacia un nuevo modelo de relaciones interadministrativas y externas en el sector público. *VII Jornadas TECNIMAP*, p. 15-18, 2002.

relacional. Además, la transnacionalidad de los problemas contemporáneos exige herramientas que faciliten este diálogo transnacional, de manera que las nuevas tecnologías ayudan a mitigar estas dificultades de comunicación y participación.

La pandemia causada por el COVID-19 ha impulsado esta necesidad de cambios en la gestión administrativa, no solo para el atendimento urgente de sus demandas, sino para la redefinición de los procesos de modernización de la AP para el mundo post pandemia. Es decir que la pandemia ha contribuido para la aceleración de los procesos de reforma administrativa, proyectando también sus efectos en las relaciones entre Estado y sociedad.

Por ello, PONT VIDAL señala que la pandemia generó en las Administraciones públicas la necesidad de adaptaciones rápidas en condiciones muy inestables y estos cambios proyectaron efectos perennes en la relación entre el Estado y la sociedad³⁰⁶. La pandemia impuso una necesidad de rápida toma de decisiones y reformulación de los métodos y de la aplicación de las nuevas tecnologías. Ocurre que dichos cambios no se acaban con la pandemia, en realidad todo esto repercute en los modelos de gobernanza adoptados por los Estados que deben ser idóneos a las demandas de una sociedad compleja y de riesgo.

Por tanto, la gobernanza de la pandemia ha conducido las AP a una profunda reflexión sobre sus métodos de gestión y gobernanza. El escenario post pandemia no nos direcciona al momento anterior a la pandemia, en realidad, las contingencias e inseguridades integran el panorama. No obstante, la incertidumbre también nos direcciona a la explotación de nuevas posibilidades o la reflexión de tendencias ya conocidas.

Las exigencias expuestas por la pandemia coinciden con los fundamentos de la Administración relacional, una vez que la colaboración entre los distintos niveles de gobierno y la participación más efectiva de la ciudadanía en los procesos de toma de decisión. La tecnología no es solamente un nuevo soporte para la actuación administrativa, sino una herramienta de aproximación colaborativa entre la Administración pública y la ciudadanía, como ha quedado evidente en la pandemia. El Informe de Relatoría (Área 07) del XXV Congreso Internacional del CLAD sobre la

³⁰⁶ Cfr. PONT VIDAL, J. Gobernanza de la pandemia covid-19 y modelos de gestión: ¿Hacia un nuevo tipo de vínculo sociedad-Estado? [en línea]. *Revista Do Serviço Público*, 71, p. 237. [consulta: 10 abril 2022]. Disponible en: <https://doi.org/10.21874/rsp.v71i0.4833>.

Reforma del Estado y de la Administración Pública sugiere que la organización del Estado, bajo una perspectiva de gestión colaborativa y tecnológica, se torna transversal y transdepartamental, como también integrada y proactiva³⁰⁷. La transformación se opera también en la propia sociedad, generando una actualización de las herramientas de control y de participación en la AP.

Por tanto, la superación de la crisis del Estado posmoderno, profundizada por la pandemia generada por el COVID-19, pasa por una redefinición del vínculo establecido entre el Estado y sociedad, basado en la colaboración, corresponsabilidad y transparencia. Dicho de otra manera, la pandemia aclaró las necesidades de aproximación relacional entre los órganos de los distintos niveles de gobierno (incluso de naturaleza transnacional) y con la ciudadanía. Así, es posible la creación de un valor público, generado colectivamente para el atendimento del interés general, capaz de orientar la AP en el enfrentamiento de los grandes retos de nuestra época, como la crisis climática, el desarrollo sostenible, pandemias o el envejecimiento de la población³⁰⁸.

En definitiva, la Administración pública relacional construye modelos horizontales de relacionamiento y coordinación, en los cuales el sector privado, el tercer sector y el ciudadano actúan como *stakeholders* para la solución de cuestiones de interés general³⁰⁹. La solución pactada, articulada con los distintos actores, debe ser la estrategia preferente de las AAPP para la pacificación social, como bien expone FREITAS³¹⁰. Es decir que el monopolio del interés general es roto y el Estado asume un protagonismo distinto, en la articulación e interacción con el sector privado. Esta perspectiva

³⁰⁷ Vid. CLAD. Informe de Relatoría (Área 07) del XXV Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública. [en línea]. [consulta: 10 diciembre 2020]. Disponible en: <https://clad.org/wp-content/uploads/2020/12/Informe-de-relatoria-Area-7.pdf>.

³⁰⁸ Ibid.

³⁰⁹ Sobre el modelo relacional es importante considerar la existencia de una sociedad civil fuerte y madura, como también la presencia de estructuras administrativas bien desarrolladas desde una perspectiva estratégica, como bien apuntan VERNIS DOMÈNECH y MENDOZA MAYORDOMO: “*El Estado relacional presupone una sociedad civil fuerte y autónoma, madura y responsable. Asimismo, presupone una clase política con una significativa capacidad de liderazgo social y una administración pública con una fuerte capacidad de gestión estratégica y de operar sistemas descentralizados y pluralistas. No es difícil imaginar los problemas que pueden surgir si no se cumplen suficientemente dichos requisitos. Así, por ejemplo, la falta de transparencia en la relación público-privada puede conducir a la patrimonialización del Estado por poderosos intereses corporativos. O cómo, sin las necesarias capacidades estratégicas y operativas, la gestión de un sistema plural con múltiples decisores se convierte en una tarea imposible, que conduce a la ingobernabilidad*”. En: VERNIS DOMÈNECH, A.; MENDOZA MAYORDOMO, X. (2009). Op. cit. p.139.

³¹⁰ Cfr. FREITAS, J. (2017). Op. cit. p. 32.

relacional y colaborativa debe ser llevada para la zona de la resolución de los conflictos administrativos.

2. EL DIÁLOGO COMO CRITERIO RACIONAL PARA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA RELACIONAL

La concepción de Administración pública relacional está directamente conectada con la teoría del poder comunicativo de ARENDT³¹¹. Esta construcción teórica, del inicio del siglo XX, desarrollaba la idea de apertura del Estado para la ciudadanía, como forma de rescate de su legitimidad y de concreción eficaz de los derechos fundamentales.

El pensamiento de ARENDT está basado en la solidaridad y racionalidad comunicativa, que permitirían la incorporación activa del ciudadano en la vida política. En este contexto, la libertad sería expresada a través de la participación política del ciudadano y realizada de forma libre y plural.

La legitimidad del poder estatal estaría en este intercambio entre Estado y sociedad, lo que posibilitaría una verdadera transformación de la realidad social. Por eso que para ARENDT “*el poder sólo es realidad donde palabra y acto no se han separado, donde las palabras no se emplean para velar intenciones sino para descubrir realidades, y los actos no se usan para violar y destruir sino para establecer relaciones y crear nuevas realidades*”³¹². Esta transformación generaría no solamente la concreción de derechos, sino también la incorporación de responsabilidades que serían compartidas entre la ciudadanía y el Estado, generando el real sentido de democracia.

KOHN al comentar la teoría de ARENDT sobre el poder comunicativo señala que “*sólo el intercambio libre y pluralista de opiniones y el acuerdo entre sus participantes generan un poder legítimo, en contraposición al mero ejercicio instrumental y egoísta de la coacción*”³¹³. También añade que “*para poder construir un espacio público, es necesario asumir, en un debate plural, una filosofía y un lenguaje políticos que coordinen la noción y la práctica de la ciudadanía a partir de la comprensión y la defensa de los*

³¹¹ Vid. ARENDT, H. *La condición humana*. 1ª edición, 1ª reimpresión. Barcelona: Ediciones Paidó Ibérica, 1996.

³¹² Ibid., p. 223.

³¹³ Cfr. KOHN, C. Solidaridad y poder comunicativo: La praxis de la libertad en la filosofía política de Hannah Arendt. [en línea]. *Res publica*, 2000, pp. 85/87. [consulta: 20 enero 2020]. Disponible en: <http://revistas.um.es/respublica/article/view/26261>.

*ideales de la democracia, a través del aprendizaje cívico de los contenidos de la igualdad, la libertad y la solidaridad*³¹⁴”.

Desde esta perspectiva, para que el Estado cumpla su menester, es necesaria la descentralización de su actuación para permitir la participación de la ciudadanía, representada no solamente por el individuo sino también por organismos no gubernamentales. Esta participación ciudadana no es sólo un derecho, resulta también en corresponsabilidad.

La teoría de la acción comunicativa de HABERMAS también es un refuerzo argumentativo a la concepción de Administración pública relacional. Según HABERMAS, el futuro de las relaciones debe ser organizado desde la comunicación y la revalorización de los implicados.³¹⁵

El pensamiento de HABERMAS ofrece, a través de una racionalidad jusnaturalista, un camino para el enfrentamiento de los retos del Estado contemporáneo, marcados por el pluralismo y globalización, que exigen respuestas inclusivas, pactadas y flexibles.

Según HABERMAS, toda acción comunicativa que busque el entendimiento entre los partícipes exige la apropiación de tres tipos de racionalidad: discursiva, cuyo elemento central es la responsabilidad de los propios actos; teleológica, que considera la intencionalidad de la acción y su orientación a una finalidad establecida que refleja intereses compartidos; comunicativa, que busca a través de la acción el entendimiento³¹⁶.

Es decir que la participación ciudadana debe estar integrada en un contexto de libertades positivas que genera una ciudadanía apta al alcance del consenso y entendimiento responsable³¹⁷. La democracia es erigida a través del dialogo y comunicación entre Estado y ciudadanía.

³¹⁴ Ibid., p. 85-87.

³¹⁵ Es importante señalar que la teoría da acción comunicativa de HABERMAS tiene inspiración en la teoría del poder comunicativo de Hannah Arendt. No obstante, las discordancias en determinados puntos, Habermas y Arendt están de acuerdo cuanto a necesidad de institucionalización de la participación para para garantizar un eficiente funcionamiento de la Democracia. Es decir, el Estado debe fomentar la democracia participativa asegurando su propia legitimidad.

³¹⁶ Vid. HABERMAS, J. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Madrid: Trotta, 2010.

³¹⁷ Según HABERMAS el “*status de los ciudadanos no se determina por el modelo de las libertades negativas que pueden reclamar como personas privadas. Más bien, los derechos cívicos, política principalmente los derechos de participación y comunicación, son libertades positivas. No garantizan las libertades de coacción externa, sino la participación en una práctica común sólo a través de cuyo ejercicio los ciudadanos pueden llegar a ser aquello que ellos mismos desean ser: sujetos políticamente responsables de una comunidad de personas libres e iguales*”. Cfr. HABERMAS, J. *La inclusión del otro*. Barcelona: Paidós, 1999, p. 233.

El modelo de Administración pública relacional exige una ciudadanía activa y proponente, apta a la deliberación con los representantes de los órganos gubernamentales. La aproximación entre ciudadanía y administración está basada en la comunicación y entendimiento, lo que genera una comprensión de democracia deliberativa, en la perspectiva habermasiana.

No es posible enfrentar crisis fiscales, desplazamiento poblacional, emergencias sanitarias, desempleo, cambios climáticos, sin la participación de otros actores que también están implicados en el problema. Problemas plurales necesitan de respuestas evaluadas en un contexto también plural, bajo pena de ineficacia e ilegitimidad. La propia noción de justicia debe ser construida bajo esta comprensión comunicativa que facilita la inclusión y la igualdad³¹⁸. Por ello CASTELLS comprende que la globalización, como fenómeno extremadamente excluyente, demanda una participación ciudadana plural para reducir sus efectos³¹⁹.

La sociedad contemporánea, implicada en la era de la información y comunicación, exige más participación en las cuestiones de interés general, lo que demanda una AP que fomente el dialogo democrático (comunicación dialéctica) y comparta la responsabilidad por las decisiones estatales con la ciudadanía. Bajo esta perspectiva es posible afrontar los retos de la contemporaneidad, valorizando el elemento humano.

En este panorama, es posible decir que el poder y la acción comunicativos sostenidos por AREDNT y HABERMAS, pueden ser alcanzados por medio de prácticas participativas y colaborativas, bajo el marco de la Administración relacional. Esta perspectiva filosófica ayuda a comprender los cambios conceptuales que las AAPP han pasado, sobre todo en lo que toca a la apertura facilitada por los nuevos modelos gestión administrativa que exigen más participación ciudadana. Además, la comprensión del poder y la acción comunicativos permite reconocer las ventajas de los instrumentos participativos y colaborativos para el alcance del interés general y para la construcción de una noción de justicia más plural, sostenible e inclusiva.

³¹⁸ Sobre el tema véase: FRASER, N. *Escalas de Justicia*. MARTÍNEZ RIU, A. (trad.). Barcelona: Herder Editorial, 2008.

³¹⁹ Vid. CASTELLS, M. (1999a). Op. cit., p.03.

3. PARTICIPACIÓN Y COLABORACIÓN EN EL ÁMBITO ADMINISTRATIVO

El paradigma de la Administración pública relacional demanda el desarrollo de otros instrumentos de actuación administrativa que están más basados en la participación y colaboración.

Antes de adentrar en el estudio sobre la participación y colaboración en el ámbito administrativo, es importante señalar algunas notas sobre la participación ciudadana, sobre todo en el marco jurídico-constitucional.

En general, cuando se piensa en participación ciudadana, la conexión inmediata es con la participación política relacionada a las prácticas de democracia representativa, como el sufragio y los procesos electorales, como también algunas de democracia directa, como el referendo, la consulta y la iniciativa populares.

Ocurre que, en estos ejemplos, como bien señala BENALCAZAR GUERRÓN, la participación ciudadana es ocasional y coyuntural, de manera que no es suficiente para mantener un contacto continuo entre Administración pública y ciudadanos³²⁰.

Además, en el marco del Estado social y democrático de Derecho, la participación ciudadana debe ser concebida desde un punto de vista más amplio, en el sentido de su existencia no solamente en los actos de naturaleza política, sino también en las actuaciones administrativas³²¹.

Esto porque la democracia está centrada en la dignidad humana, de manera para garantizar la libertad, justicia e igualdad, hay que reconocer el derecho del ciudadano de participación en los asuntos públicos. Por ello, CASTELLÀ ANDREU afirma que *“la idea de participación ciudadana va intrínsecamente ligada a la forma de Estado social y democrático de derecho”*³²².

Es decir que la participación ciudadana, así concebida, es factor de fortalecimiento de las democracias y también la base de los nuevos métodos de gobernanza y gestión

³²⁰ Cfr. BENALCAZAR GUERRÓN, J. C. *Los actos administrativos consensuales: una técnica para el ejercicio de la participación ciudadana en las decisiones de la administración pública*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, p. 04.

³²¹ Vid. MUÑOZ MACHADO, S. (1977). Op. cit. pp. 519-536.

³²² Cfr. CASTELLÀ ANDREU, J. M. *Los derechos constitucionales de participación política en la Administración Pública*. Barcelona: Cedecs, 2001, p. 39.

administrativa³²³. Bajo esta perspectiva es posible garantizar el equilibrio entre los poderes y la efectividad de la representación social en la política³²⁴.

El derecho de participación ciudadana está reconocido en distintos documentos internacionales, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 21.1), la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (artículo 23.1.a) y el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos (artículo 25. a).

La participación ciudadana plasmada en estos últimos documentos internacionales debe ser comprendida bajo la óptica del principio democrático, es decir, no solamente como derecho a la participación política, sino que extendida a todos los asuntos de interés general³²⁵.

El derecho de participación ciudadana también está albergado en las constituciones democráticas. En general, las cartas democráticas son expresas al derecho a la participación política, a través de instrumentos de democracia representativa o directa. Es lo que ocurre con la CE/1978 y la CFB/1988.

La CE/1978, en los artículos 9.2 y 23.1, cuida específicamente del derecho de participación del ciudadano en la vida política, económica, cultural y social, como también en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes³²⁶.

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español la opción fundamental del poder constituyente de 1978 fue la democracia representativa,

³²³ Sobre la participación democrática, GAMERO CASADO explica que *“uno de los aspectos en los que nuestra sociedad va a cambiar inminente y radicalmente es en la articulación de fórmulas de participación democrática constante y directa: ya sea con mecanismos articulados por la Administración para recibir las opiniones de los ciudadanos, ya sea en el seno de las formaciones políticas como cauce de formación de voluntad en las posiciones que se sostendrán después con ocasión de la acción política”*. En: GAMERO CASADO, E. (2015). Op. Cit., p. 113-114.

³²⁴ Vid. VANOSSI, J. R. *Estado de derecho: democracia y control, la Corte Suprema de Justicia, responsabilidad de gobernantes, el defensor del pueblo, representación y participación, partidos políticos, seguridad jurídica, cláusulas económicas y sociales, educación, modernización, transparencia*. Buenos Aires: Astrea, 2008, p. 14.

³²⁵ Vid. BENALCAZAR GUERRÓN, J. C. (2006). Op. cit., p. 09.

³²⁶ ESPAÑA. CE/1978: *“Artículo 9. 1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. 2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”*. *“Artículo 23. 1. Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal”*.

admitiendo de forma complementaria mecanismos de democracia directa para la participación política, como indicado en la sentencia STC 76/1994, de 14 de marzo³²⁷.

Sin embargo, esto no puede significar la imposibilidad de desarrollo de instrumentos de democracia participativa, puesto que su fundamento está en el principio democrático plasmado en el artículo 1º que así enuncia: *“España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”*. Añádase al debate el contenido del preámbulo de la CE/1978 que dispone sobre *“establecer una sociedad democrática avanzada”*, que indubitablemente conduce para una perspectiva más amplia de participación ciudadana.

Así también concluye PÉREZ MORENO, cuando considera que el artículo 23 no puede estar circunscrito solamente a la participación política pues *“sería redundante (art. 6) e incongruente (las expresiones ‘asuntos públicos’ y ‘directamente’ apuntan a la amplitud de la participación) una reducción del derecho fundamental que consagra a tan sólo la actuación política. Su amplia fórmula hay que entenderla en concordancia con el artículo 9.2³²⁸”*.

El artículo 9.2 de la CE/1978, conforme enuncia SÁNCHEZ SÁEZ, impone a los poderes públicos la obligación de facilitar la participación ciudadana bajo dos perspectivas: primero, en el sentido de coadyuvar junto a la ciudadanía; y, segundo, como obligación administrativa de ayudar a la sociedad en la participación³²⁹.

Por tanto, existe fundamento constitucional para el desarrollo de prácticas de democracia participativa relacionadas al contexto administrativo. Incluso, el artículo 105 de la CE/1978 permite esta línea de interpretación: *“La ley regulará: a) La audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten; b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la*

³²⁷ STC 76/1994, de 14 de marzo: *“Nuestra Constitución en su art. 1.3 proclama la Monarquía parlamentaria como forma de gobierno o forma política del Estado español y, acorde con esta premisa, diseña un sistema de participación política de los ciudadanos que priman los mecanismos de democracia representativa sobre los de participación directa”*.

³²⁸ Cfr. PÉREZ MORENO, A. (1989). Op. cit., p. 105.

³²⁹ Cfr. SÁNCHEZ SÁEZ, A. J. *Los convenios de colaboración para la protección del medio ambiente*. (Tesis Doctoral). Sevilla: Universidad de Sevilla, 2002, p. 38.

*averiguación de los delitos y la intimidación de las personas; c) El procedimiento a través del cual deben producirse los actos*³³⁰”.

Comprender la participación ciudadana de forma restricta, aislada a la participación política³³¹, significa retroceder a la comprensión de que la función administrativa tiene su centralidad en la aplicación de la ley, cuando en realidad su fundamento está en la realización de derechos fundamentales.

En Brasil, la CFB/1988 establece en el artículo 1º que la República Federativa de Brasil es un Estado democrático de derecho que tiene como fundamentos la ciudadanía, el pluralismo, la dignidad de la persona humana, la soberanía, los valores sociales del trabajo y libre iniciativa. De este artículo, que consagra el principio democrático, se extrae el fundamento constitucional para la participación ciudadana. La participación política está plasmada en el artículo 14 que dispone sobre el derecho al sufragio, referendo e iniciativa popular³³².

Además, la CFB/1988 también prescribe, expresamente, en diversos dispositivos, posibilidades de ejercicio de democracia participativa, como por ejemplo en los artículos 10; 187; 198 y 204³³³. Luego, el texto constitucional brasileño no impide la adopción de

³³⁰ Otros dispositivos en la CE/1978 se refieren a la participación ciudadana en situaciones específicas, como: art. 27.5; 47; 48; 51.2; 125; 129.1; 129.2.

³³¹ Debemos registrar que además de la participación política y en la administración, hay también la participación ciudadana en el Poder Legislativo, que puede ser ejercitada a través de consultas populares y comparecencias en el procedimiento legislativo; como también, en el Poder Judicial, por medio, por ejemplo: de la institución de los jurados, de la figura del *amicus curiae* (el amigo de la corte) y de los tribunales consuetudinarios y tradicionales. En cuanto al *amicus curiae*, es importante registrar que esta figura está presente en el sistema jurídico brasileño en el Código Procesal Civil de 2015 y en la Ley Federal n. 9.698, de 10 de noviembre de 1999, cuyo fundamento es la participación en el sentido de prestación de auxilio al magistrado en la producción de elementos de prueba. Este instrumento de participación ciudadana en el Poder Judicial suele ser utilizado en las demandas de control concentrado de constitucionalidad, repercusión general e incidente de demandas repetitivas, cuya la naturaleza de la controversia exija una apuración más profundizada de los hechos y aspectos técnicos, como ocurrió, por ejemplo, en la ADI 3510, que el Supremo Tribunal Federal de Brasil apreció la constitucionalidad de la Ley de Bioseguridad (Ley Federal n. 11.105, de 24 de marzo de 2005) que permite la utilización de células tronco para la investigación científica. En España, los tribunales tradicionales tienen fundamento en artículo 125 de la CE/1978, que dispone: “*Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales*”. El Tribunal de las Aguas de Valencia es un ejemplo de estos tribunales tradicionales. Sobre el Tribunal de las Aguas de Valencia, véase: FAIRÉN GUILLEN, V. *El tribunal de las aguas de Valencia y su proceso: (oralidad, concentración, rapidez, economía)*. 2ed. Valencia: Caja de Ahorros de Valencia, 1988.

³³² BRASIL. CFB/1988: “*Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular*”.

³³³ BRASIL. CFB/1988: “*Art. 10. É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de*

instrumentos de democracia participativa, a lo mejor, anima para la utilización de estas prácticas de forma complementaria a democracia representativa alineada en el artículo 14.

En síntesis, la democracia exige la articulación de los instrumentos representativos y participativos para que sea posible la realización de la igualdad sustantiva, pluralismo y justicia. Hay que expandir la noción de participación ciudadana de forma que este alcance también la actividad administrativa y genere más efectividad.

Una vez delineado el sentido y alcance de la participación ciudadana, comprendiendo que está alcanza no solo la participación política sino también la participación en la AP urge alinear el contenido de la participación y colaboración.

Bajo una perspectiva de Administración pública relacional, los medios de actuación impositivos y unilaterales son suplementados o sustituidos por prácticas informativas y consensuales. Es decir, la voluntad colaborativa de los destinatarios de la acción es un elemento fundamental en esta nueva AP que busca una mayor eficacia y efectividad de su actuación. En este escenario son desarrolladas la participación y la colaboración en el ámbito administrativo.

En la doctrina administrativista existe una imprecisión terminológica relativa a los léxicos ‘participación’, ‘colaboración’ y ‘cooperación’, que son utilizadas, algunas veces, como sinónimas. Aunque el protagonista de los dos fenómenos sea el mismo, la sociedad, existen rasgos distintivos entre ellos.

discussão e deliberação”. “Art. 187. A política agrícola será planejada e executada na forma da lei, com a participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, bem como dos setores de comercialização, de armazenamento e de transportes, levando em conta, especialmente: I - os instrumentos creditícios e fiscais; II - os preços compatíveis com os custos de produção e a garantia de comercialização; III - o incentivo à pesquisa e à tecnologia; IV - a assistência técnica e extensão rural; V - o seguro agrícola; VI - o cooperativismo; VII - a eletrificação rural e irrigação; VIII - a habitação para o trabalhador rural”. “Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade. “Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes: I- descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social; II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis”.

Primero debemos considerar que la participación ciudadana engloba tanto la participación política, la participación en la actividad judicial y en el procedimiento legislativo cuanto la participación en la AP. Esta última, desde un punto de vista amplio, es caracterizada por el desarrollo de actividades por los particulares que contribuyen para la realización del interés general y comprende las actividades complementares de control administrativo³³⁴, las técnicas de participación *stricto sensu*, la colaboración y la cooperación.

Desde esta perspectiva, el dogma del monopolio estatal de los intereses generales es roto, pues los administrados y la AP actúan juntos para el alcance de dichos intereses. Por eso entendemos que la participación administrativa tiene como nota caracterizadora la afectación al interés general y no el protagonismo de la AP en la ejecución de la actividad como sugiere FERNÁNDEZ GARCÍA³³⁵.

Tampoco podemos considerar que la participación administrativa pueda generar irresponsabilidad de los partícipes³³⁶, esto porque en su contenido está necesariamente la responsabilidad ciudadana. Este es, incluso, el sentido de la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del ciudadano en relación con a la Administración pública, por la cual se reconoce al ciudadano una serie de derechos y *deberes* oriundos de esta posición jurídica³³⁷.

Como dicho, la participación administrativa lato sensu puede ser clasificada en más cuatro categorías: la participación *stricto sensu*, las actividades complementares de control administrativo, la colaboración y la cooperación.

La participación administrativa *stricto sensu* es lo que GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ designan de “*participación administrativa*”. Según dichos autores esta

³³⁴ Entendemos como actividades complementares de control administrativo aquellas ejercitadas por la ciudadanía de forma auxiliar al control administrativo como las denuncias que generan la apertura de un procedimiento sancionador administrativo.

³³⁵ Vid. FERNÁNDEZ GARCÍA, A. (2005), p. 28.

³³⁶ FERNÁNDEZ GARCÍA sostiene la irresponsabilidad del particular frente a cualquiera de las decisiones adoptadas por la Administración en las que éste participó, en coherencia con su papel de mero interlocutor social. Vid. *Ibid.* p. 28.

³³⁷ Importante registrar parte del preámbulo de la Carta Iberoamericana de los derechos y deberes del ciudadano en relación con la Administración Pública que evidencia esta doble visión de la condición de ciudadano: “*El estatuto del ciudadano en relación con la Administración Pública está compuesto por el derecho fundamental a la buena administración y sus derechos componentes, así como por los deberes que definen también la posición jurídica del ciudadano. Derechos y deberes son expresiones de la naturaleza dinámica y activa que hoy el Estado social y Democrático de Derecho demanda de los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones Públicas*”.

participación es caracterizada por la intervención de los privados en la actividad de la AP como afectados por el interés general, sin ostentar la condición de interesados³³⁸.

En la participación *stricto sensu*, el administrado intervén en la actuación administrativa como afectado del interés general, contribuyendo voluntariamente para el desarrollo de la función administrativa. En este ámbito, los administrados no buscan la satisfacción de un interés personal, aquí la actuación ciudadana se centra prioritariamente en el interés general.

Con efecto, la participación *stricto sensu* comporta subdivisiones, de manera que es posible reconocer la participación orgánica y la participación funcional o procedimental.

La primera está relacionada con la inserción de los particulares en órganos administrativos, como en la hipótesis del artículo 24 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local (Ley 7/1985, de 2 de abril)³³⁹. Esta forma de participación suele limitarse a organismos con funciones de consulta y propuesta³⁴⁰. La segunda consiste en la intervención de particulares desde fuera de la estructura administrativa (sin la condición de interesados) en la formación de actos y disposiciones administrativas, incluyendo también los participantes institucionales³⁴¹. Esta sería, por ejemplo, la hipótesis del artículo 105 de la CE/1978 y del artículo 5º, inciso XXXIII, de la CFB/1988³⁴².

³³⁸ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ, T.R. *Curso de Derecho Administrativo*. Vol. II, Decimotercera edición. Navarra: Editorial Aranzadi, 2013, p. 86.

³³⁹ ESPAÑA. Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local. “Artículo 24.1. Para facilitar la participación ciudadana en la gestión de los asuntos locales y mejorar ésta, los municipios podrán establecer órganos territoriales de gestión desconcentrada, con la organización, funciones y competencias que cada ayuntamiento les confiera, atendiendo a las características del asentamiento de la población en el término municipal, sin perjuicio de la unidad de gobierno y gestión del municipio. 2. En los municipios señalados en el artículo 121 será de aplicación el régimen de gestión desconcentrada establecido en el artículo 128”.

³⁴⁰ En materia medio ambiental, podemos citar como ejemplos el Foro Consultivo Europeo en materia de medio ambiente y desarrollo sostenible, creado por Decisión de la Comisión de 7 de diciembre de 1993 (Decisión 93/701/CE, posteriormente sustituida por la Decisión 97 /150 /CE, de 24 de febrero de 1997; como también, en el caso brasileño, el Consejo Nacional de Medio Ambiente (CONAMA) previsto en la Ley Federal n. 6.938, de 31 de agosto de 1981.

³⁴¹ FERNÁNDEZ GARCÍA excluí del concepto de participación funcional las participaciones directas en el ámbito judicial, dónde estarían, por ejemplo, las acciones populares, la institución del jurado y los Tribunales consuetudinarios y tradicionales. Según dicha autora, estas acciones consisten en participación privada en las funciones judiciales, y por lo tanto no pueden ser cuadradas como participación administrativa. Vid. FERNÁNDEZ GARCÍA, A. (2005). Op. cit. p. 39.

³⁴² BRASIL. CFB/1988: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral,

En cuanto a la participación funcional, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ entienden que ella es caracterizada por el auxilio y colaboración del ciudadano en el desarrollo de las tareas administrativas³⁴³. Estarían incluidas en esta categoría, la participación en información y consultas públicas, como previsto en el artículo 16 de la Ley 27/2006, de 18 de julio; la participación en el trámite de audiencia en la tramitación de anteproyectos de Leyes, Reglamentos e instrumentos de planificación, como previsto en la Ley 50/1997, de 27 de noviembre; y las peticiones o propuestas, en la forma del artículo 29 de la CE/1978³⁴⁴.

Además, para dichos autores, la denuncia (sea oriundo de una obligación o de una facultad), el ejercicio de acciones populares y las peticiones o propuestas (que no supongan reclamaciones o ejercicio de otros derechos), también serían formas de participación funcional³⁴⁵. Diversamente, entendemos que dichos actos, en realidad, son actividades complementares de control administrativo, que integran la noción de participación administrativa lato sensu.

Importante registrar las posibilidades de incremento de la participación funcional a través de las nuevas tecnologías. Como hemos dicho, las Administraciones públicas contemporáneas están impulsando la participación de la ciudadanía en la ejecución de sus tareas a través de herramientas de TIC.

En Brasil, podemos indicar como ejemplo de utilización de la tecnología para el desarrollo de la participación funcional el “*Gabinete Virtual*” que es una iniciativa del Gobierno de Rio Grande do Sul. Esta plataforma digital ofrece un espacio de intercambio argumentativo entre los ciudadanos y el gobierno. A través del “*Gabinete Virtual*” los ciudadanos pueden colaborar en la agenda del Gobernador, enviar sugerencias y participar de consultas públicas³⁴⁶.

Según SÁNCHEZ SÁEZ la colaboración administrativa sería una participación no informal de los privados sometida a una contraprestación pecuniaria, de manera que se

que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”.

³⁴³ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ, T.R. (2013). Op. cit., p. 94.

³⁴⁴ En Brasil podemos ejemplificar con las peticiones de información previstas en la Ley Federal n. 12.527, de 18 de noviembre de 2011; la audiencia pública para las grandes contrataciones prevista en la Ley Federal n. 8.666, de 7 de junio de 1993; la audiencia pública ambiental prevista en la Resolución CONAMA n. 09/1987.

³⁴⁵ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ, T. R. (2013). Op. cit., pp. 94-95.

³⁴⁶ Vid. COCOO, G. (org). *Gabinete Virtual: análise de uma experiencia*. Porto Alegre: Companhia Rio-grandense de Artes Gráfica (CORAG), 2013.

alejaría de la gratuidad presumida en los artículos 9.2 y 23 de la CE/1978³⁴⁷. Además, señala que, en la colaboración, el administrado no está inserto en la esfera subjetiva del aparato administrativo y el ejercicio de la actividad colaboradora tiene carácter sustitutivo con relación a la acción cometida a la Administración³⁴⁸.

Entendemos que la colaboración debe ser entendida como la actividad desarrollada por el privado con carácter sustitutivo de la actividad que sería realizada por la Administración. Aquí para el privado el objetivo principal es la obtención de beneficios personales (no solamente de carácter económico), no obstante, dicha actividad viabilice también el alcance del interés general. Desde esta perspectiva, el particular integra un procedimiento administrativo en la condición de interesado y este es el principal elemento diferenciador de la participación *stricto sensu*.

Además, conforme explica SÁNCHEZ SÁEZ, la colaboración es una “*modalidad propia de la expresión de la participación en nuestros días*³⁴⁹” y que “*debe ser absolutamente voluntaria por parte del administrado*³⁵⁰”. Señalamos que el voluntarismo también se aplica a la Administración pública, en sentido de que inexistente una obligación de pactar.

No obstante, algunos autores se refieren a la colaboración como participación cooperativa. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ la definen como la participación en la cual el administrado no integra la organización pública, sino que realiza una actividad estrictamente privada, conveniente al interés general, como previsto, por ejemplo, en la Ley de Fomento de la Minería, de 4 de enero de 1977³⁵¹.

CUTANDA LOZANO, por ejemplo, señala que, en esta categoría de participación, la AP busca “*la colaboración de los ciudadanos a través de fórmulas de incentivación o desincentivación de la iniciativa privada*³⁵²”. Es decir que la participación cooperativa interactúa con la función administrativa de fomento.

Entendemos que la participación cooperativa, que estaría relacionada a actividades privadas de interés general fomentadas por la Administración, no integra lo que

³⁴⁷ Cfr. SÁNCHEZ SAEZ, A. J. Op. cit. (2002). p. 46.

³⁴⁸ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ, T. R. (2013). Op. cit., p. 48.

³⁴⁹ Cfr. SÁNCHEZ SAEZ, A. J. (2002). Op. cit., p. 56.

³⁵⁰ Ibid. p. 58.

³⁵¹ Ibid. p. 95.

³⁵² Cfr. LOZANO CUTANDA, B. (2009). Op. cit., p. 152-153.

denominamos de colaboración. Esto porque la colaboración es la actividad desarrollada por el privado que tiene carácter sustitutivo de la actividad ejercida por el poder público. Tampoco se confunde con la participación administrativa stricto sensu que exige la intervención directa del particular en el funcionamiento de la AP, situación que no suele ocurrir en la denominada participación cooperativa. En esta existe el desarrollo de actividades privadas que contribuyen para el alcance del interés general y por eso la Administración va a estimularla. Las actividades realizadas por el tercer sector, por ejemplo, integran la participación cooperativa.

En realidad, lo que la doctrina denomina de participación cooperativa es simplemente cooperación. La cooperación consiste en una forma de participación administrativa (lato sensu), en la medida que los particulares ejecutan actividad privada que contribuye para la concreción del interés general.

Este es el sentido empleado por GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ cuando se refieren a la participación cooperativa, en los siguientes términos: *“en esta última forma de participación (en amplio sentido este término) el administrado no se integra en la organización pública, sino que actúa como tal sujeto privado, ni ejercita funciones materialmente públicas, como el supuesto anterior, sino que realiza una actividad estrictamente privada, aunque sea –y aquí se concreta el fenómeno colaborativo– en el sentido propugnado o estimado por la Administración como más conveniente a los intereses generales que ella representa y gestiona³⁵³”*.

La participación en la AP significa un avance importante en la consolidación de la democracia y en la construcción de una Administración pública relacional, en todas sus dimensiones (participación stricto sensu, colaboración, cooperación y control administrativo). Además, la participación permite potenciar la eficacia y eficiencia administrativa en la medida que implica los destinatarios de la función administrativa en su ejecución.

Bajo esta perspectiva que debemos reflexionar la actuación de la AP. Observamos que actualmente existe la tendencia de una actuación administrativa más consensual y dialógica. Las herramientas de colaboración, como los convenios de colaboración y los pactos firmados en el ámbito administrativo, son cada vez más frecuentes en la rutina

³⁵³ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ, T.R. (2013). Op. cit., p. 95.

administrativa. En definitiva, el consenso es un elemento fundamental en esta nueva etapa de modernización de la AP.

4. EL CONSENSO COMO HERRAMIENTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA RELACIONAL

La flexibilidad es una necesidad de la Administración pública contemporánea que puede ser alcanzada con la utilización de instrumentos de consenso³⁵⁴. El modelo de Administración pública relacional presenta más flexibilidad, pues utiliza instrumentos de colaboración no solo para la ejecución de actividades concretas, sino para la solución de conflictos. SANTOS destaca esta tendencia colaborativa, de fomento a la participación popular en los procesos de toma de decisión. Según el autor lusitano, los foros para la solución de controversias podrán ser integrados por instituciones estatales y la sociedad, permitiendo que la sociedad participe del proceso de toma de decisión, opinando sobre la solución más adecuada³⁵⁵.

Como hemos visto, este modelo consensual de gestión pública tiene fundamento en la democracia participativa y en el principio de eficiencia administrativa³⁵⁶. Esto porque

³⁵⁴ CASSESE señala que la flexibilidad empieza a sustituir la imperatividad de la actuación administrativa en determinadas actividades cuando afirma que: *“executive prerogatives and privileges, once widely accepted, are now increasingly perceived as being contrary to the rule of law and to the principle of judicial review. There is, therefore, a constant tension between the executive powers and social expectations for rights-based institutions. Moreover, there are areas where governmental agencies must address complex and technological problems in a flexible fashion or follow the principle of precaution (e.g., in environmental matters) and cannot be constrained by requirements of strict legality. Finally, the executive makes frequent resort to informality. For example, it produces reports and carries out informal consultations or cooperative arrangements, which are neither required nor forbidden”*. Cfr. CASSESE, Sabino. (2012). Op. cit., p. 610.

³⁵⁵ Cfr. SANTOS, B. D. S. (2011). Op. cit., pp. 105-106 y 340-341.

³⁵⁶ MOREIRA NETO también indica que los avances sociales exigen el incremento de otras formas de actuación administrativas, basadas en el consenso, cuando afirma que *“embora a imperatividade se constitua como característica própria da atuação do Estado — pois que este tem como atributo a concentração monopolista do poder coercitivo — é indubitável que o progresso das relações sociais, notadamente beneficiadas com os avanços na educação, na informação, na comunicação e, destacadamente, na prática democrática, tem substancialmente ampliado a atuação consensual do Poder Público. Assim é que se tem somado aos pactos públicos tradicionais — os contratos e atos administrativos complexos, como os convênios e consórcios administrativos — uma profusão de novas relações negociadas admitidas, em que se privilegia o consenso como método adequado para um mais fácil, mais célere e menos dispendioso atingimento de interesses públicos específicos postos a cargo do Estado. Com efeito, esta abertura se tem dado em amplo espectro, abrangendo desde a colaboração no planejamento, à tomada de decisão, à execução, ao controle e, até mesmo, à solução de conflitos, nesta hipótese, com a difusão do emprego dos meios da conciliação, da mediação e da arbitragem. Pode-se, portanto, afirmar que a consensualidade se vem sobressaindo como uma válida alternativa para incrementar, através da negociação, a eficiência administrativa, plenamente suportada, assim, no art. 37, caput, da Constituição”*.

la AP se vale del consenso para lograr la eficiencia de su actuación, tanto del punto de vista formal como sustancial. Es decir, el consenso también es el instrumento adecuado para la realización de la justicia, sobre todo en el ámbito sustancial.

En Brasil, podemos decir que el marco legal definitivo de la consensualidad en el Derecho Público es la Ley Federal n. 13.655, de 25 abril de 2018, que modificó el Decreto-ley n. 4.657 de 4 de septiembre de 1942, denominada de Ley de Introducción a las Normas de Derecho Brasileño (en adelante, LINDB). Como bien señala WALLBACH SCHWIND, la Ley Federal n. 13.655, de 25 de abril de 2018, estableció en la LINDB una regla general de aplicación de soluciones consensuadas para todos los ámbitos de la AP³⁵⁷. Esto significa un gran cambio en la actuación de las AAPP brasileñas, que pasan a adoptar una postura más relacional, buscando soluciones eficientes, razonables y compatibles con el interés general³⁵⁸.

Este es el sentido empleado por BARRA Y AGUIRRE DE CASTRO que explican que *“la realización del sentido material y eficiente del interés público debe ser la mayor preocupación del gestor del bien público, este debe preocuparse en realizar la justicia en su decisión, siempre guiado - obviamente – de las normas jurídicas, sin embargo, con miras a la realización máxima del interés del ciudadano (legalidad-juridicidad)”*³⁵⁹.

La AP en el ejercicio de su menester, hay que buscar la mejora de las condiciones de vida de las personas, extrayendo la máxima efectividad de los recursos y de sus

Cfr. MOREIRA NETO, D. D. F. O Direito Administrativo do século XXI: um instrumento de realização da democracia substantiva. *A&C–Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte: 2011, ano, v. 11, pp. 34-35.

³⁵⁷ Cfr. WALLBACH SHWIND, R. “Acordos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB: Normas de Sobredireito sobre a celebração de compromissos pela Administração Pública”, en JUSTINO DE OLIVEIRA, G. (Coord.); BARROS FILHO, W. A. D. (Org.). *Acordos Administrativos no Brasil: teoria e prática*. São Paulo: Almedina, 2020, pp. 161/162.

³⁵⁸ El artículo 26 de la LINDB enfatiza esto cambio para una Administración pública relacional en la medida que dispone que *“para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial”*. Por ello, MARQUES NETO y VÉRAS DE FREITAS señalan que *“nas últimas décadas, vários instrumentos normativos previram formas de materialização da consensualidade administrativa, como previsão de consultas e audiências públicas prévias à edição de atos normativos, bem como uma plêiade de dispositivos que disciplinaram espécies díspares de acordos substitutivos. A nova LINDB (Lei n. 13.655/2018), por intermédio do seu art. 26, dá um importante passo para a consagração definitiva desse vetor no Direito brasileiro”*. Cfr. MARQUES NETO, F. D. A.; VÉRAS DE FREITAS, R. *Comentários à Lei 13.655/2018 (Lei da segurança para a inovação pública)*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 101.

³⁵⁹ Cfr. BARRA, R. C.; AGUIRRE DE CASTRO, R. P. Administración pública consensual: un análisis entre el modelo burocrático y responsable (“gerencial”). *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte: n. 114, jan./jun. 2017, p. 494/495.

actividades. El alcance de dichas finalidades puede ser potencializado por el consenso, que, en el contexto brasileño, está expresamente reconocido en la LINDB.

Según MOREIRA NETO, la AP del consenso puede estar orientada a tres finalidades principales: promoción, realización y recuperación del interés público. Es decir que el consenso puede estar presente en tres momentos del ejercicio de la función administrativa, cuáles sean, en la construcción de la voluntad administrativa, en la ejecución de la decisión y en la revisión de la actuación estatal³⁶⁰.

La AP puede optar por diversos grados de consenso, sea como un instrumento de escucha del administrado que puede contribuir para la construcción de la decisión administrativa, pero sin cualquier vinculación; o como elemento de vinculación de las decisiones administrativas, en general presente en la efectución de la decisión o en su revisión. Ambas las formas favorecen la democracia y concretan el principio de eficiencia.

En cuanto mecanismo de construcción de la voluntad administrativa, sin vinculación, tenemos, por ejemplo, la hipótesis de audiencia pública que ocurre en Brasil para los procedimientos de licitación pública, acogida en el ordenamiento jurídico brasileño en el artículo 21 de la Ley Federal n. 14.133, de 1º de abril de 2021³⁶¹. En este caso, la escucha a la ciudadanía es una etapa facultativa del procedimiento y su contenido no vincula a la AP. Es importante decir que, aunque no haya la vinculación en cuanto al contenido de la audiencia, la AP debe aprovechar este espacio para coleccionar

³⁶⁰ Cfr. MOREIRA NETO, D. D. F. Novos institutos consensuais da ação administrativa. [en línea]. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 231, jan. 2003. ISSN 2238-5177, pp. 147. [consulta: 20 marzo 2018]. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v231.2003.45823>. Disponible en: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45823/45108>>.

³⁶¹ El artículo 21 de la Ley Federal n. 14.133, de 1º de abril de 2021 dispone lo siguiente: “*A Administração poderá convocar, com antecedência mínima de 8 (oito) dias úteis, audiência pública, presencial ou a distância, na forma eletrônica, sobre licitação que pretenda realizar, com disponibilização prévia de informações pertinentes, inclusive de estudo técnico preliminar e elementos do edital de licitação, e com possibilidade de manifestação de todos os interessados*”. El régimen anterior de licitación y contratación públicas establecido en la Ley Federal n. 8.666, de 21 de junio de 1993, también preveía la audiencia pública como herramienta de construcción de la voluntad administrativa sin vinculación, en los siguientes términos: “*Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea "c" desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados*”.

informaciones, opiniones y propuestas de los afectados por la contratación, tornándola más efectiva³⁶².

En este escenario de formulación de la voluntad administrativa, es fundamental que la AP ofrezca una devolutiva a la sociedad, indicando las contribuciones que fueran aceptadas y justificado los motivos en caso de no incorporación. Así, es posible alcanzar el consenso y extraer el máximo de efectividad de la audiencia pública.

También podemos indicar el consenso para la construcción de la voluntad del Estado en el curso del procedimiento administrativo con carácter vinculado, como en el caso de la terminación convencional³⁶³ prevista en el artículo 86 de la LPACAP.

HERNÁNDEZ GONZÁLES, en comentarios al dicho artículo, plantea que la importancia de la terminación convencional fue la idea de apertura de la AP para una nueva forma de administrar, en desarrollo a la previsión constitucional del artículo 105.a de la CE/1978³⁶⁴.

En la terminación convencional, según el apartado 1 del artículo 86 de la LPACAP, la convención puede determinar la finalización del procedimiento administrativo y, en este caso, sustituye a la decisión final, produciendo un acto administrativo pactado con efectos vinculantes; o insertarse en los procedimientos administrativos con carácter previo, vinculantes o no. En el caso de la terminación convencional con efectos

³⁶² El IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) investigando la efectividad de las audiencias públicas en Brasil señala que en el planeamiento de emprendimientos o en la realización de políticas públicas con foco específico es necesario ampliar la inclusión social y garantizar la expresión de todos los intereses y opiniones implicados. Vid. FERRAZ FONSECA, I. et al. Audiências públicas: fatores que influenciam seu potencial de efetividade no âmbito do Poder Executivo federal. *Revista do Serviço Público*, 2013, vol. 64, no 1, p. 7-29.

³⁶³ La terminación convencional del procedimiento administrativo fue prevista inicialmente en la LRJPAC que disponía sobre el régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. No obstante, la LRJPAC fuera derogada por la LPACAP y la LRJSP). Así, la disposición referente a la terminación convencional del procedimiento administrativo ahora está recorrida en el artículo 86 de la LPACAP. La redacción de dicha ley no diverge mucho de la revocada, de manera que la posibilidad de terminación de los procedimientos administrativos a través de acuerdos que no sean contrarios al ordenamiento jurídico, ni que traten de materias no susceptibles de transacción fuera mantenida. La única distinción es que la LPACAP establece que el Consejo de Ministros u órgano equivalente de las Comunidades Autónomas aprobarán el acuerdo, sobre las materias de la competencia directa de dichos órganos. De este modo, la medida consensual puede ser aplicada en el curso del procedimiento administrativo y generar su terminación. SÁNCHEZ SÁEZ destaca que la previsión de la terminación convencional en el art.88.1 de la LRJPAC fue un marco legal importante en el ordenamiento jurídico español, una vez que los países del entorno ya contaban con una regulación sobre el tema, como Alemania y Italia, por medio de las Leyes de Procedimiento administrativo de 1976 y 1990 respectivamente. Cfr. SÁNCHEZ SÁEZ, A. J. (2002). Op. cit., p. 97.

³⁶⁴ Cfr. HERNÁNDEZ GONZÁLES, F. L. “La terminación del procedimiento administrativo”, en GAMERO CASADO, E. (Dir.). *Tratado de Procedimiento Administrativo Común Y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*. Tomo II. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 1740.

vinculantes serán producidos actos administrativos pactados en sustitución a los actos unilaterales. Por eso SÁNCHEZ SÁEZ afirma que la AP “*en su actuación diaria puede optar por imponer unilateralmente su voluntad o, por contra, por consensuar sus actos y disposiciones en lo posible*”³⁶⁵.

Estos actos administrativos pactados o consensuales³⁶⁶ son definidos por PAREJO ALFONSO “*como el acuerdo de voluntades entre una AP y uno o varios sujetos de Derecho, regulado por el Derecho administrativo, celebrado en el contexto de un procedimiento administrativo a través del que aquélla deba ejercer una potestad asimismo administrativa y para la terminación o la preparación —en términos vinculantes— de la terminación de éste, que está dirigido a la constitución, modificación o extinción de una relación jurídico-administrativa*”³⁶⁷.

En la hipótesis del artículo 86.1 de LPACAP, la elección de la vía consensual por la AP es una competencia discrecional, aunque el contenido del pacto sea vinculante para la Administración. Por ello, la AP puede sustituir el acto unilateral por un acto pactado.

En el ámbito del derecho sancionatorio también es posible pactar en el procedimiento administrativo con el objetivo de aplicar medidas alternativas a la sanción. Aquí, la medida sustitutiva de la sanción, obtenida a través de un pacto entre las partes, puede generar la terminación del procedimiento administrativo.

En esta hipótesis el pacto puede generar, en un primero momento, la suspensión del procedimiento administrativo sancionatorio y, en el caso de cumplimiento del acuerdo, la extinción del procedimiento. BELANDO GARÍN también indica que en el ámbito sancionatorio es posible la realización de una convención con el objetivo de evitar el

³⁶⁵ Ibid., p. 53.

³⁶⁶ El reconocimiento de la existencia de actos administrativos pactados impone la necesidad de revisión de la teoría del acto administrativo. Esto porque la construcción de la teoría del acto administrativo está basada en actos unilaterales e imperativos, no habiendo espacio para la inserción de actos fundamentados en el consenso. Por ello, BENALCAZAR GUERRÓN reflexiona que “*lo cierto es que los actos administrativos consensuales deben estudiarse dentro de la teoría de los actos administrativos. Los actos unilaterales y los consensuales tienen en común el carácter concreto del asunto sobre el cual versan y su procedencia de una potestad administrativa distinta a la reglamentaria, sólo que ahora dicha potestad se puede ejercer alternativamente en forma unilateral o con participación del administrado*”. En: BENALCAZAR GUERRÓN, J. C. (2006). Op. cit., p. 29.

³⁶⁷ Cfr. PAREJO ALFONSO, L. *Lecciones de derecho administrativo*, 9ª edición revisada, actualizada y ampliada. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 806.

procedimiento administrativo lo que sería una medida más próxima de lo que se denomina de justicia restaurativa³⁶⁸.

Este es el sentido empleado por la Ley 3/2022, de 24 de febrero, de convivencia universitaria, reformuló el marco de convivencia universitaria adaptándolo a las exigencias del Estado Constitucional vigente. La centralidad de dicha ley está en el estímulo a las soluciones pactadas para la resolución de los conflictos en el ambiente universitario.

En Brasil, podemos citar la experiencia de la suspensión del procedimiento administrativo disciplinario (SUSPAD), prevista en el Estatuto de los Servidores Públicos del Municipio de Belo Horizonte (Ley Municipal n. 9.310, de 2006), que objetiva permitir la autorrecuperación del servidor transgresor en las infracciones de menor potencial ofensivo a la disciplina interna de la AP³⁶⁹. Este cambio de paradigma busca retirar de la actividad de control la idea de castigo para insertar el diálogo y consenso.

Hay también la hipótesis del pacto que se inserta en un procedimiento con carácter previo, de manera que la convención consistiría en una preparación con carácter vinculante o no³⁷⁰. Conforme explica PAREJO ALFONSO estos preacuerdos, cuando no vinculantes, son siempre admisibles, puesto que no condicionan jurídicamente la actividad administrativa; los vinculantes, por el contrario, exigen regulación administrativa sectorial previa para que sean adoptados³⁷¹.

El consenso también puede estar presente en la ejecución de la voluntad administrativa, sobre todo en el ámbito contractual. Por lo tanto, los contratos de concesión, los convenios, los acuerdos, el *franchising* público y las diversas formas de colaboración privada con el poder público, están inseridos en esta idea de participación y

³⁶⁸ Cfr. BELANDO GARÍN, B. “Ordenanzas de convivencia ciudadana: mediación y medidas sustitutivas ¿dónde están los límites?”, en LLORIA GARCÍA, P. (directora). *Convivencia ciudadana: mediación, conciliación y técnicas de prevención y resolución del conflicto ciudadano*. Iustel, 2018. p. 57-78.

³⁶⁹ Cfr. FERRAZ, L. (2019). Op. cit., p. 169-173.

³⁷⁰ BELANDO GARÍN registra que es posible el desarrollo de una convención, a través de mediación, como medida preparatoria a práctica de un acto administrativo o una actuación material de la Administración, sin que haya la instauración de un procedimiento administrativo o proceso judicial. En esta situación, la mediación no es terminativa del procedimiento administrativo, es una etapa precedente al acto de la Administración. Según la autora, en el Derecho Tributario, es posible encontrar ejemplos de dicha situación, como las actas de conformidad del art. 165.a), b) y d) de la LGT y las actas con acuerdo del art. 155 de la LGT. Vid. BELANDO GARÍN, B. “La Mediación Administrativa. Entre el derecho a una buena administración y la renovación de la Justicia”, en AGUDO GONZÁLEZ, J. (director). *Control Administrativo y Justicia Administrativa*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 2016, p. 211.

³⁷¹ *Ibid.*, p. 809.

consenso. Estos vínculos negociales establecidos con terceros sujetos contribuyen para la horizontalidad de las relaciones entre el público y el privado³⁷².

El consenso también puede ser utilizado para la revisión de la actuación administrativa, es decir, como instrumento que viabiliza la sustitución de una decisión por otra, con vistas a la pacificación de conflictos. En este sentido, es importante registrar la posibilidad acogida en la LPACAP en el artículo 112.2³⁷³. En este dispositivo, el legislador español ha considerado los medios alternativos de solución de conflictos (mediación, conciliación y arbitraje) como medidas sustitutivas de los recursos administrativos.

La tendencia de la contemporaneidad, como ya señalamos, es justamente la ampliación de actuación pactada en detrimento del abordaje unilateral e imperativo. Por ello, JOHONSOM DI SALVO subraya que la incorporación del consenso a la AP no representa una ruptura dramática del modelo imperativo de gestión pública, pero solamente atenúa su aplicación³⁷⁴. Por tanto, el consenso no va a generar la desnaturalización de las actividades administrativas que demandan un abordaje imperativo y unilateral.

Por todo lo que hemos visto, el consenso es un instrumento necesario para la ampliación de la eficacia y eficiencia administrativa, en la medida que proporciona más flexibilidad a la actuación administrativa. Así, para la construcción de una AP moderna y capaz de solucionar los problemas de la sociedad contemporánea, que exigen flexibilidad

³⁷² CASSESE comenta el cambio en la relación entre el Poder público y la sociedad civil, señalando que *“National governments make increasing use of private law. Contracts between the state and private persons, once almost unknown (as they challenged the very idea of state sovereignty), are now a common feature of state activity. Consequently, the state becomes dependent upon collaboration with civil society. With the emergence of the enabling state, the focus of public activity has shifted toward measures aimed at financing benefits through the market. Therefore, a large part of social welfare has become a lucrative, privatized, commercial, and for-profit activity. Outsourcing and public-private partnerships increase efficiency and sectionalism, which in turn contribute to the fragmentation of the state”*. Cfr. CASSESE, S. (2012). Op. cit., p. 607.

³⁷³ ESPAÑA. Ley 39/2015, de 01 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. *“Art.112.2. Las leyes podrán sustituir el recurso de alzada, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o Comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, con respeto a los principios, garantías y plazos que la presente Ley reconoce a las personas y a los interesados en todo procedimiento administrativo. En las mismas condiciones, el recurso de reposición podrá ser sustituido por los procedimientos a que se refiere el párrafo anterior, respetando su carácter potestativo para el interesado. La aplicación de estos procedimientos en el ámbito de la Administración Local no podrá suponer el desconocimiento de las facultades resolutorias reconocidas a los órganos representativos electos establecidos por la Ley”*.

³⁷⁴ Cfr. JOHONSOM DI SALVO, S. H. P. G. (2018). Op. cit., p. 35.

e interacción con la sociedad, es necesaria la inclusión en el aparato administrativo de herramientas de consenso y diálogo. Por eso, la incorporación de los medios alternativos de solución de conflictos al Derecho Público crea un camino idóneo para la construcción de la colaboración y del consenso entre AP y administrados.

CAPÍTULO TERCERO

EL ACCESO A LA JUSTICIA EN EL CONTEXTO CONTEMPORÁNEO

1. EL ACCESO A LA JUSTICIA Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN EL MARCO DEL PARADIGMA DE LA DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA

Las garantías constitucionales de acceso a la justicia y de tutela judicial efectiva tienen su origen en la consagración del Estado de Derecho, en el sentido de existir un deber estatal de contribuir para la efectividad del orden jurídico. Esto porque no es suficiente que el orden jurídico reconozca derechos, hay que establecer recursos de protección a dichos derechos para que la dignidad de la persona humana sea efectivamente garantizada.

Tampoco podemos olvidar que el paradigma de la dignidad de la persona humana, reconocido en las cartas constitucionales democráticas y en los diversos tratados y documentos internacionales, es el parámetro de interpretación y de validez de las garantías constitucionales. Por lo tanto, las garantías constitucionales de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva deben ser entendidas bajo esta perspectiva.

Para la adecuada interpretación del acceso a la justicia y de la tutela judicial efectiva, es necesario considerar también los requerimientos de una sociedad compleja y plural, enmarcada por los influjos de la globalización y de las nuevas tecnologías. Como bien registra CURY, *“la sociedad moderna y la evolución tecnológica presentan nuevos*

*deseos que no pueden o no son adecuadamente tratados por el modelo convencional de proceso judicial*³⁷⁵ (traducción propia).

Por ello, MARTÍN DIZ pondera que un Estado moderno debe adaptarse a las nuevas realidades sociales, culturales, económicas y jurídicas, una vez que la efectividad de los derechos de los ciudadanos descansa en sobre la percepción de justicia y los medios para su obtención³⁷⁶.

La Constitución Española de 1978, por ejemplo, reconoce, en su artículo 24.1, el derecho a la tutela judicial efectiva en los siguientes términos: *“Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”*.

La interpretación literal del artículo 24.1 de la CE/1978 puede conducir al entendimiento de que la tutela judicial efectiva está reservada al ámbito de la jurisdicción. Es decir, solamente los tribunales y jueces podrían prestar dicha garantía constitucional.

Sin embargo, esta es una conclusión equivocada³⁷⁷. La tutela judicial efectiva debe ser entendida en una perspectiva más amplia, fundada en una interpretación teleológica y sistémica del texto constitucional. Por ello, MARTÍN DIZ explica que *“el proceso judicial no ha de ser la única ratio para satisfacer derechos, para exigir el cumplimiento de obligaciones, para, en definitiva, resolver conflictos y litigios”*³⁷⁸.

El propio Tribunal Constitucional Español, en la sentencia STC 176/1996, de 11 de noviembre reconoce que medios adecuados de resolución de conflictos son idóneos al ejercicio de la tutela judicial efectiva: *“el derecho a la tutela judicial efectiva puede ejercitarse tanto en la jurisdicción ordinaria como mediante arbitraje. De manera que no cabe entender que, por el hecho de someter voluntariamente determinada cuestión*

³⁷⁵ Cfr. CURY, C. F. “Mediação”, en: *Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos*. ZANETI JÚNIOR, H.; XAVIER CABRAL, T. N. (Coords.). Salvador: JusPodivm, 2018, p. 485.

³⁷⁶ Cfr. MARTÍN DIZ, F. (2018). Op. Cit., p. 37.

³⁷⁷ Así también entiende Joaquim Tornos Mas que emplea la siguiente interpretación a los artículos 24.1 y 160 de la Constitución Española de 1978: *“El derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24) y la sumisión de la actuación administrativa a los tribunales (art. 160 CE) impiden crear zonas exentas a la revisión jurisdiccional, pero no se oponen a ofrecer vías complementarias a la solución de los conflictos. El administrado puede encontrar en ellas satisfacción a su pretensión (se le hará justicia, aunque no se haga jurisprudencia), y el interés general conseguirá que se reduzca el volumen de asuntos ante los Tribunales, con lo que podrá mejorarse su eficacia y la calidad de sus resoluciones”*. Cfr. TORNOS MAS, J. “Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos”, en *Revista de Administración Pública*, N. 136, enero-abril 1995, ISSN 0034-7639, p. 159.

³⁷⁸ Cfr. MARTÍN DIZ, F. (2018). Op. cit., p. 36.

litigiosa al arbitraje de un tercero, quede menoscabado y padezca el derecho a la tutela judicial efectiva que la Constitución reconoce". Es decir que la tutela judicial efectiva no es sinónimo del derecho de acceso a la jurisdicción pública.

Bajo esta misma perspectiva debe ser interpretado el inciso XXXV del artículo 5° de la CFB/1988 que dispone sobre el derecho fundamental de acceso a la justicia. Según MANCUSO dicho dispositivo constitucional señala que la prohibición de exclusión de examen del Poder Judicial de cualquier lesión o amenaza a derecho está direccionada al Legislador, con la finalidad de impedir que se produzca leyes capaces de obstar o dificultar el acceso a la jurisdicción³⁷⁹.

Es decir que el derecho del ciudadano de acceso a la justicia no debe ser reducido al derecho de demandar ante a los Tribunales. En realidad, dicho derecho debe ser identificado con el efectivo ejercicio del contradictorio y todo lo que sea necesario para eliminar cualquier insatisfacción³⁸⁰. Este también es el sentido de la doctrina de CAPPELETTI y GARTH cuando afirman que las técnicas procesales tienen funciones sociales y los tribunales no son el único medio que se debe tomar en consideración para la resolución de disputas³⁸¹. Además, el derecho de acceso a la justicia no debe ser comprendido solamente como la posibilidad de reprimenda a vulneraciones a los derechos, sino también como la posibilidad de prevención a dichas violaciones.

En este escenario, los mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos deben ser tomados como una forma de garantizar el acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva. Esto porque dichos derechos fundamentales deben ser entendidos en una perspectiva más sustantiva para implicar en calidad de la Administración de la Justicia y en la participación y empoderamiento del ciudadano, concretando el principio de dignidad de la persona humana. Por ello, TORNOS MAS plantea que *"la nueva posición de la Administración en relación con la ley y con la sociedad comporta que no todos los conflictos tengan su mejor respuesta en un proceso judicial"*³⁸².

³⁷⁹ Cfr. MANCUSO, R. D. C. *Acesso à Justiça: Condicionantes legítimas e ilegítimas*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 235-236.

³⁸⁰ Vid. CINTRA, A.; PELLEGRINI GRINOVER, A.; DINAMARCO, C. R. *Teoria Geral do Processo*. Vigésima Novena edición. São Paulo: Malheiros, 2013, p.42. Véase también: STF. Recurso Extraordinário n. 158.655/PA. Relator Ministro Marco Aurélio de Mello, 20.08.1996, publicación: DJ de 02.05.1997.

³⁸¹ Cfr. CAPPELETTI, M.; GARTH, B. (1996). Op. Cit., p. 13.

³⁸² Cfr. TORNOS MAS, J. (1995). Op. cit., p.152.

La lentitud de la justicia es otro factor que debe ser considerado para determinar las herramientas que proporcionan el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva. Esto porque la morosidad es un factor de bloqueo al acceso a la justicia, una vez que compromete la tutela judicial efectiva. Sobre el tema, el STF³⁸³ se manifestó en el sentido de que el derecho a la razonable duración del proceso, reconocido en la CFB/1988, como derecho fundamental, integra la garantía del acceso a la justicia³⁸⁴.

También hay que considerar que muchas veces la respuesta jurisdiccional no es la más adecuada para solucionar un determinado conflicto, ya que algunos elementos de la controversia no son susceptibles de apreciación jurisdiccional, lo que dificulta la oferta de una solución que efectivamente torne resuelto el conflicto. En estas circunstancias no se puede hablar de tutela judicial efectiva o de acceso a la justicia.

Por ello, MEJÍAS GÓMEZ afirma que la tutela de los derechos fundamentales no corresponde solamente al Poder Judicial, sino todos los poderes del Estado, e incluso las instituciones privadas que tienen la obligación de respetarlos y hacerlos efectivos, de manera que los mecanismos extrajudiciales serían instrumentos de protección de dichos derechos³⁸⁵.

A partir de una relectura de las garantías de acceso a la justicia y de tutela judicial efectiva es posible producir una reintegración de la justicia a los propios ciudadanos, creando, como bien registra MARTÍN DIZ, *“un espacio común entre el monopolio estatal de Administración de la Justicia a través de la función jurisdiccional y el*

³⁸³ De acuerdo con el STF *“de nada valeria a CF declarar com tanta pompa e circunstância o direito à razoável duração do processo (e, no caso, o direito à brevidade e excepcionalidade da internação preventiva), se a ele não correspondesse o direito estatal de julgar com presteza. Dever que é uma das vertentes da altissonante regra constitucional de que a ‘lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’ (inciso XXXV do art. 5º). Dever, enfim, que, do ângulo do indivíduo, é constitutivo da tradicional garantia de acesso eficaz ao Poder Judiciário (‘universalização da Justiça’, também se diz)”. (HC 94.000, voto del Ministro Ayres Britto, juzgado en 17-6-2008, Primera Turma, DJE de 13-3-2009).*

³⁸⁴ La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) también reconoce el derecho a la razonable duración del proceso como parte integrante de garantía de acceso a la justicia, como se puede ver en el siguiente fragmento del caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs Paraguay: *“En el presente caso, el Paraguay no ha adoptado las medidas adecuadas de derecho interno necesarias para asegurar un procedimiento efectivo que dé una solución definitiva a la reclamación planteada por los miembros de la Comunidad Sawhoyamaya [...] Por todo lo anteriormente expuesto, la Corte considera que el procedimiento legal de reivindicación de tierras instaurado por los miembros de la Comunidad Sawhoyamaya desconoció el principio del plazo razonable y se mostró completamente inefectivo, todo ello en violación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la misma”.*

³⁸⁵ Cfr. MEJÍAS GÓMEZ, J. F. (2009). Op. Cit. p. 65.

protagonismo del ciudadano en la elección, e incluso actuación, en la tutela jurídica de sus derechos que la Justicia debe ofrecerle”³⁸⁶.

Por el expuesto, es necesario entender las garantías constitucionales del acceso a la justicia y de la tutela judicial efectiva en sintonía con el principio de dignidad de la persona humana. Para esto también es necesario aplicar una interpretación dinámica³⁸⁷, susceptible de adaptaciones en virtud de los cambios de la realidad social, económica y cultural³⁸⁸, permitiendo la adopción de un sistema de justicia de múltiples posibilidades. Por lo tanto, el acceso a la justicia debe permitir más de una vía de solución para el conflicto, como también proporcionar a los ciudadanos la vía más adecuada.

1.1. Sistema Multipuertas y “*Alternative Dispute Resolution*”: nuevo paradigma de acceso a la justicia

Como hemos visto en la sección anterior, la concepción de acceso a la justicia basada en la dignidad de la persona humana y en la lectura actualizada de los fenómenos sociales y económicos conduce a la adopción de un concepto más amplio de tutela judicial efectiva. Por ello, MARTÍN DIZ propone la ampliación del actual derecho a la tutela judicial efectiva hacia el “derecho a la justicia efectiva”, con base en el protagonismo ciudadano frente al Estado y en la autogestión de conflictos³⁸⁹. Esta visión expandida de acceso a la justicia y de tutela judicial efectiva, no exclusivamente vinculada a la tutela judicial, coincide con la propuesta de un sistema de justicia basado en múltiples posibilidades de solución de una disputa.

Este es el sentido del “*multi-door-Justice System*” (sistema multipuertas) que propone la creación de un tribunal con múltiples puertas de solución de conflictos³⁹⁰. Esta

³⁸⁶ Cfr. MARTÍN DIZ, F. Del derecho a la tutela judicial efectiva hacia el derecho a una tutela efectiva de la justicia. *Revista europea de derechos fundamentales*, n. 23, 2014, p. 163.

³⁸⁷ Algunas Constituciones hacen referencia expresa a la utilización de otros mecanismos para la solución de conflictos, como la Constitución de México y la de Venezuela, en los artículos 17.3 y 258, II, respectivamente.

³⁸⁸ Vid. PELLEGRINI GRINOVER, A. Modernidade do direito processual brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito*. Universidade de São Paulo, v. 88, p. 273-298, 1993.

³⁸⁹ Cfr. MARTÍN DIZ, F. (2018). Op. cit. p. 49.

³⁹⁰ JOHONSOM DI SALVO explica que, no obstante, el sistema multipuertas tenga nacido en el ámbito de los tribunales, su evolución demuestra que este sistema puede desarrollarse perfectamente fuera del órgano jurisdiccional. Cfr. JOHONSOM DI SALVO, S. H. “Arbitragem de conflitos na Administração Pública brasileira e o sistema multipuertas de resolução de disputas: um olhar revisitado e uma perspectiva para o futuro”, en JÚDICE MOREIRA, A.; FRANCO NASCIMBENI, A.; BEYRODT, C.; MORAIS TONIN, M.

estructura permite elegir el método de solución más adecuado a las peculiaridades de cada demanda. El sistema multipuertas tiene su origen en los Estados Unidos, en los estudios desarrollados por el Profesor Frank Sander de la Universidad de Harvard, en los años setenta³⁹¹.

Una de las premisas del sistema multipuertas es reconocer las ventajas y desventajas de cada proceso de resolución de disputas, como bien explican MORAIS SALES e ALMEIDA DE SOUSA³⁹². El diagnóstico originado de la evaluación de estos aspectos positivos y negativos conduciría al método más adecuado para la solución de un determinado conflicto. Por tanto, en este modelo, la jurisdicción no es la única forma de solución de los conflictos, una vez que es posible combinar otras herramientas³⁹³, así denominadas de “*Alternative Dispute Resolutions*”.

La expresión “*Alternative Dispute Resolution*” (en adelante, ADR) también es atribuida al Profesor Frank Sander, que la había utilizado en 1976 juntamente con la idea del sistema multipuertas³⁹⁴. Posteriormente “*Alternative*” empezó a ser interpretado como “*Appropriate*”, para indicar la complementariedad de los sistemas, lo que se puede traducir como Métodos Adecuados de Solución de Conflictos (MASC)³⁹⁵.

Los ADR surgieron como una respuesta a los problemas de acceso a la justicia y representaron un cambio en la forma de comprender las relaciones, los conflictos y la

(Coord.). *Mediação e Arbitragem na Administração Pública: Brasil e Portugal*. São Paulo: Almedina, 2020, pp.343-344.

³⁹¹ Profesor Frank Sander expos la idea del “*multi-door-Justice System*” en una conferencia denominada “*The Pound Conference*”, en el año de 1976, en Minnesota. Vid. MARQUES CEBOLA, C. *La mediación: un nuevo instrumento de la Administración de la Justicia para la solución de conflictos*. (Tesis Doctoral). [en línea]. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2011, p. 67. [consulta: 15 febrero 2019]. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10400.8/761>.

³⁹² Cfr. DE MORAIS SALES, L. M.; ALMEIDA DE SOUSA, M. O sistema de múltiplas portas e o judiciário brasileiro. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 5, n. 16, p. 204-220, 2011.

³⁹³ Vid. GRAY, E. B. Creating History: The Impact of Frank Sander on ADR in the Courts. [en línea]. *Negotiation Journal*, October 2006, p. 445-454. [consulta: 10 abril 2021]. DOI: 10.1111/j.1571-9979.2006.00113.x. Disponible en: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1571-9979.2006.00113.x>

³⁹⁴ Ibid.

³⁹⁵ BARONA VILAR comenta este cambio en el entendimiento de los ADR cuando afirma que “desde que surgiera como movimiento de solución de conflictos la denominada ADR, se ha acogido estas siglas para englobar a las distintas vías o técnicas que vienen siendo habitualmente utilizadas en la sociedad americana para resolver cuantas cuestiones no pretendan ser abordadas por los tribunales. En estos últimos tiempos, sin embargo, ha cambiado el término ‘alternativas’ por ‘adecuadas’, en gran medida porque la alternatividad no siempre respondía a la verdadera naturaleza de la técnica o medio empleado”. Cfr. BARONA VILAR, S. *Solución extrajudicial de conflictos – “Alternative dispute resolution” (ADR) y Derecho Procesal*. Valencia: Tirant lo Blanch alternativa, 1999, p. 69.

Administración de la Justicia³⁹⁶. Estos métodos están basados en la idea de flexibilizar los procedimientos para encontrar soluciones consensuadas que gestionen o pongan fin al conflicto.

Según BARONA VILAR, el movimiento de los ADR tenía como bandera la idea de garantizar el ‘libre acceso a la justicia’ con base en la defensa de que todos tuviesen la posibilidad de acceder a un medio, cualquiera que éste sea, para solucionar una controversia³⁹⁷. En este contexto, el movimiento de los ADR integró una ola de movimientos críticos del sistema jurídico norteamericano, basado en la corriente de pensamiento *Critical Legal Studies*³⁹⁸ perfeccionada en la Universidad de Harvard.

Según TWINING el desarrollo de los ADR está basado en tres razones fundamentales: 1. El reconocimiento del colapso de los órganos jurisdiccionales civiles y penales; 2. El sentimiento creciente de que faltan mecanismos privados para la resolución de controversias, sobre todo entre particulares; 3. La incapacidad del sistema de garantizar a todos el acceso a la justicia considerando su congestión, alto costo y retraso³⁹⁹.

Sin embargo, este tipo de técnica ya era empleada en los Estados Unidos, en los treinta, como respuesta a los conflictos laborales originados en la Gran Depresión de 1929. Además, los cambios políticos y económicos proporcionados por el *New Deal* impulsaron la adopción de esta metodología para la solución de dichos conflictos y por eso se aprobó el *National Relation Labor Act*⁴⁰⁰. Además, la lucha por los derechos civiles, en los sesenta, también estimuló la utilización de mecanismos alternativos a la vía judicial.

El movimiento de los ADR no quedó aislado en el medio académico y produjo efectos en la normativa norteamericana. Entre los ochenta y los noventa fueron editados los siguientes diplomas relacionados a los ADR: *Federal Rules of Civil Procedure*

³⁹⁶ Vid. MORALES FERNÁNDEZ, G. *Los sistemas alternativos de resolución de conflictos: La Mediación. Sistemas complementares al proceso. Nuevo enfoque constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva*. Sevilla: HISPALLEX, 2014, p. 73.

³⁹⁷ Cfr. BARONA VILAR, S. (1999). Op. cit., p. 49.

³⁹⁸ El *Critical Legal Studies* consiste en un movimiento filosófico que surgió en los treinta y estaba basado en el Realismo Jurídico. Este movimiento pretendía exponer las ambigüedades e incoherencias del Derecho y se contraponía a todo tipo de normativismo. Vid. BARONA VILAR, S. Fomento de las ADR en España (Hacia un sistema de tutela plural del ciudadano que permita la desconflictivización y la búsqueda de la paz social). *Revista Seqüència*, n. 51, p. 169-201, dec. 2005.

³⁹⁹ Cfr. TWINING, W. *Alternative to What? Theories of Litigation, Procedure and Dispute Settlement in Anglo-American Jurisprudence: Some Neglected Classics*. *Modern Law Review*, 1993, p. 380.

⁴⁰⁰ Vid. MACHO GÓMEZ, C. Origen y evolución de la mediación: el nacimiento del “movimiento ADR” en Estados Unidos y su expansión a Europa. *ADC*, tomo LXVII, 2014, fasc. III, p. 931-996

(1983); *Civil Justice Reform Act (1990)*; *Administrative Dispute Act (1990)*; *Civil Rights Act (1991)*; *Alternative Resolution Dispute Act (1998)*⁴⁰¹.

Con la evolución de la aplicación de los ADR, se observa que actualmente su idea general no es de sustitución de la jurisdicción, sino de actuación complementaria a la jurisdicción. Es decir, a través de los ADR se propone una reducción de la litigiosidad y en consecuencia una reducción de la actividad jurisdiccional⁴⁰².

Por eso BARONA VILAR señala que los cauces de los ADR no significan una fórmula contra los tribunales, ni son cauces exclusivamente privados de solución de conflictos⁴⁰³. MARTÍN DIZ, siguiendo esta misma línea, afirma que “*el carácter público de la Justicia no relega ni repudia la convivencia de métodos alternativos de solución de controversias al proceso jurisdiccional*”⁴⁰⁴. En realidad, el sistema de los ADR debe coexistir pacíficamente con la tutela tradicional para que se obtenga su máxima efectividad.

La preocupación acerca del mal funcionamiento de la justicia y de los obstáculos para obtenerla no estaba aislada a Norte-América, también afectaba el continente europeo. El movimiento de acceso a la justicia, desarrollado en Europa, suele ser dividido en tres olas: a) introducción de la asistencia legal; b) desarrollo de las *Class Actions*; c) nacimiento de los ADR⁴⁰⁵.

Importante registrar que los ADR no expandieron en la misma velocidad en los países del sistema de *commom law* y de *civil law*. En los primeros, la expansión fue más rápida por la flexibilidad natural de este sistema. Ya en los sistemas de *civil law*, el proceso fue más lento por la excesiva formalidad y la vinculación estricta al principio de legalidad.

Como expone BARONA VILAR, el impulso de los ADR en Europa no ocurrió como una lucha contra el poder judicial, sino como una forma de salvaguardar los derechos individuales y mejorar las condiciones de la justicia civil⁴⁰⁶. Es decir, la

⁴⁰¹ Ibid., pp. 931-996.

⁴⁰² Vid. MACHO GÓMEZ, C. Los ADR “Alternative Dispute Resolution” en el Comercio Internacional. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. Octubre 2013, v.5, n.2, pp.398-427. ISSN 1989-4570.

⁴⁰³ Cfr. BARONA VILAR, S. “Arbitraje en España: A la búsqueda de un lugar adecuado en el marco de la justicia”, en BARONA VILAR, Silvia (Dir.). *Arbitraje y Justicia en el siglo XXI*. Navarra: Aranzadi, 2007, p. 50.

⁴⁰⁴ Cfr. MARTÍN DIZ, F. (2018). Op. cit., p. 44.

⁴⁰⁵ Vid. CAPPELETTI, M.; GARTH, B. (1996). Op. Cit., pp. 119-144.

⁴⁰⁶ Cfr. BARONA VILAR, S. (2013). Op. cit., p. 43.

incorporación de los ADR en los países europeos continentales buscaba la modernización de la Administración de la Justicia, integrándolas al sistema público de justicia.

En los países de *civil law*, el Consejo de Europa tuvo un rol importante en el impulso a la utilización de los ADR. La Recomendación n. 7/1981, del Comité de Ministros a los Estados miembros, relativa a medidas tendentes a facilitar el derecho de acceso a la justicia, fue la primera recomendación que animaba a los Estados-miembros a la adopción de medidas, como la conciliación, para mejorar el cumplimiento del derecho de acceso a la justicia previsto en el art. 6º del CEDH.

En seguida, se aprobó la Recomendación n. 12/1986, del Comité de Ministros a los Estados miembros que proponía la adopción de medidas tendentes a la prevención y reducción de la sobrecarga de trabajo de los Tribunales de Justicia. En esta recomendación, el uso de los ADR era incentivado, sobre todo para la solución de conflictos civiles y mercantiles.

El Libro Verde sobre el acceso de los consumidores a la justicia y solución de litigios en materia de consumo en el mercado único, de 16 de noviembre de 1993, publicado por la Comisión Europea, constituye un marco importante de los ADR en el ámbito europeo. Dicho documento busca reflexionar sobre alternativas no judiciales más efectivos para la solución de disputas en materia y civil y mercantil.

A finales de los noventa y principios de los dos mil, el Consejo de Europa empieza a dictar recomendaciones sectoriales en materia de mediación, como la Recomendación n.º 1/1998, del Comité de Ministros a los Estados miembros, sobre la mediación familiar; la Recomendación n.º 19/1999, del Comité de Ministros a los Estados miembros, sobre mediación en cuestiones penales; Recomendación n.º 9/2001 del Comité de Ministros a los Estados miembros, sobre alternativas a los litigios entre autoridades administrativas y particulares; Recomendación n.º 10/2002, del Comité de Ministros a los Estados miembros, sobre mediación en asuntos civiles.

En el ámbito de la UE, no podemos olvidar de las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere de 1999 que, al tratar de la creación de un espacio de libertad, seguridad y

justicia en la Unión Europea, propone a los Estados-miembros, en el apartado treinta, la instauración de procedimientos extrajudiciales alternativos⁴⁰⁷.

La Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 08 de junio de 2000, inicia el fomento a los ADR en la UE, específicamente con relación al comercio electrónico. No obstante, la política comunitaria de desarrollo de los ADR es iniciada, en 2001, con el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho Civil y mercantil. Posteriormente, la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, produjo la legislación marco de impulso a la mediación en materia civil, mercantil y transfronteriza, estableciendo a los Estados miembros la obligación de transposición al derecho interno.

Otra normativa europea importante es la Directiva 2013/11/CE, del Parlamento Europeo y Consejo, sobre resolución alternativa de conflictos en materia de consumo, de 21 de mayo de 2013. Como complemento fue publicado el Reglamento (UE) 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica el Reglamento (CE) n. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE. Como bien explica María Avilés Navarro, estos instrumentos legislativos son interrelacionados y complementarios⁴⁰⁸.

Aún en el ámbito de la Unión Europea, hay que comentar la red para la solución extrajudicial de conflictos denominada SOLVIT. Esta red tiene como finalidad solucionar los conflictos oriundos de la aplicación incorrecta de la legislación de la UE por parte de las autoridades públicas en cuestiones relacionadas al mercado interior.

En la perspectiva internacional, no podemos olvidar del trabajo desarrollado por las Naciones Unidas, a través de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), que originó el Reglamento de Arbitraje de 1976 (reformado en 2010), el Reglamento de Conciliación de 1980, la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 (reformada en 2006) y la Ley Modelo sobre conciliación comercial

⁴⁰⁷ UNIÓN EUROPEA. Parlamento Europeo. *Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999*. Conclusiones de la Presidencia. [en línea] [consulta: 23 septiembre 2020]. Disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm>.

⁴⁰⁸ Cfr. AVILÉS NAVARRO, M. *La mediación intrajudicial en el orden Contencioso-Administrativo: evolución hacia una nueva realidad*. Madrid: Instituto de Justicia y Litigación “Alonso Martínez” – Universidad Carlos III de Madrid, 2015, p. 45.

internacional de 2002, que impulsaron la adopción de los ADR en el comercio internacional.

Con efecto, el contexto social, económico y cultural actual exige una relectura de los derechos de acceso a la justicia y de tutela judicial efectiva, permitiendo la construcción de un sistema de justicia más sostenible y realizador de la dignidad de la persona humana. Por ello, MAGALHÃES BONIZZI y ARMANI ALVES señalan que la centralización de la solución de disputas en una única vía genera obstáculos al acceso a la justicia⁴⁰⁹.

Otro punto que merece análisis y que está conectado con esta nueva concepción de acceso a la justicia, se refiere a la naturaleza de los ADR, si son medios alternativos o complementarios a la jurisdicción estatal. Ocurre que para la definición de la naturaleza jurídica de los ADR es necesario delimitar la zona de utilización de estos medios, si en el ámbito de la justicia pública o en el ámbito de la justicia privada.

La utilización de la expresión “alternativo”, como hemos visto, tiene su origen en el nacimiento del movimiento de los ADR por el cual, inicialmente, pretendía presentar una alternativa al Poder Judicial. Si consideramos la utilización de estos ADR en el ámbito privado, en el sentido de facultar al ciudadano utilizar los órganos del Poder Judicial o estructuras privadas de justicia en las hipótesis legalmente admitidas, estaríamos frente a una naturaleza alternativa de los ADR. La autonomía de la voluntad dicta la alternatividad de los ADR en este caso, una vez que la utilización de la justicia privada constituye una alternativa.

En la medida que consideramos la utilización de los ADR en el sistema público de justicia, sea por órganos del Poder Judicial o órganos de la Administración pública que también tienen el deber de ofrecer acceso a la justicia, tenemos una situación distinta. En estas circunstancias los ADR no pueden ser considerados medios alternativos a la jurisdicción estatal, sino medios complementarios a ella. Aquí, el Estado proporciona a los ciudadanos un abanico de posibilidades para la solución de los conflictos, facilitándoles aquella que sea más adecuada. En los Estados Democráticos, la vía judicial,

⁴⁰⁹ Cfr. MAGALHÃES BONIZZI, M. J.; ARMANI ALVES, M. V. “Breve análise dos meios alternativos de solução de conflitos envolvendo a Administração Pública no Brasil e em Portugal”, en JÚDICE MOREIRA, A.; FRANCO NASCIMBENI, A.; BEYRODT, C.; MORAIS TONIN, M. (Coords.). *Mediação e Arbitragem na Administração Pública: Brasil e Portugal*. São Paulo: Almedina, 2020, p. 246.

aunque sea la menos adecuada, estará siempre disponible, una vez que es una garantía democrática extraída de los derechos de tutela judicial efectiva y acceso a la justicia.

Partiendo de la perspectiva de que los ADR, en el sistema público de justicia, son medios complementarios a la jurisdicción estatal y que cada uno de ellos ofrece un distinto nivel de adecuación a la solución del conflicto, es necesario garantizar que el ciudadano conozca el nivel de adecuación de cada método para la solución de su conflicto. Solamente así es posible garantizar el acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva en este contexto actualizado.

Significar decir que la estructura de justicia pública tiene que garantizar no solo la posibilidad de acceso a los ADR, sino facilitar el conocimiento sobre que ADR es más adecuado para la solución de un determinado conflicto. Por eso, entendemos que prever el intento de solución por medio de una forma amigable como requisito de procedibilidad procesal, no efectiva el acceso a la justicia. Sobre este tema, MARTÍN DIZ, al comentar la obligatoriedad de la mediación intrajudicial, plantea que este modelo *“no encuentra acomodo ante la proclamación constitucional del ejercicio de la acción ante los juzgados y tribunales por parte de los ciudadanos para velar por sus legítimos derechos e intereses planteando las correspondientes pretensiones”*⁴¹⁰.

Tal vez, la adopción de herramientas de IA pueda contribuir para la autodeterminación informativa del ciudadano cuanto a las posibilidades de solución de conflictos en un sistema multipuertas. Pensamos que la obligatoriedad no está en la utilización de mecanismos amigables de solución de conflictos para ascender a los órganos judiciales⁴¹¹, sino en una etapa pre procesal informativa sobre todas las posibilidades de solución y sus respectivos niveles de adecuación al conflicto. De esta manera es posible garantizar de forma efectiva el acceso a la justicia y la esencia del sistema multipuertas.

En este escenario, el sistema de justicia deja de ser integrado solamente por la jurisdicción estatal y pasa a ser integrado también por los ADR, ofreciendo a los ciudadanos respuestas más adecuadas y eficientes a sus disputas.

⁴¹⁰ Cfr. MARTÍN DIZ, F. (2018). Op. cit. p. 314.

⁴¹¹ La obligatoriedad de utilización de métodos amigables excluí la utilización de medios heterocompositivos como el arbitraje. Esta situación no nos parece compatible con la esencia del sistema multipuertas.

1.2. Evolución de los ADR en España y Brasil

En España, el origen de los ADR se remonta al Derecho Romano, una vez que existen registros de la utilización del juicio arbitral como la primera forma de hacer justicia en tierras españolas⁴¹². El arbitraje se mantuvo en las legislaciones históricas, evolucionando desde una concepción privatista hacia una judicialista⁴¹³.

También es necesario referirse a los modelos de justicia popular componedora, como el Tribunal de las Aguas de Valencia, que cuenta con indicios razonables de existencia desde la época musulmana (siglos X y XI) y sirve, hasta los días de hoy, para dirimir los conflictos entre los regantes de la vega de Valencia⁴¹⁴.

En el siglo XIX, la Constitución de 1812, no obstante, el reconocimiento del monopolio de la jurisdicción en el artículo 242, permitía la utilización del juicio arbitral en los artículos 280 y 281. La Constitución Gaditana también dispuso sobre la conciliación, cuya regulación se completó, sobre todo, con el Decreto de 09 de octubre de 1812, que contenía el Reglamento de las Audiencias y Juzgados de primera instancia. Por ello, POLO MARTÍN afirma que la Constitución de Cádiz de 1812 abordó el tema de la resolución extrajudicial de conflictos de forma más completa, una vez que se refería no sólo a las conciliaciones, sino también al arbitraje⁴¹⁵. Posteriormente, la Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas del comercio de 1830, como las Leyes de Enjuiciamiento Civil de 1855 y 1881 también se dedicaron al tema del arbitraje.

En el siglo XX, se publicó la Ley de Arbitraje Privado, de 22 de diciembre de 1953 (Ley Guasp), que regulaba en instituto bajo una perspectiva contractualista y se aplicaba solamente a la resolución de conflictos privados.

La CE/1978, a través del artículo 24, abrió el camino para el desarrollo de las ADR. Como explica BARONA VILAR, hoy día, los tribunales no tienen la capacidad operativa

⁴¹² Vid. BARONA VILAR, S. (2007). Op. Cit., p. 31.

⁴¹³ Vid. BARONA VILAR, S. (2018). Op. cit. p. 121.

⁴¹⁴ Vid. UNIVERSIDAD DE VALENCIA. Catálogo de patrimonio. Tribunal de las Aguas. [en línea] [consulta: 17 enero 2021]. Disponible en: <https://www.uv.es/catedra-horta-valencia/es/catalogo-patrimonio/tribunal-aguas/tribunal-aguas.html>.

⁴¹⁵ Cfr. POLO MARTÍN, R. “Algunas consideraciones sobre la resolución extrajudicial de conflictos entre 1808 y 1881”, en MARTÍN DIZ, F. (Dir.). *Mediación en la Administración de Justicia: Implantación y desarrollo*. Santiago de Compostela: Andavira editora, 2017, p.24.

para dar una respuesta rápida y adecuada a los problemas que le son planteados, de manera que en los ADR surge la posibilidad de garantizar la tutela judicial efectiva⁴¹⁶.

Bajo la égida de la Constitución de 1978, se aprobó la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, sobre arbitraje, inspirada en la Ley Modelo UNCITRAL1985. Esta ley, al contrario de su antecesora, atribuía al arbitraje un carácter mixto: de origen contractual y desarrollo procesal⁴¹⁷. En 2000, la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero) incorporó algunas normas que impulsaban el juicio arbitral.

Tres años más tarde, se publica la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. Según BARONA VILAR, dicha ley disciplina el arbitraje bajo una directriz económica y globalizada, evidentemente influenciada por los movimientos de ADR de los países anglosajones⁴¹⁸.

En 2011, se realiza la reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, a través de la Ley 11/2011, de 20 de mayo. Estas normas tienen en objetivo de favorecer el arbitraje internacional y poner España en el listado de países que apoyan esta metodología para la solución de conflictos internacionales.

En cuanto a la mediación, el proceso de incorporación en España ocurrió en los ochenta del siglo pasado, de forma muy tímida, a través de aportaciones de colectivos, asociaciones y de las CCAA⁴¹⁹. Por la labor de estas últimas, la mediación sectorial fue impulsada, sobre todo en el sector familiar⁴²⁰. También hay subrayar la labor del Consejo

⁴¹⁶ Cfr. BARONA VILAR, S. (1999). Op. cit. p.36.

⁴¹⁷ Vid. BARONA VILAR, S. (2007). Op. cit. p. 34.

⁴¹⁸ Ibid., p. 38.

⁴¹⁹ Vid. BARONA VILAR, S. *Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles en España. Tras la aprobación de la Ley 5-2012, de 6 de julio*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013, p. 31.

⁴²⁰ Vid. Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía; Decreto 37/2012, de 21 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Desarrollo de la Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía; Ley 9/2011, de 24 de marzo, de mediación familiar de Aragón; Ley del Principado de Asturias 3/2007, de 23 de marzo, de Mediación familiar; Ley 15/2003, de 8 de abril, de la mediación familiar (Canarias); Ley 3/2005, de 23 de junio, para la modificación de la Ley 15/2003, de 8 de abril, de la mediación familiar (Canarias); Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria; Ley 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar (Castilla de la Mancha); Ley 1/2006, de 6 de abril, de mediación familiar de Castilla y León; Decreto 135/2012, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado (Cataluña); Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado (Cataluña); Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven (Comunidad Valenciana); Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar, en el ámbito de la Comunidad Valenciana; Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la mediación familiar (Galicia); Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de Mediación Familiar de las Illes Balears; Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid; Ley 1/2008, de 8 de febrero, de mediación familiar (País Vasco).

del Poder Judicial y el Ministerio de Justicia en la incorporación de la mediación en los planes de Modernización de la Justicia, generando una nueva visión del Poder Judicial⁴²¹.

El grande impulso de la mediación en España ocurrió tras la publicación de la Directiva 2008/52/CE dirigida a la armonización de la mediación civil, mercantil y transfronteriza en los sistemas jurídicos de los Estados miembros de la UE. Frente la necesidad de transposición de dicha Directiva, España publicó la Ley 5/2012, de 6 de julio, que regula la mediación en estos sectores.

En Brasil, los antecedentes de los ADR son encontrados en el período colonial en las Ordenaciones Manuelinas de 1514 y Ordenaciones Filipinas de 1603; y en el período imperial en la Constitución de 1824 (art. 160 y 161)⁴²².

En la República, no obstante, la existencia de disposiciones referentes al arbitraje en el Código Civil de 1916, en el Código Procesal Civil de 1939 y en el Código Procesal Civil de 1973 –que también disponía sobre conciliación–, solamente en los ochenta, impulsado por la doctrina anglosajón, que el movimiento de los ADR gana impulso en el territorio brasileño. En este periodo se publicó la Ley n. 7.244, de 7 de noviembre de 1984, que preveía la conciliación como criterio vector de los procesos de los juzgados creados por dicha ley.

En los noventa, se publicó la Ley n. 9.099, de 25 de septiembre 1995, que mantenía el espíritu de la Ley n. 7.244, de 7 de noviembre de 1984, en el sentido de la aplicación de la conciliación en el ámbito de los juzgados especiales. En esta década también se publicó la primera ley disponiendo sobre arbitraje, la Ley n. 9.307, 23 de septiembre de 1996. Sin embargo, la constitucionalidad de dicha ley fue cuestionada en la solicitud de homologación de sentencia extranjera n. SE-5206 (España)⁴²³. En 2001, el Supremo

⁴²¹ Vid. ESPAÑA. Plan de Acción 2012-2014 de la Secretaria General de la Administración de Justicia. [en línea] [consulta: 24 septiembre 2020]. Disponible en: <<https://www.senado.es/web/expedientappendixblobServlet?legis=10&id1=27199&id2=1>>. Vid. ESPAÑA. Plan de Acción 2012-2015 de la Secretaria General de la Administración de Justicia. [en línea] [consulta: 24 septiembre 2020]. Disponible en: <[http://bases.cortesaragon.es/bases/NDocumenVIII.nsf/e86600a24e054a61c12576d2002e551c/c3fa79e93aa9fa20c1257ed100398089/\\$FILE/Plan_de_Accion_de_la_SGAJ_\(2012-2015\)-1.pdf](http://bases.cortesaragon.es/bases/NDocumenVIII.nsf/e86600a24e054a61c12576d2002e551c/c3fa79e93aa9fa20c1257ed100398089/$FILE/Plan_de_Accion_de_la_SGAJ_(2012-2015)-1.pdf)>. Vid. ESPAÑA. Plan de modernización de la Justicia aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 12 de noviembre de 2008. [en línea] [consulta: 24 septiembre 2020]. Disponible en: <<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Modernizacion-de-la-Justicia/El-Plan-de-Modernizacion-de-la-Justicia/>>.

⁴²² Vid. FERREIRA LEMES, S. *Arbitragem na Administração Pública: Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica*. São Paulo, Quartier Latin, 2007, pp. 53 e ss.

⁴²³ BRASIL. STF. Tribunal Pleno, AgRg na SE n. 5.206, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, juzgado en 12.12.2001, publicación en el DJU en 30.04.2004.

Tribunal Federal de Brasil finalmente reconoció la constitucionalidad de la Ley n. 9.307, 23 de septiembre de 1996, reforzando la valoración de los sistemas extrajudiciales de solución de conflictos.

En la década siguiente, se publicó la Ley n. 10.259, de 12 de julio de 2001, que crea los Juzgados Especiales Civiles con atribución para la realización de conciliaciones en el ámbito de su competencia. Un año después, el Estado Brasileño ratifica el Convenio de Nueva York, referente al reconocimiento de la ejecución de los laudos arbitrales internacionales, que demuestra la apertura para otras posibilidades de solución de conflictos.

La promulgación de la Enmienda Constitucional n. 45, de 30 de diciembre de 2004, que estableció la reforma del Poder Judicial, reanudó el impulso a la adopción de los ADR en Brasil. Por esta enmienda constitucional, el derecho a la razonable duración del proceso alcanzó *estatus* de derecho fundamental y permitió el desarrollo de los ADR en una perspectiva integradora al sistema judicial.

En 2010, el CNJ publica la Resolución n. 125, que dispone sobre la Política Nacional de tratamiento adecuado de los conflictos de interés en el ámbito del Poder Judicial. Por esta resolución se establece el “*sistema multipuertas*” de acceso a la justicia en el cual la mediación y la conciliación son estimuladas en el ámbito de los tribunales.

Siguiendo la misma línea, el Consejo Nacional del Ministerio Público (en adelante, CNMP) publicó la Resolución n. 118, de 01 de diciembre de 2014, que dispone sobre la política nacional de incentivo a la autocomposición en el ámbito de la Fiscalía. Dicha resolución señala la importancia de los métodos autocompositivos para la efectiva pacificación social, solución y prevención de conflictos.

Con efecto, la Resolución n. 125 del CNJ es el marco normativo más significativo en la consolidación del sistema de ADR en Brasil. La normativa producida después de dicha resolución ratifica sus directrices, como el Código Procesal Civil de 2015 (Ley n. 13.105, de 16 de marzo de 2015), el Marco legal de la Mediación (Ley n. 13.140, de 26 de junio de 2015), la Ley n. 13.129, de 26 de mayo de 2015, que modifica la Ley n. 9.307, de 23 de septiembre de 1996 (Ley de Arbitraje), la Ley n. 14.112, de 24 de diciembre de 2020, que modifica la Ley n. 11.101, de 09 de febrero de 2005 (Ley de Recuperación judicial, extrajudicial y de falencia del empresario y de la sociedad empresaria) y la Ley n. 14.133, de 01 de abril de 2021 (Ley de licitaciones y contratos administrativos).

Los ADR ingresaron en los sistemas de justicia español y brasileño como el objetivo de contribuir para la superación de la saturación de la jurisdicción estatal, añadiendo eficiencia a la Justicia. Sin embargo, la reducción de los índices de saturación de la justicia es solamente uno de los efectos positivos de la utilización de los ADR. Por ello BELANDO GARÍN, al comentar la utilización de la mediación administrativa, subraya que *“uno de los grandes errores cuando se analiza la mediación en el contexto de las relaciones entre la Administración y los ciudadanos es entenderla simplemente como una forma de reducir la litigiosidad”*⁴²⁴.

En realidad, el principal propósito de estos medios de solución de disputas es garantizar la adecuada solución para cada conflicto para obtener eficacia y calidad. No podemos olvidar que muchas veces la respuesta jurisdiccional no es la más adecuada para solucionar una determinada disputa, ya que algunos elementos de la controversia no son susceptibles de apreciación jurisdiccional. Por eso el Estado tiene que facilitar a los ciudadanos todas las vías e instrumentos disponibles para que sea posible garantizar el acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva.

2. PERFIL DE LOS ADR

Para un mejor entendimiento de como los ADR pueden proporcionar la apertura del acceso a la justicia, es necesario diseñar su perfil, registrando cada una de sus clases, características, distinciones, fundamento legal en los sistemas brasileño y español, como también las posibilidades de combinación de sus clases. Daremos una especial atención a la mediación ya que ella es el objeto de nuestra investigación.

2.1. Clases de ADR

Los conflictos pueden ser resueltos por distintas formas, cuya aplicación depende del grado de implicación de las partes, de la intervención o no de terceros y del grado de

⁴²⁴ Cfr. BELANDO GARÍN, B. “La mediación administrativa: una realidad jurídica”, en LOPÉZ RAMÓN, F. (Coord.). *Las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias y la resolución extrajudicial de conflictos*. Actas del X Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 2015, p. 266.

participación del tercero en la construcción de la solución. Por tanto, los conflictos pueden ser dirimidos por autocomposición o heterocomposición⁴²⁵.

Según MORENO CATENA, la autocomposición consiste en la renuncia total o parcial a las posiciones defendidas inicialmente, a través de la cesión voluntaria de las pretensiones iniciales, generando la pacificación del conflicto⁴²⁶. Por tanto, las soluciones autocompositivas permiten una mejor gestión de los intereses de las partes porque ellas mismas, con o sin asistencia de un tercero, llegan a una solución consensuada. En estos métodos, la colaboración, a través de concesiones recíprocas de las partes, es una condición necesaria a la finalización del conflicto.

En el método autocompositivo, la participación de las partes es fundamental, una vez que son ellas que construyen el acuerdo, aunque con la ayuda de terceros. Por eso MARQUES CEBOLA señala que la figura de la autocomposición ocurre si el conflicto es decidido por las partes que acuerdan su composición⁴²⁷.

En el ámbito de la autocomposición no existen ganadores o perdedores, las partes implicadas ganan con la solución del conflicto. Por ello BELLOSO MARTÍN afirma que *“junto a las ventajas que ofrecen las técnicas alternativas de resolución de conflictos de economía y rapidez, no hay que olvidar otra que consideramos fundamental: no hay vencedores ni perdedores, no existe la sensación de derrota y fomenta una cultura de la paz”*⁴²⁸. Además, la necesidad de colaboración mutua de estos métodos conlleva a la preservación del vínculo existente entre las partes, como bien indica SAN CRISTOBAL REALES⁴²⁹.

⁴²⁵ En los tiempos primitivos, los conflictos eran resueltos a través de la autotutela o autodefensa, que según MARQUES CEBOLA consiste en *“la resolución del conflicto por acción del propio titular del interés”*. Con los romanos la autodefensa fue prohibida y otros sistemas de solución de conflictos fueron desarrollados. En la actualidad, la autodefensa solamente es admitida en situaciones excepcionales y debidamente justificadas, como en la legítima defensa del derecho penal y en la defensa posesoria inmediata en el ámbito civil. Vid. MARQUES CEBOLA, C. (2011). Op. cit. pp. 60-61.

⁴²⁶ Cfr. MORENO CATENA, V. *Introducción al derecho procesal*. Decimoprimer edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, p. 40.

⁴²⁷ Cfr. MARQUES CEBOLA, C. (2011). Op. cit. p. 62.

⁴²⁸ Cfr. BELLOSO MARTÍN, N. Formas alternativas de resolución de conflictos: experiencias en Latinoamérica. [en línea]. *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, ene. 2004, p. 174. [consulta 03 marzo 2020]. DOI: <https://doi.org/10.5007/%x..> Disponible en: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15239/13858>.

⁴²⁹ SAN CRISTOBAL REALES subraya esta característica de los ADR autocompositivos cuando afirma que estos métodos *“son especialmente convenientes cuando las relaciones entre las partes deben continuar tras el litigio, como es el caso de las controversias familiares, o entre vecinos, socios, alumnos, o empresas con vinculaciones más o menos permanentes”*. Cfr. SAN CRISTOBÁL REALES, S. Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil. *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, XLVI, 2013, ISSN: 1133-3677, p.42.

Por otro lado, la autocomposición también tiene sus desventajas, cuando existe un gran desequilibrio de fuerzas entre las partes. Por eso, la actuación del tercero imparcial, en los métodos en que es posible su intervención, es fundamental para el mantenimiento del equilibrio de fuerzas y evitar que la parte más fuerte imponga las condiciones a la más débil para resolver el conflicto.

Los ordenamientos jurídicos, de una manera general, permiten la adopción de la autocomposición en los litigios que versen sobre derechos disponibles⁴³⁰. Ya en situaciones de indisponibilidad de derechos, así definidas por el ordenamiento jurídico, la aplicación de la autocomposición restaría imposibilitada, de manera que solamente restaría la vía judicial.

Según MORENO CATENA, la heterocomposición *“consiste en que la solución resulta impuesta por un tercero, que por esa razón está colocado en una posición superior a las partes, y es quien decide definitivamente la cuestión controvertida.”*⁴³¹. Por tanto, en los métodos heterocompositivos de solución de conflictos el tercero imparcial tiene la función de decidir y resolver la disputa, actuando supra partes.

Por eso MARQUES CEBOLA señala que *“en los medios heterocompositivos, los sujetos activos de la composición ya no se identifican, ni representan los sujetos activos de las pretensiones. La resolución del conflicto es llevada a cabo por alguien externo al conflicto, dotado por eso de poder compositivo heterónimo”*⁴³².

En el ámbito de los ADR, existen métodos autocompositivos, heterocompositivos, como también métodos que mezclan en sus etapas la autocomposición y la

⁴³⁰ En España, la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere a las materias disponibles para transacción en el artículo 19.1, de la siguiente manera: *“los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a mediación o a arbitraje, y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero”*. Para comprender el sentido de disponibilidad empleado por la LEC, es fundamental recurrir al Código Civil, una vez que la disponibilidad se centra en la posibilidad de transigir. Así, las materias dispuestas en el artículo 1.814 del Código Civil español como también aquellas que no estén en dicho catálogo pero que sean contrarias al interés o el orden público o perjudiquen a terceros, no son posibles de transacción, y por lo tanto no disponibles. El ordenamiento jurídico brasileño igual al español también se centra en la transacción, pero reconoce la posibilidad de transacción no solamente en derechos disponibles, sino también en derechos indisponibles aptos a la transacción (artículo 3º de la Ley 13.140, de 26 de julio de 2015). Es decir que es posible la transacción de las obligaciones oriundas de derechos indisponibles sin implicar en transacción del propio derecho. Es lo que suele a ocurrir en los conflictos de familia, como disputas relacionadas a la guarda de menores, por ejemplo.

⁴³¹ Cfr. MORENO CATENA, V. *Introducción al derecho procesal*. (2021). Op. cit., p. 42.

⁴³² MARQUES CEBOLA, C. (2001). Op. cit. p. 62.

heterocomposición, y por eso son denominados de híbridos. Una vez delineada esta distinción, pasaremos en la próxima sección al análisis de cada una de las clases de ADR.

2.1.1. Arbitraje

El origen del arbitraje remonta a la etapa anterior a la existencia de los tribunales y del proceso judicial, con registros de su aplicación para la solución de conflictos en civilizaciones de la Antigüedad. En el Derecho Romano, por ejemplo, el arbitraje surgió en la autoridad del pretor para resolver el conflicto en virtud del contrato de *litis contestatio*, como explica MORENO CATENA⁴³³.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ conceptúa el arbitraje como “*aquella institución consistente en que dos o más personas pacten entre sí que un tercero resuelva un litigio ya surgido o que pueda surgir entre ellas, excluyendo que los tribunales conozcan del mismo*”⁴³⁴. De este concepto se extrae que el arbitraje es un medio heterocompositivo de solución de conflictos, por lo cual las partes someten la cuestión a un tercero que dictará la solución.

Es fundamental aclarar que la potestad del tercero no es de carácter público, como ocurre en el proceso judicial, sino que proviene de un acuerdo celebrado por las partes. Por ello, HUERTA LORA destaca que “*el arbitraje se ha visto siempre como un derecho de los ciudadanos frente al estado, la manifestación de la libertad de éstos de someterse a jueces de su elección en lugar de a los jueces (y al derecho) del estado*”⁴³⁵. Por tanto, el arbitraje solamente es posible, si existe un acuerdo previo entre las partes para el sometimiento a este mecanismo heterocompositivo. Por eso que la característica fundamental del arbitraje es su naturaleza convencional, en el sentido de que las partes libremente pactan la sustitución de la justicia pública por la privada⁴³⁶.

⁴³³ Cfr. MORENO CATENA, V. (2021). Op. cit. p. 42.

⁴³⁴ Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. “El Arbitraje y la Mediación”, en *Curso de Derecho Procesal Civil II – Parte Especial*. OLIVA SANTOS, A. D. L. et. all. (Coord.). Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2014, p.586.

⁴³⁵ Cfr. HUERTO LORA, A. J. Los medios de resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho Administrativo. *Revista de Derecho Administrativo*, n. 7, 2009, p. 107.

⁴³⁶ La naturaleza jurídica del arbitraje es una cuestión controvertida y se puede extraer de la doctrina tres corrientes teóricas: la contractualista, la jurisdiccionalista y la mixta o eclética. La primera atribuye al arbitraje la naturaleza contractual debido al convenio arbitral que nasce de la voluntad de las partes. La segunda estima que el arbitraje es una institución de naturaleza jurisdiccional, una vez que el laudo arbitral tiene fuerza ejecutiva y produce efectos de cosa juzgada. La teoría mixta considera que el arbitraje es una

Por medio de este acuerdo previo, denominado de convenio arbitral, las partes no solo legitiman el árbitro para la solución del conflicto, sino también establecen el ámbito y las condiciones de resolución del conflicto. La decisión producida en un procedimiento arbitral tiene eficacia y fuerza vinculante equivalente a la cosa juzgada, lo que no permite su revisión por los Tribunales⁴³⁷.

En España el marco normativo es la Ley 60/2003, de 23 de diciembre (reformada por la Ley 11/2011, de 20 de mayo). En Brasil, el arbitraje tiene disciplina en la Ley n. 9.307, de 23 de septiembre de 1996 (reformada por la Ley la Ley n. 13.129, de 26 de mayo de 2015).

No obstante, la presencia del arbitraje en los ordenamientos jurídicos brasileño y español, cuestionamientos sobre la constitucionalidad del arbitraje ya fueran planteados. En el Derecho español, la cuestión fue llevada al TC, como bien registra GARCÍA PÉREZ, en la sentencia a STC 174/1995, de 23 de noviembre, que se concluyó por la compatibilidad del arbitraje con la CE/1978, bajo la comprensión de la naturaleza del

institución de naturaleza contractual en su origen y jurisdiccional en sus efectos. Esta última es la posición que más adeptos arroja en la actualidad y constituye la posición del Tribunal Constitucional Español. Para este trabajo adoptaremos la teoría ecléctica por comprender que en el arbitraje coexisten elementos contractuales y jurisdiccionales. Vid. Díez-Picazo. GIMÉNEZ, I. (2014). Op. cit., pp.585-612. Véase también: BARONA VILAR, S. “El arbitraje”, en MONTERO AROCA, J. Et. All. *Derecho Jurisdiccional II – Proceso civil*. Decimonovena edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pp. 884-885.

⁴³⁷ En situaciones excepcionales el laudo arbitral puede ser examinado por el Poder Judicial para declarar su nulidad. La Ley española de arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre), por ejemplo, disciplina la acción de anulabilidad del laudo arbitral en los artículos 40 y 41, que disponen: “*Artículo 40. Acción de anulación del laudo. Contra un laudo definitivo podrá ejercitarse la acción de anulación en los términos previstos en este título. Artículo 41. Motivos. 1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: a) Que el convenio arbitral no existe o no es válido; b) Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; c) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión; d) Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley; e) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje; f) Que el laudo es contrario al orden público. 2. Los motivos contenidos en los párrafos b), e) y f) del apartado anterior podrán ser apreciados por el tribunal que conozca de la acción de anulación de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en relación con los intereses cuya defensa le está legalmente atribuida. 3. En los casos previstos en los párrafos c) y e) del apartado 1, la anulación afectará sólo a los pronunciamientos del laudo sobre cuestiones no sometidas a decisión de los árbitros o no susceptibles de arbitraje, siempre que puedan separarse de las demás. 4. La acción de anulación del laudo habrá de ejercitarse dentro de los dos meses siguientes a su notificación o, en caso de que se haya solicitado corrección, aclaración o complemento del laudo, desde la notificación de la resolución sobre esta solicitud, o desde la expiración del plazo para adoptarla”.* En la Ley Brasileña de Arbitraje (alterada por la Ley 13.129, de 26 de mayo de 2015), la sentencia arbitral podrá ser examinada por el Poder Judicial para la declaración de nulidad cuando: el convenio de arbitraje sea nulo, la sentencia arbitral hubiera sido dictada por quien no podría ser arbitro; la sentencia arbitral no cumplir los requisitos establecidos en dicha ley; la sentencia hubiera sido dictada con corrupción, prevaricación o concusión; la sentencia arbitral hubiera sido dictada con vulneración a los principios y plazos establecidos en dicha ley.

laudo arbitral frente la sentencia y de la figura del árbitro frente al juez⁴³⁸. En Brasil, la cuestión también fue examinada por el STF, en la en la solicitud de homologación de sentencia extranjera n. SE-5206 (España), como ya hemos comentado.

En el Derecho Administrativo Español, la primera referencia al arbitraje se encuentra en el Real Decreto de la Presidencia del Consejo de Ministros de 27 de febrero de 1852. Por esta normativa, se disciplinó por primera vez los contratos de servicios públicos y se prohibía expresamente la utilización del arbitraje para la solución de conflictos en que la Administración fuera parte. Las normativas siguientes pasaron a admitir el arbitraje con restricción, como la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública, de 01 de julio de 1911; la Ley 89/1962, de 24 de diciembre y el Reglamento General de Contratación del Estado de 1975⁴³⁹.

Actualmente, la Ley General Presupuestaria (Ley 47/2003, de 26 de noviembre) admite el sometimiento al arbitraje de las controversias relativas a derechos de la Hacienda pública cuando se decida expresamente por el Consejo de Ministros, mediante previa audiencia al Consejo de Estado. Esta también es la línea adoptada por la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas. Tampoco se puede olvidar de la previsión de la LPACAP, que reconoce, en el artículo 112.2, la posibilidad de sustitución de los recursos administrativos por procedimientos de arbitraje. Por fin, la reforma de 2011 en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, permitió el arbitraje institucional en la Administración General del Estado.

En Brasil, el arbitraje tiene su origen en la Constitución Imperial de 1824 que preveía lo siguiente: “*En las demandas civiles, e en las penales civilmente intentadas, las Partes podrán designar jueces de arbitraje. Sus Sentencias se ejecutarán sin recurso, si las mismas Partes así lo acuerdan*”⁴⁴⁰. Importante registrar que en el Imperio también se publicaron normas que imponían el uso del arbitraje para la solución de controversias en

⁴³⁸ GARCIA PÉREZ, M. “El arbitraje y la Constitución española de 1978: una reflexión desde el Derecho público. Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada”, en PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J.; FERREIRO BAAMONDE, X. (Dir). *Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional)*, realizado en A Coruña, 2 y 3 de junio de 2011. [en línea]. A Coruña: Universidade Da Coruña, 2012, p. 438. ISBN: 978-84-9749-501-1. [consulta: 15 abril 2022]. Disponible en: <http://hdl.handle.net/2183/9170>.

⁴³⁹ Vid. ESPLUGUES BARONA, C. C. *Arbitraje y Derecho Administrativo. Teoría y Realidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 183.

⁴⁴⁰ Vid. BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824. [en línea] [consulta: 28 septiembre 2020]. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm.

el ámbito civil y mercantil, como la Ley n. 108, de 11 de octubre de 1837 y el Código Mercantil de 1850.

En lo que respecta a la utilización del arbitraje por la AP, se empezó a utilizarla en el ámbito contractual con previsión legal específica en las leyes que regulan el régimen de concesiones públicas y la licitación y los contratos de colaboración público-privadas⁴⁴¹. En 2015, con la revisión de la Ley n. 9.307, de 23 de septiembre de 1996 promovida por la Ley n. 13.129, de 26 de mayo de 2015, se pacificó la utilización del arbitraje en los contratos de la AP⁴⁴². La autorización para la utilización del arbitraje por el poder público en litigios relativos a derechos patrimoniales disponibles, prevista en la Ley n. 13.129, de 26 de mayo de 2015, generó su regulación en la Unión y en algunos Estados de la Federación⁴⁴³. Sin embargo, la ley ha llevado al debate otras cuestiones relacionadas a las materias que pueden ser objeto de transacción⁴⁴⁴.

No obstante, la autorización para la utilización del arbitraje por la AP, contenida en la Ley n. 13.129, de 26 de mayo de 2015, en 2019 se publicó la Ley n. 13.867, de 29 de agosto de 2019, que permite la utilización del arbitraje y de la mediación en los procesos de expropiación forzosa. Esta disposición legal es una demostración que la utilización del arbitraje por la AP no está aislada al ámbito contractual. Más recientemente, se ha publicado la Ley n. 14.133, de 01 de abril de 2021, que permite en el artículo 151 la utilización del arbitraje para la solución de las disputas relacionadas a las contrataciones regidas por esta ley.

⁴⁴¹ Vid. Leys n.º: 8.987, de 13 de febrero de 1995; 9.472, de 16 de julio de 1997; 9.478, de 6 de agosto de 1997; 10.233, de 05 de junio de 2001; 11.079, de 30 de diciembre de 2004; 12.815, de 05 de junio de 2013.

⁴⁴² Es importante registrar que antes de la publicación de la Ley n. 13.129, de 26 de mayo de 2015, la jurisprudencia del STJ ya admitía la utilización del arbitraje en los contratos de la AP. Vid. LUIS, D. T.; KULESZA, G. S.; PEREIRA, L. G. D. F. (Coord.). Pesquisa Jurisprudência CBar – 2ª fase, Relatório do Tema: Existência, Validade e Eficácia da Convenção Arbitral. [en línea]. 2017, p. 41. [consulta: 05 marzo 2020]. Disponible en: <http://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2017/08/3-Relatorio-Validade-Clausula-03.08.pdf>.

⁴⁴³ Vid. Ley Estadual n. 15.627, de 28 de octubre de 2015 (Pernambuco); Decreto Federal n. 10.025, de 20 de septiembre de 2019; Decreto Estadual n. 64.356, de 31 de julio de 2019 (São Paulo); Decreto Estadual n. 46.245, 19 de febrero de 2018 de (Rio de Janeiro). Importante hay que señalar que Minas Gerais ya tenía una ley sobre arbitraje en la Administración pública estadual (Ley Estadual n. 19.477, de 12 de enero de 2011), antes mismo de la publicación de la Ley Federal n. 13.129, de 26 de mayo de 2015.

⁴⁴⁴ Sobre el tema, ARAGÃO señala que “*se do ponto de vista subjetivo, a Legislação vigente categoricamente afirma que a ‘administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem’, os contornos da arbitrabilidade objetiva são genericamente traçados a partir de uma categoria semanticamente menos precisa: a dos “conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”*”. Cfr. ARAGÃO, A. S. D. A arbitragem no Direito Administrativo. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 54, jul/set 2017.

Sin embargo, el arbitraje es empleado generalmente para la solución de litigios de gran envergadura, alta complejidad técnica y que necesiten de una respuesta rápida. Esto porque el alto costo de su procedimiento inviabiliza su utilización en conflictos de baja complejidad.

2.1.2. Negociación

La negociación es una conducta propia de la naturaleza humana y tiene aplicación en el ámbito de las relaciones sociales y jurídicas. BARONA VILAR la conceptúa como *“una técnica mediante la cual se comunican entre sí dos o más personas que se encuentran involucradas en la disputa o conflicto, realizando un esfuerzo con mayor o menor intensidad por aproximar sus posiciones en aras de satisfacer necesidades e intereses de todas ellas, siendo que en ocasiones los intereses pueden ser concurrentes en una misma dirección”*⁴⁴⁵.

Por ello, la negociación es un método autocompositivo de solución de conflictos, que, en regla, no hay la intervención de un tercero. Es decir, las partes, en general, llegan solas a un acuerdo que pone fin al conflicto. Sin embargo, MONTEIRO GABBAY señala la posibilidad de negociación asistida⁴⁴⁶, que requiere la presencia de otra parte que intervenga y ayude a que la negociación se lleve a cabo. La negociación asistida puede ocurrir a través de un asesoramiento experto o con la asistencia de mecanismos de inteligencia artificial. En esta última hipótesis, la tecnología actúa como un tercero que facilita en procedimiento de negociación.

Por otro lado, BARONA VILAR destaca la posibilidad de negociación a través de terceros⁴⁴⁷. En este caso los terceros no actúan como parte neutral, sino intervienen en el procedimiento en la posición de parte.

MARQUES CEBOLA, por su vez, llama la atención para la existencia de modelos teóricos de negociación: distributivo o competitivo y cooperativo, colaborativo o integrativo⁴⁴⁸. El primero modelo siempre habrá un vencedor y un perdedor una vez que

⁴⁴⁵ Cfr. BARONA VILAR, S. (2018). Op. cit. p. 47.

⁴⁴⁶ Cfr. MONTEIRO GABBAY, G. *Mediação & Judiciário: condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos*. [en línea]. (Tesis Doctoral). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2011. [consulta: 01 marzo 2020]. Disponible en: www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/.../Daniela_Monteiro_Gabbay.pdf.

⁴⁴⁷ Cfr. BARONA VILAR, S. (2018). Op. cit., p. 48.

⁴⁴⁸ Cfr. MARQUES CEBOLA, C. (2011). Op. cit., p. 208.

se fundamenta en la distribución de recursos limitados entre las partes⁴⁴⁹. En el segundo modelo, se busca ganancias mutuas para todas las partes involucradas en la disputa. Según MARQUES CEBOLA, el modelo integrativo parte de *“la premisa de que el conflicto es un problema que deberá tener la solución que mejor se acomoda a los intereses y necesidades de las partes, buscando resultados ‘win-win’, en que todos ganan”*⁴⁵⁰.

En el contexto de apertura y efectividad del acceso a la justicia, se debe, naturalmente, identificar la negociación a partir del modelo integrativo, en que la competitividad es sustituida por la colaboración, generando resultados más efectivos para las partes.

Es importante tener claro que la negociación no se confunde con la mediación. Primero porque la mediación exige necesariamente la presencia de un tercero imparcial, al paso que en la negociación la presencia del tercero no es obligatoria. Segundo porque existe distinción en la actuación del tercero. En la mediación el tercero ayuda a las partes en la gestión del conflicto que puede generar un acuerdo, en la negociación el tercero actúa en la posición de parte o como un consultor experto.

La negociación puede ser utilizada, aunque ya haya iniciado el proceso judicial o arbitral. En el Derecho español existen mecanismos de suspensión del proceso judicial y de terminación del proceso arbitral justamente con este propósito. Por eso que la negociación, como la mediación, también puede ser considerado un mecanismo complementario a la jurisdicción y el arbitraje.

En caso de éxito de la negociación se producirá una transacción, que tiene naturaleza contractual, y en el derecho español está reglada en el Código Civil, en los artículos 1809 y ss. La transacción puede ocurrir en el ámbito procesal o extraprocesal. En este último caso las partes la pueden llevar a un notario para que sea elevada a escritura pública, por el mismo proceso que en el acuerdo de mediación.

La transacción efectuada en el curso del proceso judicial, homologada por el juez, o en el curso de un proceso arbitral incorporada al laudo arbitral, son títulos ejecutivos, en el Derecho español, de acuerdo con el art. 517.3 de la LEC. En el Derecho brasileño

⁴⁴⁹ Ibid., p. 209.

⁴⁵⁰ Ibid., p. 211.

la transacción que cumple los requisitos del art. 784, IV, del Código Procesal Civil, constituye título ejecutivo extrajudicial, tal como ocurre con el acuerdo de mediación.

En el ámbito del Derecho administrativo español, es importante registrar la previsión de la LPACAP, que regula en el artículo 86.1 el mecanismo de finalización pactada del procedimiento administrativo⁴⁵¹. Por la aplicación de este dispositivo legal es posible la terminación del procedimiento administrativo a través de una negociación.

En Brasil, la negociación en el ámbito administrativo también puede ser desarrollada en el ámbito de las Cámaras de resolución y prevención de conflictos en el ámbito de la Abogacía Pública, de que trata Ley n. 13.140, de 26 de junio de 2015⁴⁵². Aunque dicha ley no se refiera a la negociación expresamente, se puede comprender que este ADR es un tipo de composición y por lo tanto esta normativa a ella se aplica.

En el ámbito federal, la negociación administrativa también tiene lugar en la Ley n. 13.988, de 14 de abril de 2020, que regula la transacción realizada por la Administración directa, autárquica y fundacional de la Unión relacionadas a disputas sobre la cobranza de créditos de la Hacienda pública de naturaleza tributaria o no tributaria. Por tanto, esta ley tutela las negociaciones llevadas a cabo por la Administración pública federal, excluidas las empresas estatales.

⁴⁵¹ ESPAÑA. Ley 39/2015, de 1 de octubre: “Artículo 86. *Terminación convencional*.1. Las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de Derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que, en su caso, prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin.2. Los citados instrumentos deberán establecer como contenido mínimo la identificación de las partes intervinientes, el ámbito personal, funcional y territorial, y el plazo de vigencia, debiendo publicarse o no según su naturaleza y las personas a las que estuvieran destinados.3. Requerirán en todo caso la aprobación expresa del Consejo de Ministros u órgano equivalente de las Comunidades Autónomas, los acuerdos que versen sobre materias de la competencia directa de dicho órgano.4. Los acuerdos que se suscriban no supondrán alteración de las competencias atribuidas a los órganos administrativos, ni de las responsabilidades que correspondan a las autoridades y funcionarios, relativas al funcionamiento de los servicios públicos.5. En los casos de procedimientos de responsabilidad patrimonial, el acuerdo alcanzado entre las partes deberá fijar la cuantía y modo de indemnización de acuerdo con los criterios que para calcularla y abonarla establece el artículo 34 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público”.

⁴⁵² BRASIL. Ley n. 13.140, de 26 de junio de 2015: “Art. 32. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para: I - dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública; II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público; III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta”.

2.1.3. Conciliación

De acuerdo con la Ley modelo sobre Conciliación Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante, CNUDMI), la conciliación sería un procedimiento voluntario bajo el control de las partes y con la asistencia, por lo menos, de un tercero neutral.

Ocurre que bajo a este concepto es posible confundir conciliación y mediación. Es cierto que la conciliación también es un método autocompositivo de solución de conflictos, en que las partes ponen fin al litigio con la ayuda de un tercero imparcial. Parte de la doctrina apunta que la diferencia entre la mediación y la conciliación estaría en la forma de actuación del tercero⁴⁵³. Esto, incluso, es el sentido empleado en el Informe del CEPEJ (*European Commission for the Efficiency of Justice*), relacionado a la eficiencia y calidad de los Sistemas Judiciales Europeos del año de 2010 (data 2008)⁴⁵⁴.

Sin embargo, el concepto de conciliación y mediación es muy controvertido⁴⁵⁵. Como dicho, en general, se adopta el grado de participación del tercero para la distinción, sin embargo, el concepto no es uniforme en la doctrina o en el ámbito normativo⁴⁵⁶. Por

⁴⁵³ Vid. BARONA VILAR, S. (2018). Op. cit., p. 50.

⁴⁵⁴ El informe del CEPEJ del año 2010 (data 2008) ofrece un concepto de conciliación basado en el rol del conciliador: *“the conciliator’s main goal is to conciliate, most of the time by seeking concessions. She/he can suggest to the parties’ proposals for the settlement of a dispute. Compared to a mediator, a conciliator has more power and is more proactive”*. Cfr. CEPEJ. *European Judicial Systems. Efficiency and quality of justice. Edition 2010(data 2008)* [en línea]. Estrasburgo: Council of Europe Publishing, 2010, p. 107. [consulta: 27 septiembre]. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/portal/site/cgpj/menuitem.a011a24df368a6083141f040655a4ea0/?vgnextoid=8adabb9ab6a08510VgnVCM1000006f48ac0aRCRD&vgnnextlocale=es&vgnextfmt=default&lang_chosen=es>.

⁴⁵⁵ BUJOSA VADELL y PALOMO VELEZ señalan esta controversia sobre la distinción entre conciliación y mediación, y plantean lo siguiente: *“En realidad, consideramos que diferenciaciones entre la conciliación y la mediación basadas en si se permite o no al tercero la aportación de sugerencias, o incluso de soluciones, a tomar en cuenta o no por las partes en conflicto, aportan poco a la realidad práctica: el sujeto que ayuda a la resolución del conflicto debe acercar las posiciones y estar atento a la oportunidad de sugerir, cuando lo vea prudente, posibilidades de acuerdo que lleven a la autocomposición. Que lo hagao no, no debe depender de etiquetas, sino de las circunstancias concretas y, en especial, de la disposición de las partes hacia un eventual acuerdo”*. Cfr. BUJOSA VADELL, L.; PALOMO VÉLEZ, D. *Mediación electrónica: Perspectiva europea*. [en línea]. *Ius et Praxis*, vol. 23, núm. 2, 2017, Universidad de Talca, Chile, p. 54. [consulta: 13 junio 2021]. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19754349003>.

⁴⁵⁶ Algunos autores entienden que no existe un elemento relevante para distinguir estos institutos, en este sentido vid: VELARDE ARAMAYO, M. S.; SASTRE IBARRECHE, R. “Mecanismos de herecomposición de conflictos: del arbitraje a los ‘ADR’”, en VELARDE ARAMAYO, M. S. (Coord.). *Introducción al Derecho del Arbitraje y Mediación*. Primera edición. Salamanca: Ratio Legis, 2006, p. 59; VICENTE, D. M. "Mediação comercial internacional", en *Direito Internacional Privado - Ensaios II*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 390. En la legislación también encontramos disposiciones en este sentido, como la Ley Modelo de la UNCITRAL, sobre Conciliación Comercial de 2002, que establece equivalencia entre mediación y conciliación. Entre los autores entienden que existe una distinción y que esta sería el

ello, MARQUES CEBOLA propone que la distinción entre estos institutos sea basada en la aplicación o no del principio de confidencialidad⁴⁵⁷.

Por esta línea de raciocinio, la conciliación no estaría regida por la confidencialidad, lo que permite que la misma sea llevada a cabo por el juez, árbitro, procurador, abogado u otro tercero con conexión con un proceso judicial, arbitral o administrativo. Por otro lado, la mediación tendría la confidencialidad como principio vector, luego el tercero que intervenga en el procedimiento no podría tener cualquier relación con el conflicto o con algún proceso judicial, sea en el presente o en el futuro.

El criterio distintivo presentado por MARQUES CEBOLA encuentra reflejo en el ordenamiento jurídico español en el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, que dispone lo siguiente en el art. 38.3: *“En todo caso, quien actúe como mediador en el procedimiento arbitral está sujeto en su actuación a los mismos requisitos de independencia, imparcialidad y confidencialidad exigidos a los árbitros”*. No obstante, en el Código Procesal Civil Brasileño este criterio no ayuda en la distinción entre mediación y conciliación, una vez que el artículo 166 dispone que: *“la conciliación y la mediación son informadas por los principios de independencia, imparcialidad, autonomía de la voluntad, confidencialidad, oralidad, informalidad y decisión informada”*. Es decir que para el Derecho Brasileño la confidencialidad está presente tanto en la mediación como en la conciliación.

grado de participación del tercero, tampoco existe uniformidad. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, por ejemplo, sostiene que en la mediación el tercero propone soluciones, en la medida que la conciliación sería una simple forma de autocomposición. Vid. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N. *Proceso, autocomposición y autodefensa*. Segunda edición. México: UNAM, 1970, p.77. MONTERO AROCA, por su vez, entiende que en la mediación el tercero asume la dirección de las negociaciones y en la conciliación el tercero solamente intenta acercar las partes sin proponer solución para la disputa. Vid. MONTERO AROCA, J. *Estudios de Derecho Procesal*. Barcelona: Librería Bosch, 1981, p. 150. En el ámbito normativo la contradicción sigue igual. La Recomendación Rec(2001)9 del Consejo de Ministros de los Estados miembros relativa a los medios alternativos a la litigación entre autoridades administrativas y los ciudadanos dispone que el mediador propone soluciones y el conciliador no las recomienda. Por otro lado, el Código Procesal Brasileño (Ley n. 13.105, de 26 de junio de 2015) distingue conciliación y mediación en el artículo 165, disponiendo que en la mediación el tercero solamente facilita la comunicación entre las partes; ya en la conciliación el tercero tiene una postura más activa, pudiendo, incluso, proponer acuerdo.

⁴⁵⁷ MARQUES CEBOLA explica esta distinción en los siguientes términos: *“Queda así comprobado cómo de ahora en adelante la ley y la doctrina deberán gradualmente referirse a la conciliación cuando prescriba la tentativa de resolución del litigio impulsada por el juez, árbitro, procurador, abogado u otro tercero con conexión con un proceso judicial, arbitral o administrativo y el término mediación deberá ser reglamentado como el método de solución de conflictos en que las partes procuran construir un acuerdo que ponga fin a la disputa, a través de la intervención de un tercero sin conexión con el conflicto, ni con ningún proceso judicial, presente o futuro. En consecuencia, en la mediación las partes y el mediador están obligadas al principio de confidencialidad y tienen que pactar la aplicación de este mecanismo. Por el contrario, en la conciliación las partes solamente tienen que comparecer ante un tercero que no está obligado a la confidencialidad”*. Cfr. MARQUES CEBOLA, C. (2011). Op. cit. p. 226-227.

En realidad, la confidencialidad o el grado de participación del tercero no pueden ser criterios universales para la distinción entre mediación y conciliación, una vez que el legislador puede establecer una aplicación distinta para estos criterios, como hemos visto. Por tanto, creemos que la distinción debe estar centrada en la finalidad que se pretende alcanzar con la adopción de cada método.

MOESSA DE SOUZA explica que la mediación busca no solo construir soluciones para un problema inmediato, sino también aprender con el proceso y administrar situaciones semejantes que puedan ocurrir en el futuro⁴⁵⁸. Es decir que la mediación sería la solución más eficiente para relaciones de trato continuo, pues a través de ella es posible preservar el relacionamiento mantenido entre las partes.

Por otro lado, la conciliación tendría como finalidad la celebración del acuerdo, de manera que sería el método más indicado para conflictos en que las partes no tengan una relación de trato continuo. Diferentemente de la mediación en que el objetivo principal es la restauración de la relación existente entre las partes a través de la apertura de la comunicación que puede conducir al acuerdo. Por ello ESPLUGUES BARONA señala que en algunas escuelas de mediación lo importante no es tanto alcanzar el acuerdo, sino el trabajo conjunto entre mediador y las partes.⁴⁵⁹ El Código de Proceso Civil Brasileño camina por este sentido, en la medida que considera en el artículo 165, que el conciliador debe actuar preferencialmente en los casos que no haya vínculo anterior entre las partes, en la medida que la mediación debe ser aplicada preferencialmente en la situación opuesta. Por lo tanto, el carácter restaurativo sería el elemento de distinción entre mediación y conciliación.

La conciliación puede ocurrir antes de la iniciación del juicio, en este caso es denominada de preprocesal o extrajudicial, y objetiva evitar un futuro proceso judicial o arbitral. Sin embargo, también puede ser intrapocesal, o sea realizada después de instalado el juicio de manera que su finalidad es poner fin al proceso ya empezado.

En España, el origen de la conciliación está en el proceso mercantil, objetivamente en las ordenanzas que desarrollaban el proceso ante los consulados. Con la Constitución de 1812, la conciliación fue generalizada y considerada actividad previa de carácter

⁴⁵⁸ Cfr. MOESSA DE SOUZA, L. *Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos: Negociação, Mediação e Conciliação na esfera administrativa e judicial*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012a, p.74.

⁴⁵⁹ Cfr. ESPLUGUES BARONA, C. (2018). Op. cit. p. 117.

obligatorio para todo tipo de procesos civiles y mercantiles⁴⁶⁰. Actualmente, en el ámbito del Derecho procesal español, la conciliación tiene aplicación para los juicios ordinarios (artículos 415 y 428.2 de la LEC) y para los juicios verbales (artículo 443.3 de la LEC).

En Brasil, la tradición lusitana de concertación prevista en las ordenaciones manuelinas fue incorporada al ordenamiento jurídico imperial⁴⁶¹. Como ya hemos comentado, la Constitución Imperial de 1824 había previsto la conciliación como procedimiento previo y obligatorio para proponer una demanda judicial⁴⁶². En la República, se observa el declino de la conciliación, que perdió el estatus constitucional y dejó de ser obligatoria⁴⁶³. El regreso de la conciliación solamente ocurrió en 1943 con la Consolidación de las Leyes Laborales, pero restringida al proceso laboral, y más tarde, en el Código Procesal de 1973.

Actualmente, en el Derecho procesal brasileño, la conciliación es permitida en cualquier fase del proceso, según el §3º del artículo 3º del Código Procesal Civil. Sin embargo, la ley establece que, una vez aceptada la demanda, el juez designará audiencia de conciliación entre las partes, de acuerdo con el artículo 334. La ley procesal brasileña también establece, en el artículo 359, que el juez intentará conciliar las partes en la audiencia de instrucción, aunque otros instrumentos de solución de conflicto ya tengan sido utilizados. O sea, la ley procesal ya establece al mínimo dos momentos específicos para la realización de la conciliación.

En el ordenamiento español, la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante, LRJCA), posibilita la extinción de la demanda a través de un acuerdo que puede ser obtenido en una conciliación⁴⁶⁴. Por el art. 77 de la LRJCA, la conciliación podrá ser efectivada a cualquier momento anterior al día que el pleito ha quedado concluso para la sentencia. El mismo artículo también

⁴⁶⁰ Ibid. p. 224.

⁴⁶¹ Vid. PEREIRA CAMPOS, A. “Conciliações e Arbitragens no Brasil do Século XIX”, em ZANETI JÚNIOR, H.; XAVIER CABRAL, T. N. (Coords.). *Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos*. Salvador: JusPodivm, 2018, pp. 893-907.

⁴⁶² BRASIL. Constitución Imperial de 1824: “Art. 161. Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará processo algum”.

⁴⁶³ Vid. PEREIRA CAMPOS, A.; SIAS FRANCO, J. V. A Conciliação no Brasil e a sua importância como tratamento adequado de conflitos. *Revista de Direito Brasileira*. São Paulo, v. 18, n. 7, pp. 263 – 281, Sept./Dic. 2017.

⁴⁶⁴ Vid. TORNOS MAS, J. “Los medios alternativos de resolución de conflictos en los que es parte la Administración Pública. Últimas novedades”, en LOPEZ MENUDO, Francisco. (Coord.). *Derechos y Garantías del ciudadano. Estudios en homenaje al Profesor Alfonso Pérez Moreno*. Madrid: Iustel, 2011. pp. 1085-1103.

dispone que la conciliación solamente puede tratar de materias susceptibles de transacción, especialmente, aquellas referentes a determinación de cantidad. Otro punto importante es que el acuerdo validado por el Poder Judicial tiene la misma fuerza ejecutiva de una sentencia y, en caso de incumplimiento, la parte afectada podrá instar directamente su ejecución forzosa, en la forma del ar. 113 de la LRJCA. En el ámbito del procedimiento administrativo es posible la utilización de la conciliación como sustituto de los recursos administrativos por fuerza de lo previsto en el artículo 112.2 de la LPACAP, de 01 de junio. Tampoco se puede olvidar el mecanismo de finalización pactada del procedimiento administrativo, en el artículo 86.1 de la misma ley, que también se aplica a la conciliación.

En Brasil, la conciliación realizada por la AP fue tratada expresamente por primera vez en la Ley n. 10.259, de 12 de julio de 2001, que creó los Juzgados Especiales Federales y estableció la posibilidad de la Administración pública federal conciliar en el ámbito de dichos juzgados⁴⁶⁵. En 2009, se crearon los Juzgados Especiales de las Haciendas Públicas de los Estados, Distrito Federal, Territorios y Municipios, a través de la Ley n. 12.153, de 22 de diciembre de 2009, que abrió la posibilidad de conciliación para las AAPP de otros entes federados⁴⁶⁶. Dichas normas tratan solamente de la conciliación en ámbito intrajudicial.

Con la publicación de la Ley n. 13.140, de 26 de junio de 2015, se amplió las posibilidades de conciliación, una vez que dicha ley permitió la composición extrajudicial en Cámaras de resolución y prevención de conflictos en el ámbito de la Abogacía Pública. Además, conforme ya aclarado en la sección anterior, la Ley n. 13.988, de 14 de abril de 2020, regula la transacción realizada por la Administración directa, autárquica y

⁴⁶⁵ BRASIL. Ley n. 10.259, de 12 de julio de 2001: “Art.10. As partes poderão designar, por escrito, representantes para a causa, advogado ou não. Parágrafo único. Os representantes judiciais da União, autarquias, fundações e empresas públicas federais, bem como os indicados na forma do caput, ficam autorizados a conciliar, transigir ou desistir, nos processos da competência dos Juizados Especiais Federais”.

⁴⁶⁶ BRASIL. Ley n. 12.153, de 22 de diciembre de 2009: “Art. 2º. É de competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública processar, conciliar e julgar causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, até o valor de 60 (sessenta) salários-mínimos. § 1º Não se incluem na competência do Juizado Especial da Fazenda Pública: I – as ações de mandado de segurança, de desapropriação, de divisão e demarcação, populares, por improbidade administrativa, execuções fiscais e as demandas sobre direitos ou interesses difusos e coletivos; II – as causas sobre bens imóveis dos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios, autarquias e fundações públicas a eles vinculadas; III – as causas que tenham como objeto a impugnação da pena de demissão imposta a servidores públicos civis ou sanções disciplinares aplicadas a militares”.

fundacional de la Unión, también alcanza las transacciones obtenidas por medio de conciliación.

Aún en el ámbito del Derecho público brasileño, es importante destacar la previsión en el Decreto Federal n. 9.760, de 11 de abril de 2019 de utilización de la conciliación en el procedimiento administrativo para apuración de infracciones administrativas por conductas y actividades lesivas al medio ambiente. No obstante, el avance en la adopción de un método autocompositivo para la solución de controversias ambientales, conforme destacan RODRIGUES DE SOUZA y SCARPINELLA BUENO, la regulación propuesta no es idónea para propiciar el diálogo entre las partes para una solución adecuada e integrada al hecho que se propone evitar⁴⁶⁷.

No podemos olvidar de la recién publicada Ley de Licitación y Contratos administrativos (Ley n. 14.133, de 01 de abril de 2021) que permite, expresamente, en el artículo 151, la utilización de la conciliación para la solución de las disputas relacionadas a las contrataciones regidas por esta ley.

Por fin, hay que considerar que, en el ámbito administrativo, las AAPP asumen la condición de parte, de manera que, conforme explica ROSA MORENO, solamente cabría conciliación ante un órgano administrativo si su imparcialidad fuera garantizada⁴⁶⁸.

2.1.4. Mediación

2.1.4.1. Antecedentes histórico-jurídicos

Según CARBALLO MARTÍNEZ, la mediación, más relacionada con un orden jurídico político, tiene sus umbrales en la sociedad romana, por medio del progreso de la figura del árbitro.⁴⁶⁹ Además, las prácticas consensuales, vinculadas a la mediación, también son encontradas en la Edad Media como aquellas relacionadas al poder público en que agentes territoriales funcionaban como típicos mediadores. Esta estructura fue

⁴⁶⁷ Cfr. RODRIGUES DE SOUZA, M. F.; SCARPINELLA BUENO, F. “Mediação: uma solução adequada para os conflitos ambientais entre a Administração Pública e o administrado”, en JÚDICE MOREIRA, António; FRANCO NASCIMBENI, Asdrubal; BEYRODT, Christiana; MORAIS TONIN, Mauricio. (Coords.). *Mediação e Arbitragem na Administração Pública: Brasil e Portugal*. São Paulo: Almedina, 2020, p. 379.

⁴⁶⁸ Cfr. ROSA MORENO, J. *El arbitraje administrativo*. Madrid: McGraw-Hill, 1998, p. 46.

⁴⁶⁹ Cfr. CARBALLO MARTÍNEZ, G. *La Mediación Administrativa y el Defensor del Pueblo*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2008, pp. 33 -34.

mantenida en el Antiguo Régimen, en la cual se conciliaba la potestad real con el orden de los señoríos nobiliarios y eclesiásticos.⁴⁷⁰ Con el desarrollo del Estado Constitucional, estos órganos arbitrales y mediadores de origen medieval fueron extintos y se empezaba el monopolio estatal para la solución de los conflictos.⁴⁷¹

En el siglo XIX, la mediación reanuda. En los Estados Unidos, por ejemplo, podemos encontrar los primeros antecedentes de la mediación, en un perfil próximo a lo que tenemos hoy, en las huelgas de 1838. Allí, la mediación fue utilizada como instrumento de solución de disputas entre los trabajadores y las compañías navieras comerciales.⁴⁷²

Además, no podemos olvidar la aplicación de la mediación en el contexto del Derecho Internacional para la solución de conflictos entre Estados. En este ámbito tenemos como ejemplo la Convención del Haya de 1899 que tenía como objetivo la resolución pacífica de conflictos entre los Estados signatarios a través de la mediación y del arbitraje.⁴⁷³ Con el tiempo, la mediación expande su ámbito de aplicación, pasando a ser utilizada no solamente en ámbito privado e internacional, sino también en las ramas de Derecho Público.

En las últimas décadas la mediación ha ganado impulso y seguramente el colapso de los órganos del Poder Judicial constituye un factor determinante para la expansión de la legislación sobre esta materia en los distintos países. En los países integrantes de la Unión Europea, es necesario señalar la influencia del Derecho Comunitario que camina hacia la expansión de la utilización de los métodos consensuales de solución de conflictos.

2.1.4.2. Evolución de la mediación en España

En España, no obstante, la regulación de la transacción por el Código Civil de 1889, solamente podemos nos referir a la mediación, como la conocemos en la actualidad, en

⁴⁷⁰ Ibid., p. 44.

⁴⁷¹ Ibid., pp. 45-49.

⁴⁷² Vid. MORÁN, G. M. La Mediación en EE. UU. “Vías alternativas de Negociación y Resolución de Conflictos: Una nueva cultura socio-jurídica. La experiencia estadounidense”, en SOUTO GALVÁN, E. (Dir.). *La Mediación un instrumento de conciliación*. Primera Edición. Madrid: Editorial Dykison, 2010, p.14.

⁴⁷³ CONVENCIÓN DE 1899 PARA LA RESOLUCIÓN PACÍFICA DE CONTROVERSIAS INTERNACIONALES. “Artículo Segundo: En caso de grave disenso o de conflicto, antes de convocar a las armas, las Potencias signatarias acuerdan recurrir, tanto cuanto las circunstancias lo permitan, a los buenos oficios o a la mediación de una o de varias Potencias amigas”.

finales del siglo pasado, con el desarrollo de la mediación familiar, sobre todo en ámbito autonómico.⁴⁷⁴

En el ámbito estatal, el marco legal es la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modificaron el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.⁴⁷⁵ A partir de este momento se empieza a avanzar con la mediación en otras ramas.

En 2008, se publicó el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el sistema Arbitral de Consumo. Aunque sea una normativa sobre arbitraje de consumo, ella también establece la posibilidad de mediación previa al conocimiento del conflicto por los órganos arbitrales⁴⁷⁶.

Cuatro años después, se publicó la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles. Esta ley, aunque no sea una norma general de mediación, constituye el gran marco legal español en la materia. Esta es una norma con aplicación a todo territorio español y no se aplica en los sectores administrativo, penal, consumo y laboral⁴⁷⁷. La Ley 5/2012, de 6 julio, también modificó el apartado 1 del artículo 414 de la LEC, previniendo la posibilidad de mediación después de contestada la demanda⁴⁷⁸.

⁴⁷⁴ Vid. GARCÍA VILLALUENGA, L.; VÁZQUEZ DE CASTRO, E. La mediación civil en España: luces y sombras de un marco normativo. *Política y Sociedad*, Vol.50, 2013, pp.71-98.

⁴⁷⁵ La Ley 15/2005 modificó el articulado de la Ley procesal para permitir a las partes de común acuerdo puedan solicitar la suspensión del proceso para someterse a mediación (art. 770.7ª. de la LEC) y también estableció ocasión idónea para el intento de mediación en el artículo 771.1. de la LEC.

⁴⁷⁶ ESPAÑA. Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el sistema Arbitral de Consumo: “Artículo 38. Mediación en el procedimiento arbitral. 1. Cuando no existan causas de inadmisión de la solicitud de arbitraje se intentará mediar para que las partes alcancen un acuerdo que ponga fin al conflicto, salvo oposición expresa de cualquiera de las partes o cuando conste que la mediación ha sido intentada sin efecto. 2. La mediación se registrará por la legislación sobre la materia que resulte de aplicación, correspondiendo, no obstante, al secretario de la Junta Arbitral de Consumo dejar constancia en el procedimiento arbitral de la fecha de inicio y fin de la mediación, así como del resultado de esta. 3. En todo caso, quien actúe como mediador en el procedimiento arbitral está sujeto en su actuación a los mismos requisitos de independencia, imparcialidad y confidencialidad exigidos a los árbitros”.

⁴⁷⁷ ESPAÑA. Ley 5/2012, de 6 de julio: “Artículo 2. Ámbito de aplicación.1. Esta Ley es de aplicación a las mediaciones en asuntos civiles o mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos, siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable. En defecto de sometimiento expreso o tácito a esta Ley, la misma será aplicable cuando, al menos, una de las partes tenga su domicilio en España y la mediación se realice en territorio español.2. Quedan excluidos, en todo caso, del ámbito de aplicación de esta Ley: a) La mediación penal; b) La mediación con las Administraciones públicas; c) La mediación laboral; d) La mediación en materia de consumo”.

⁴⁷⁸ ESPAÑA. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil: “Artículo 414. Finalidad, momento procesal y sujetos intervinientes en la audiencia.1. Una vez contestada la demanda y, en su caso, la reconvenición, o transcurridos los plazos correspondientes, el Secretario judicial, dentro del tercer día,

En el año de 2015, con la reforma del Código Penal, se reguló por primera vez la mediación en materia penal. El artículo 84.1 pasa a establecer textualmente: *“1. El juez o tribunal también podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de alguna o algunas de las siguientes prestaciones o medidas: 1.ª El cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación”*.

Con el objetivo de transponer la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, al ordenamiento jurídico español, en el año de 2017, se publicó la Ley 07/2017, de 02 de noviembre. Esta ley dispone sobre la resolución alternativa de litigios de consumo y se refiere expresamente a la mediación para la solución de este tipo de disputa.

En el ámbito administrativo, el marco legal de la mediación en España es la LRJPAC, que posibilitó la utilización de la mediación como medio de terminación convencional de los procedimientos administrativos y como medida sustitutiva del recurso de alzada.

En 2015, la LPACAP revocó la LRJPAC e introdujo un mecanismo de finalización pactada del procedimiento administrativo, en el artículo 86.1, que no difiere mucho de la disciplina de la ley antecesora. La LPACAP, de 1 de octubre, también mantuvo la posibilidad de utilización de la mediación como medida sustitutiva del recurso de alzada y de reposición en el artículo 112.1 y 112.2.

No podemos olvidar de la LRJCA, que también constituye un marco legal importante para la mediación administrativa en España, una vez que posibilita la extinción de la demanda a través de un procedimiento de mediación.

convocará a las partes a una audiencia, que habrá de celebrarse en el plazo de veinte días desde la convocatoria. En esta convocatoria, si no se hubiera realizado antes, se informará a las partes de la posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto, incluido el recurso a una mediación, en cuyo caso éstas indicarán en la audiencia su decisión al respecto y las razones de la misma. La audiencia se llevará a cabo, conforme a lo establecido en los artículos siguientes, para intentar un acuerdo o transacción de las partes que ponga fin al proceso, examinar las cuestiones procesales que pudieran obstar a la prosecución de éste y a su terminación mediante sentencia sobre su objeto, fijar con precisión dicho objeto y los extremos, de hecho o de derecho, sobre los que exista controversia entre las partes y, en su caso, proponer y admitir la prueba. En atención al objeto del proceso, el tribunal podrá invitar a las partes a que intenten un acuerdo que ponga fin al proceso, en su caso a través de un procedimiento de mediación, instándolas a que asistan a una sesión informativa”.

Aún en materia administrativa, la mediación se ha expandido en distintos sectores como el disciplinario escolar y penitenciario⁴⁷⁹. En cuanto a la mediación escolar, la Ley 27/2005, de 30 de noviembre, de fomento a la educación y la cultura de paz, tiene disposiciones relacionadas a la obligación de formación de hombres y mujeres en técnicas de resolución de conflictos, negociación y mediación⁴⁸⁰. La Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, también se refiere a la mediación y la pone como una de las competencias de los directores de los centros de educación (art. 132.f)⁴⁸¹. Además, no podemos dejar de mencionar la Ley 3/2022, de 24 de febrero, de convivencia universitaria que establece la utilización preferente de las modalidades alternativas al sistema disciplinario para la resolución de los conflictos que alteren la convivencia o impidan el normal desarrollo de las funciones de docencia, investigación y transferencia del conocimiento. Según el artículo quinto de dicha ley, “*las universidades desarrollarán en sus Normas de Convivencia medios alternativos de solución de los conflictos de la convivencia basados en la mediación, para ser aplicados antes y durante el procedimiento disciplinario*”. Por tanto, la Ley 3/2022, de 24 de febrero, de convivencia

⁴⁷⁹ Algunos autores entienden que las hipótesis acorridas en dichos sectores no encajan en el concepto de mediación, una vez que tendrían un carácter previo al acto administrativo. En este sentido véase: BAUZÁ MARTORELL, F. J., *El acto previo. Del mito a la realidad*, Iustel, Madrid, 2021, p. 155. En sentido contrario, véase: MIGUEL MACHO, L., Autotutela administrativa y tutela judicial efectiva: nuevas perspectivas para el proceso contencioso-administrativo. *Revista General de Derecho Administrativo*, n.38, 2015, pp. 25-26.

⁴⁸⁰ ESPAÑA. Ley 27/2005, de 30 de noviembre, de fomento a la educación y la cultura de paz: “*Artículo 2. Corresponde al Gobierno, para la realización de los fines mencionados en materia de cultura de paz: 1. Promover que en todos los niveles del sistema educativo las asignaturas se impartan de acuerdo con los valores propios de una cultura de paz, y la creación de asignaturas especializadas en cuestiones relativas a la educación para la paz y los valores democráticos. 2. Impulsar, desde la óptica de la paz, la incorporación de los valores de no violencia, tolerancia, democracia, solidaridad y justicia en los contenidos de los libros de texto, materiales didácticos y educativos, y los programas audiovisuales destinados al alumnado. 3. Promover la inclusión como contenido curricular de los programas de educación iniciativas de educación para la paz a escala local y nacional. 4. Combinar la enseñanza dentro del sistema educativo con la promoción de la educación para la paz para todos y durante toda la vida, mediante la formación de adultos en los valores mencionados. 5. Colaborar con la Organización de Naciones Unidas, en la promoción de Institutos Universitarios Especializados. 6. Promover un incremento del conocimiento público y de la enseñanza del Derecho Internacional humanitario y de la legislación sobre Derechos Humanos. 7. Promover la formación especializada de hombres y mujeres en técnicas de resolución de conflictos, negociación y mediación. 8. Promover las tareas de construcción de la paz en áreas de conflicto con la participación de personal especializado. 9. El Gobierno creará los mecanismos de consulta periódica con la sociedad civil y la vinculada y asociada con los movimientos de la Paz para el adecuado cumplimiento de las disposiciones contenidas en la presente Ley*”.

⁴⁸¹ ESPAÑA. Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación: “*Artículo 132. Competencias del director. Son competencias del director: [...] f) Favorecer la convivencia en el centro, garantizar la mediación en la resolución de los conflictos e imponer las medidas disciplinarias que correspondan a los alumnos y alumnas, en cumplimiento de la normativa vigente, sin perjuicio de las competencias atribuidas al Consejo Escolar en el artículo 127 de esta Ley orgánica. A tal fin, se promoverá la agilización de los procedimientos para la resolución de los conflictos en los centros*”.

universitaria, tiene como uno de sus objetivos informar el régimen disciplinario académico por directrices democráticas y consensuales, en una óptica de justicia restaurativa.

En el ámbito penitenciario, según BELANDO GARÍN, la mediación tiene fundamento en art. 255 del Reglamento Penitenciario, que permite suspender las sanciones de aislamiento cuando las circunstancias lo aconsejen, como también en el artículo 42.6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, que permite la reducción de la sanción en aras de reinserción o reeducación⁴⁸².

Con el objetivo de descongestionar los juzgados y acortar el tiempo de respuesta de la justicia, se aprobó en enero de 2019 el Anteproyecto de Ley de Impulso a la Mediación. El anteproyecto pretende modificar la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley 05/2012 e la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita. Por lo tanto, la propuesta de impulso a la mediación está estricta a los conflictos civiles y mercantiles. El punto de destaque de dicho anteproyecto es justamente superar el carácter exclusivamente voluntario de la mediación para establecer un modelo de “obligatoriedad mitigada”, con inspiración en la experiencia italiana⁴⁸³.

Más recientemente, como respuesta a los desafíos surgido como consecuencia de la pandemia de la Covid-19, el Consejo de Ministros aprobó el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia. Dicho Anteproyecto se integra a la Estrategia Justicia 2030 y busca desarrollar un servicio público de justicia sostenible. Para alcanzar este fin, una de las medidas es justamente el fomento a los medios adecuados de resolución de conflictos, como se ve en este fragmento de la exposición de motivos: *“se debe recuperar la capacidad negociadora de las partes, con la introducción de mecanismos que rompan la dinámica de la confrontación y la crispación que invade en nuestros tiempos las relaciones sociales. Para ello es necesario introducir medidas eficaces que no se degraden ni transformen en meros requisitos burocráticos. Con este fin se ha de potenciar la mediación en todas sus formas e introducir otros mecanismos de acreditada experiencia en el derecho comparado”*.

⁴⁸² Cfr. BELANDO GARÍN, B. (2015). Op. cit., p. 269.

⁴⁸³ Vid. GUTIÉRREZ, M. S. “Comentarios al Anteproyecto de Ley de Impulso a la Mediación”. [en línea]. *INDRET - Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, Julio 2019. [consulta: 22 octubre 2020]. Disponible en: <https://indret.com/wp-content/uploads/2019/10/1478.pdf>.

Es importante aclarar que este Anteproyecto solamente se refiere a la aplicación de los medios adecuados de solución de conflictos en el ámbito civil y mercantil, incluidos los transfronterizos, de manera que quedan excluidas las materias laboral, penal, concursal, así como los conflictos administrativos. Seguramente se ha perdido la oportunidad de desarrollar la mediación en los distintos ámbitos y en consecuencia de proporcionar la ampliación del acceso a la justicia.

2.1.4.3. Evolución de la mediación en Brasil

En Brasil, la primera iniciativa de reglar la mediación ocurrió con el Proyecto de Ley n. 4.827/1998, que se archivó en el año de 2006. No obstante, en el año de 2010, el CNJ, a través de la Resolución n. 125, de 29 de noviembre de 2010, adoptó el ‘sistema multipuertas’, que permitió la adopción de los medios adecuados de solución de conflictos.

Frente a este nuevo panorama, se publicó el actual Código Procesal Civil, Ley n. 13.105, de 16 de marzo de 2015, que enmarca una nueva directriz en el proceso judicial brasileño, basada en la colaboración y en la consensualidad y haciendo referencia expresa a la mediación. En el mismo año, se publicó la Ley n. 13.140, de 25 de junio de 2015, que constituye el actual marco legal de la mediación en Brasil.

La Ley n. 13.140, de 25 de junio de 2015, además de disponer sobre mediación en el ámbito privado, también cuida de la autocomposición administrativa. Luego, la mediación implicando las AAPP está reglada en dicha ley. Otra ley importante en materia de mediación administrativa es la Ley n. 13.988, de 14 de abril de 2020, que regula la transacción realizada por la Administración directa, autárquica y fundacional de la Unión relacionadas a disputas sobre la cobranza de créditos de la Hacienda pública de naturaleza tributaria o no tributaria.

Tampoco podemos olvidar que la Enmienda n. 02, de 08 de marzo de 2016 modificó la Resolución n. 125, de 29 de noviembre de 2010, ambas del CNJ, que permitió la creación de un sistema de mediación y conciliación digital para utilización pre procesal en ámbito de los tribunales del Poder Judicial⁴⁸⁴. Tras esta modificación el CNJ creó la

⁴⁸⁴ La Resolución n. 326, de 26 de junio de 2020, del Consejo Nacional de Justicia, ha modificado el texto del inciso X del artículo 5º de la Resolución n. 125, de 29 de noviembre, sin proceder a cualquier cambio de contenido.

plataforma *Mediação Digital* (www.cnj.jus.br/mediacaodigital). El Ministerio de la Justicia de Brasil, por otro lado, ha desarrollado la plataforma *consumidores.gov* para la solución de conflictos de consumo, a través de la interlocución directa entre consumidores y empresas, facilitando también la solución de controversias a través de mecanismos electrónicos.

Como ya hemos comentado en la sección sobre arbitraje, en 2019 se publicó la Ley n. 13.867, de 29 de agosto, que también ha permitido la utilización de la mediación en los procesos de expropiación forzosa. La Ley n. 14.112, de 24 de diciembre de 2020, también amplía los ámbitos de utilización de la mediación, en la medida que la estimula en los procedimientos de recuperación judicial y falencia de empresarios y sociedades empresarias. Debemos añadir a este listado, la recién publicada Ley de Licitación y Contratos administrativos (Ley n. 14.133, de 01 de abril de 2021) que permite, expresamente, en el artículo 151, la utilización de la mediación para la solución de las disputas relacionadas a las contrataciones regidas por esta ley.

En 04 de junio de 2021, el Estado Brasileño firmó la Convención de Singapur sobre Mediación⁴⁸⁵, que facilitará el reconocimiento y la ejecución de acuerdos transfronterizos celebrados por mediación. La integración de Brasil a la Convención de Singapur representará un avance en el comercio exterior, una vez que permitirá la adopción de soluciones más flexibles y económicas para las disputas mercantiles internacionales.

2.1.4.4. *Concepto*

Una vez transpuesto la evolución de la mediación, incluso en el ámbito de España y Brasil, es necesario definirla. Es importante señalar que esta no es una tarea fácil. En la doctrina española, MEJÍAS GÓMEZ, por ejemplo, la conceptúa como *“procedimiento pacífico de resolución de conflictos basado en el acuerdo alcanzado por las partes, que sacrifican equitativamente sus pretensiones iniciales para llegar a un punto que recoge el interés común de las mismas, con la ayuda de una persona que facilita la consecución*

⁴⁸⁵ Brasil firmó la Convención de Singapur, pero queda el procedimiento de ratificación interna para que el acuerdo internacional ingrese en el ordenamiento jurídico brasileño. Dicha Convención ha sido firmada por 54 países y ratificada por 6 países, de manera que ya está en vigor desde 12 de septiembre de 2020. El texto completo de la Convención de Singapur está disponible en: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/mediation_convention_s.pdf. [en línea] [consulta: 13 junio 2021].

del mismo”⁴⁸⁶. ZAPPAROLLI y KRAHENBUHL, autoras brasileñas, señalan que la mediación no tiene como objetivo principal obtener el acuerdo, sino facilitar el autoconocimiento de las partes y el fortalecimiento de las relaciones a través del respeto mutuo⁴⁸⁷.

El CGPJ y el CNJ también ofrecen conceptos de mediación. El primero dispone que la mediación es “*un procedimiento voluntario, ágil y flexible, en que a través de la asistencia de un tercero neutral –el mediador– se intenta que sean los propios interesados quienes alcancen la solución para su conflicto*”.⁴⁸⁸ El segundo la define como el “*método de resolución de disputas en el que se desarrolla un proceso compuesto por varios actos procedimentales por los cuales el (los) tercero (s) imparcial (es) facilita la negociación entre las personas en conflicto, habilitándolas para mejor comprender sus posiciones y encontrar soluciones que se compatibilicen a los sus intereses y necesidades*”.⁴⁸⁹

Desde el punto de vista legal, Brasil y España también nos brindan con distintos conceptos. En España, por ejemplo, la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, conceptúa la mediación, en el artículo 1, como el “*medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador*”. En Brasil, la Ley n. 13.140, de 25 de junio de 2015, también conceptúa mediación, en el párrafo único del artículo 1º, como: “*la actividad técnica ejercida por tercero imparcial sin poder decisorio, que, escogido o aceptado por las partes, las auxilia y estimula a identificar o desarrollar soluciones consensuadas para la controversia*”.⁴⁹⁰

No obstante, esta diversidad de conceptos, podemos extraer de ellos un elemento común: el conflicto. El procedimiento de mediación está diseñado con la centralidad en el conflicto. Como hemos señalado, la mediación no tiene por finalidad exclusiva la solución de la controversia, sino la gestión del conflicto en todas sus dimensiones. De

⁴⁸⁶ Cfr. MEJÍAS GÓMEZ, J. F. *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*. Madrid: Editorial El Derecho, 2009, p. 17.

⁴⁸⁷ Cfr. ZAPPAROLLI, C. R.; KRAHENBUL, M. C. *Negociação, Conciliação, Mediação, Facilitação Assistida, Prevenção, Gestão de Crises nos Sistemas e suas Técnicas*. São Paulo: LTR, 2012, p. 38.

⁴⁸⁸ ESPAÑA. CGPJ. Disponible en: www.poderjudicial.es/cgpj/es/temas/mediacion. [en línea] [consulta: 06 mayo 2020].

⁴⁸⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Manual de Mediação Judicial*. GOMMA DE AZEVEDO, André (Org). Sexta edición. Brasília: CNJ, 2016.

⁴⁹⁰ BRASIL. Ley n. 13.140, de 26 de junio de 2015: “*Art. 1º. Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia*”.

hecho, la mediación objetiva más que realizar un acuerdo, ella se propone a restablecer la comunicación y el diálogo entre las partes para la gestión del conflicto y la conducción de sus consecuencias en el futuro. Por eso creemos que este es el punto que la distingue de la conciliación.

Otro punto importante es que la mediación consiste en un método autocompositivo de resolución de controversias. Por este método el acuerdo es producido por las propias partes, sin la imposición de un tercero como suele ocurrir en los métodos heterocompositivos de solución de conflicto, como el arbitraje y la jurisdicción. Por ello, AGUIRRE destaca que la idea clave de la mediación es convertir las partes, no el Estado, en protagonistas de la solución de sus disputas, lo que transmite una idea de emancipación del ciudadano⁴⁹¹.

Por tanto, en la mediación las partes crean un vínculo colaborativo que genera un mayor comprometimiento de las partes con lo que se haya decidido. Si por un lado la mediación proporciona más libertad para las partes, por otro les aporta más responsabilidad.

Frente a todo que hemos visto, podemos definirla como un método autocompositivo, alternativo o complementario a la vía judicial, en que las partes en disputa gestionan el conflicto, con el auxilio de un tercero, que les facilita la comunicación, favoreciendo el establecimiento de un pacto.

2.1.4.5. *Principios*

Para un mejor entendimiento sobre la mediación, es necesario profundizar el estudio de sus principios informativos. Es cierto que cada ordenamiento jurídico indica principios que son aplicables a mediación en su sistema⁴⁹², sin embargo, es posible apuntar un conjunto de principios comunes, como: voluntariedad, igualdad de las partes, imparcialidad de los mediadores y confidencialidad.

⁴⁹¹ Cfr. AGUIRRE, C. E. *Mediação em empresas familiares* (Dissertação de Mestrado). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP, 2019, p. 44.

⁴⁹² En España, la Ley 5/2012, de 6 de julio establece desde el artículo 6 hasta el 10, los principios informadores del procedimiento de mediación, a saber: voluntariedad y libre disposición, igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores, neutralidad, confidencialidad, lealtad, buena fe y respeto mutuo. En Brasil, la Ley n. 13.140, de 26 de junio de 2015, establece en el artículo segundo los siguientes principios aplicables a la mediación: imparcialidad del mediador; igualdad de las partes, oralidad, informalidad, autonomía de voluntad de las partes, consensualidad, confidencialidad y buena fe.

2.1.4.5.1. Voluntariedad

Según GARCÍA VILLALUENGA, la voluntariedad es el principio que “*entraña la más íntima esencia de la institución mediadora, definiendo claramente su perfil*”⁴⁹³. Entonces, la voluntariedad es elemento fundamental para la comprensión de la mediación.

La voluntariedad es aplicable a todos que están involucrados en el procedimiento. Con relación a las partes, significa que ellas eligen libremente la mediación para la solución de su conflicto y tienen la libertad para proseguir o retirarse del procedimiento. Según BELANDO GARÍN la voluntariedad significa que el procedimiento de mediación es voluntario desde el principio hasta el final⁴⁹⁴.

MARTÍN DIZ destaca que la solución de un conflicto a través de la mediación se fundamenta en una decisión libre, abierta y espontánea⁴⁹⁵. Así, la voluntariedad, según dicho autor, sería motivo bastante para rechazar la mediación obligatoria⁴⁹⁶. Para él, “*someter y condicionar de forma obligatoria la voluntad de las partes en conflicto a un mecanismo que, de inicio, no es solicitado y requerido por ellas, es condenarla a desenvolverse desde parámetros que la desnaturalizan*”⁴⁹⁷.

La extensión de la voluntariedad es una cuestión que es muy debatida. Como hemos comentado, el Anteproyecto de Ley de Impulso a la Mediación dispone sobre el modelo de ‘obligatoriedad mitigada’, que configura la obligación de someterse a un trámite procedimental previo para poder acceder a la vía judicial.

Sobre la materia, es importante examinar la Directiva 2008/52/CE, 21 de mayo, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, que dispone en el artículo 5.2 que los Estados miembros pueden establecer la obligatoriedad de la mediación o someterla a incentivos y sanciones. Con

⁴⁹³ Cfr. GARCÍA VILLALUENGA, L. La mediación a través de sus principios. Reflexiones a la luz del anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, III Época, v. 4, 2010, p. 723.

⁴⁹⁴ Cfr. BELANDO GARÍN, B. (2019). Op. Cit., p.51.

⁴⁹⁵ Cfr. MARTÍN DIZ, F. (2018). Op. cit., p. 322.

⁴⁹⁶ Ibid., 322.

⁴⁹⁷ Ibid., 315.

fundamento en esta disposición comunitaria, algunos países europeos están optando por establecer la obligatoriedad de la mediación para acceder a la vía judicial⁴⁹⁸.

El TJUE se ha manifestado sobre el asunto y comprende que la voluntariedad no es la libertad de las partes para recurrir o no al procedimiento de mediación, sino el hecho de que las partes pueden darlo por terminado en cualquier momento y con la garantía de mantener preservado el derecho de acceso al sistema judicial⁴⁹⁹. En la sentencia del caso *Alassini, et al vs. Telecom Italia*, de 18 de marzo de 2010, por ejemplo, el TJUE consideró que el derecho de tutela judicial efectiva y los principios de equivalencia y efectividad no impiden que los Estados establezcan procedimientos previos de obtención de acuerdo con el margen del ámbito de los tribunales, siempre que la obligatoriedad no esté en el resultado y no haya retrasos procesales o costos excesivos⁵⁰⁰.

Por lo tanto, para el TJUE, la exigencia de procedimiento previo de mediación para el ejercicio de acciones judiciales es compatible con el principio de tutela judicial efectiva. Aplicando la jurisprudencia del TJUE, la previsión del artículo 6 de la Ley 5/2012, de 06 de julio⁵⁰¹, que dispone sobre la voluntariedad y obligatoriedad de la

⁴⁹⁸ El Estado Italiano, por ejemplo, establece la obligatoriedad de la mediación en situaciones específicas, como condición de procedibilidad de los procesos judiciales, en el Decreto Legislativo de 4 de marzo de 2010, que dispone en el artículo 5.1 –bis lo siguiente: “*1-bis. Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, è tenuto, assistito dall'avvocato, preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ovvero i procedimenti previsti dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, e dai rispettivi regolamenti di attuazione ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'articolo 128-bis del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate. L'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. La presente disposizione ha efficacia per i quattro anni successivi alla data della sua entrata in vigore. Al termine di due anni dalla medesima data di entrata in vigore è attivato su iniziativa del Ministero della giustizia il monitoraggio degli esiti di tale sperimentazione. L'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza. Il giudice ove rilevi che la mediazione è già iniziata, ma non si è conclusa, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6. Allo stesso modo provvede quando la mediazione non è stata esperita, assegnando contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione. Il presente comma non si applica alle azioni previste dagli articoli 37, 140 e 140-bis del codice del consumo di cui al decreto legislativo e successive modificazioni*”.

⁴⁹⁹ STJUE de 14 de julio de 2017, C-75/2016.

⁵⁰⁰ STJUE de 18 de marzo de 2010, C-317/08, C-318/08, C-319/08 y C-320/08.

⁵⁰¹ ESPAÑA. Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles: “Artículo 6. Voluntariedad y libre disposición. 1. La mediación es voluntaria. 2. Cuando exista un pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir, se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial. Dicha cláusula surtirá estos efectos incluso cuando la controversia verse sobre la validez o existencia del contrato en el que conste. 3. Nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo”.

mediación en la hipótesis de pacto de sometimiento, no es contrario a la normativa de la UE, tampoco el modelo de ‘obligatoriedad mitigada’ del Anteproyecto de Impulso a la Mediación en España. Aún debemos mencionar que la jurisprudencia del TEDH acepta que las legislaciones de los Estados limiten el acceso a los tribunales, desde que las restricciones de acceso sean basadas en objetivos proporcionales y legítimos, tampoco priven totalmente el acceso del particular al sistema judicial⁵⁰².

No obstante, MARTÍN DIZ considera que elevar la mediación al estatus de requisito de procedibilidad procesal vilipendiaría el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, una vez que el acceso a la jurisdicción no sería libre e incondicionado⁵⁰³. Para dicho autor, *“acudir a arbitraje, mediación, conciliación o negociación, para tutelar la eficacia de un derecho disponible, es una muestra palpable e incontestable de acceso a la justicia de forma efectiva y eficaz, siempre que ello sea manifestación de la actividad de las partes, y no imposición legal irrestricta”*⁵⁰⁴. Por otro lado, MARQUES CEBOLA entiende que los sistemas existentes de mediación obligatoria no vulneran el derecho a la tutela judicial efectiva, una vez que no suponen una restricción total al acceso a los tribunales⁵⁰⁵. Además, la autora portuguesa subraya que el establecimiento de la mediación obligatoria reclama justificación y proporcionalidad al fin pretendido⁵⁰⁶.

Hay que considerar que mucho de la efectividad de la mediación está en el protagonismo y voluntariedad de las partes, que permiten la celebración de un acuerdo con elevado grado de acatamiento voluntario, lo que genera también un elevado nivel de satisfacción de las partes. Por ello, entendemos que imponer su adopción significa contrariar la esencia del instituto y transformarlo en otro. En este sentido también plantea LÓPEZ FERNÁNDEZ al comentar la Directiva 2008/52/CE y concluye que *“si la mediación llegara a ser obligatoria nacería viciada, se crearía una mediación a la que falte su esencia: voluntariedad. No podemos fijar un periodo de tiempo determinado para su implantación en nuestro sistema jurídico, muy diferente a los anglosajones. Quizá sean necesarias varias décadas para que la mediación realmente cale en nuestra cultura jurídica, pero establecer la mediación como obligatoria no nos llevará más que a*

⁵⁰² TEDH, *Kijewska c. Polonia*, n.º 73002/01, 6 de septiembre de 2007, apdo. 46; TEDH, *Ashingdane c. Reino Unido*, n.º 8225/78, 28 de mayo de 1985, apdo. 57; TEDH, *Harrison Mckee c. Hungría*, n.º 22840/07, 3 de junio de 2014; TEDH, *A. c. Reino Unido*, n.º 35373/97, 17 de diciembre de 2002, apdo. 77.

⁵⁰³ Cfr. MARTÍN DIZ, F. (2018). Op. cit., p. 314.

⁵⁰⁴ *Ibid.*, p. 320.

⁵⁰⁵ Cfr. MARQUES CEBOLA, C. (2011). Op. cit., p. 238.

⁵⁰⁶ *Ibid.*, p. 239.

resultados que ya hemos obtenido en el pasado con otros instrumentos semejantes (la conciliación previa en el proceso civil)”⁵⁰⁷.

No obstante, la jurisprudencia ya consolidada en ámbito europeo y la tendencia que se alastra en los distintos países de imposición de la mediación⁵⁰⁸, no nos parece el mejor camino para proporcionar su efectividad. Según DALLA BERNADINA DE PINHO, la voluntariedad es de la esencia de este procedimiento, de manera que su obligatoriedad la compromete, aunque se justifique en la necesidad de implementar una nueva política pública y de educar a la gente⁵⁰⁹. Como ya hemos señalado, el Estado tiene que facilitar que las partes conozcan todas las posibilidades de solución de conflictos, los riesgos y ventajas de la aplicación de cada una de ellas. Así, las partes pueden elegir libremente el mecanismo que más se ajuste a solución de su conflicto, de manera transparente y con base en la buena administración⁵¹⁰.

Además, como bien destacan DALLA BERNADINA DE PINHO y PEDROSA PAUMGARTTEN transformar la mediación en la medicina para la cura de la ineficiencia

⁵⁰⁷ Cfr. LÓPEZ FERNÁNDEZ, R. “Los principios que informan el procedimiento de mediación”, en CABRERA MERCATO, R. (Dir.); QUESADA LÓPEZ, P. M. (Coord.). *La mediación como método para la resolución de conflictos*. Madrid: Editorial Dykinson, 2017, p. 32.

⁵⁰⁸ En Argentina, la Ley n. 24.573, de 10 de octubre de 1995, previó la mediación obligatoria, de manera que la interposición de demandas judiciales depende de un procedimiento previo de mediación. Esta circunstancia fue mantenida por la Ley n. 26.589, de 15 de abril de 2010. En los Estados Unidos, el “*Uniform Mediation Act*” dispone que las partes pueden ser compelidas a acudir a la mediación por ley o decisión judicial, por eso algunos estados norteamericanos (Connecticut, California, New York, Florida, Pennsylvania, Philadelphia e Rhode Island) adoptaron la mediación obligatoria para el enfrentamiento de la crisis hipotecaria ocurrida en los años de 2008/2010. En Italia, como hemos comentado, el Decreto Legislativo n. 28, de 4 de marzo de 2010, ha hecho posible la modalidad de mediación obligatoria para algunos asuntos. Sobre este tema vid: BESSO, C. La Mediazione Italiana: Definizioni e Tipologie. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. vol. VI, jul-diez. 2010, pp. 248/269; DALLA BERNADINA DE PINHO, H.; PEDROSA PAUMGARTTEN, M. Os efeitos colaterais da crescente tendência à judicialização da mediação. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 11, n. 11, 2013, pp. 184-216. GARCÍA VILLALUENGA, L.; DE CASTRO, E. V. La mediación a debate en Europa¿ hacia la voluntariedad mitigada?”. *Anuario de Mediación y solución de conflictos*, n. 3, 2015 pp. 21-36.

⁵⁰⁹ Cfr. DALLA BERNADINA DE PINHO, H. O novo CPC e a mediação: reflexões e ponderações. [en línea]. *Revista de informação legislativa*, v. 48, n. 190 t.1, 2011, p. 229. [consulta: 04.01.2021]. Disponible en: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242895>.

⁵¹⁰ AVILÉS NAVARRO entiende que no hay vulneración al principio de voluntariedad en la hipótesis del establecimiento de sesión informativa con carácter obligatorio, una vez que el objetivo de esta sesión es informar al ciudadano sobre las diferentes vías existentes para la resolución de su conflicto, respetando su derecho de elegir la vía más adecuada. Según la autora, dicha medida posibilita garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española. Vid. AVILÉS NAVARRO, M. La Mediación en el orden jurisdiccional contencioso administrativo en España. *Revista Acta Judicial*, n. 6, 2020, pp. 24-47. En nuestra opinión, la institución de sesión informativa obligatoria para informar al ciudadano de todas las posibilidades de solución de conflictos no vulnera al principio de voluntariedad de la mediación, en realidad, dicha medida promueve la ampliación del acceso a la justicia. Sin embargo, lo que se observa en las leyes que son dictadas es el establecimiento de una sesión informativa obligatoria para informar solamente sobre mediación, circunstancia que en nuestra opinión fragiliza la propia mediación.

de la Administración pública no es racional, porque no se puede restringir el acceso a los tribunales con base en la eficiencia⁵¹¹. Siguiendo esta línea, MARQUES CEBOLA plantea que el éxito de la mediación está relacionado con su naturaleza voluntaria, por eso no se debe fomentar la implementación de sistemas en que las partes sufran las consecuencias por la no participación en el procedimiento de mediación⁵¹². De hecho, la ineficiencia de la Administración de la Justicia no debe servir de fundamento para el impulso a la mediación o de justificativa para la implementación de su obligatoriedad.

En lo que se refiere a la hipótesis de pacto de sometimiento a la mediación, entendemos que no hay cualquier violación al principio de voluntariedad, siempre que sea garantizada la posibilidad de declinar del procedimiento y de no concluir el acuerdo⁵¹³. Lo mismo puede ser dicho sobre la invitación a la mediación hecha por juzgados en el curso del proceso. Así también plantea MARQUES CEBOLA cuando admite la posibilidad de inducción o sugerencia del procedimiento por el juez o la ley, desde que quede siempre en manos de las partes la decisión sobre la aplicación de la mediación⁵¹⁴.

2.1.4.5.2. Igualdad

Con base en el principio de igualdad de las partes, el mediador tiene el deber de garantizar la igualdad de oportunidades entre las partes, asegurando el equilibrio entre las mismas. La Recomendación 2001/310/CE, de 04 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de conflictos en materia de consumo, señala en los distintos considerandos la necesidad de respeto a la equidad y por lo tanto la igualdad entre las partes⁵¹⁵.

⁵¹¹ Cfr. DALLA BERNADINA DE PINHO, H.; PEDROSA PAUMGARTTEN, M. (2013). Op. cit., p. 215.

⁵¹² Cfr. MARQUES CEBOLA, C. (2011). Op. cit., p. 240.

⁵¹³ Vid. OROZCO PARDO, G. “La mediación en los conflictos de consumo”, en MORILLAS CUEVA, L. (Dir.); SUÁREZ LÓPEZ, J. M. (Coord.). *Derecho y Consumo. Aspectos penales, civiles y administrativos*. Madrid: Editorial Dykinson, 2013, pp. 672-696.

⁵¹⁴ Cfr. MARQUES CEBOLA, C. (2011). Op. cit., p. 241.

⁵¹⁵ UNIÓN EUROPEA. Recomendación 2001/310/CE, de 04 de abril de 2001, relativas a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de conflictos en materia de consumo: “(10) Debe garantizarse la imparcialidad de los procedimientos de resolución de litigios para tener la certeza de que todas las partes confían en su equidad. Independientemente de que sea responsable de la aplicación del procedimiento de resolución de litigios una persona o un grupo de personas, deberán adoptarse medidas que garanticen su imparcialidad y competencia para que las partes puedan decidir con conocimiento de causa si aceptan el procedimiento en cuestión; (11) Para asegurarse de que ambas partes

No obstante, es importante destacar que el principio de igualdad no impide el trato diferente y preferente en determinadas situaciones. Esto porque la diferencia de trato es admitida y deseable en los casos de desigualdad, justamente como medida de alcance de la igualdad, como no explica BANDEIRA DE MELLO⁵¹⁶.

Este también es el sentido que el Tribunal Constitucional de España da al principio de igualdad en la Sentencia n. 63/1994, de 28 de febrero, cuando dispone lo siguiente: *“el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan solo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. De esta suerte, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato es necesaria que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados*

tienen acceso a la información que necesitan deberá garantizarse la transparencia del procedimiento. El órgano responsable del procedimiento deberá registrar la solución del litigio y ponerla a disposición de las partes para evitar que posteriormente surja cualquier incertidumbre o malentendido; (12) Para aumentar la eficacia de estos procedimientos en la resolución de litigios transfronterizos, ambas partes deberán tener acceso a ellos y poder utilizarlos con facilidad, independientemente del lugar en que estén establecidas, lo cual se facilitará, en particular, fomentando las aplicaciones electrónicas; Deberá garantizarse la equidad del procedimiento permitiendo a las partes aportar cualquier información necesaria. En función de la organización del procedimiento, la información que faciliten las partes deberá ser confidencial, a no ser que éstas hayan dado expresamente su acuerdo para que no sea así. Si en cualquier momento se aplica un procedimiento contradictorio deberán adoptarse las medidas apropiadas para garantizar su equidad. Deberán preverse medidas para fomentar y controlar la cooperación de las partes en el marco del procedimiento, en particular solicitándoles información que pueda necesitarse para encontrar una solución equitativa al litigio; Para garantizar que estos procedimientos son equitativos y flexibles y que los consumidores tienen la posibilidad de adoptar una decisión con conocimiento de causa, éstos deben recibir información clara y comprensible que les permita plantearse si aceptan la solución que se les propone, piden asesoramiento o estudian otras opciones”.

⁵¹⁶ BANDEIRA DE MELLO explica que *“a lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos”*. Sin embargo, asevera que la igualdad consiste en tratar igualmente los iguales y desigualmente los desiguales. Por ello, subraya que *“as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição”*. Cfr. BANDEIRA DE MELLO, C. A. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, pp. 09-17.

*excesivamente gravosos o desmedidos. En suma, el principio de igualdad en la Ley no solo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida*⁵¹⁷.

Así debe ser comprendido el principio de igualdad en el procedimiento de mediación, de forma que las partes en situación de desigualdad tengan un trato diferenciado para que la igualdad pueda ser establecida, sin cualquier violación al principio de imparcialidad del mediador. Por ello, MOESSA DE SOUZA señala que eventual desequilibrio entre las partes no puede ser ignorado, por tanto, el mediador debe contrabalancear dicho desequilibrio, evitando que la desigualdad afecte la capacidad de participación de la parte en la construcción de la solución⁵¹⁸.

No podemos olvidar que la mediación es un procedimiento de empoderamiento de las partes, que les permite discutir el conflicto y negociar para alcanzar la solución. Por ello, el entendimiento de igualdad debe tener en mira este empoderamiento basado en el reconocimiento y respeto de los intereses y proposiciones de cada una de las partes.

2.1.4.5.3. Imparcialidad del mediador

El principio de imparcialidad del mediador es en realidad una garantía a la igualdad de las partes, que se despliega en el deber de búsqueda de equilibrio de poder entre las partes. Es decir que el mediador no puede actuar en perjuicio o interés de cualquiera de las partes. Por eso BELANDO GARÍN destaca que *“el mediador deberá tener una conducta dirigida a garantizar a las partes una situación de igualdad en el proceso de mediación intrajudicial, atendiendo a criterios objetivos y sin influencias de sesgos, tratos diferenciados o prejuicios que anticipen un resultado distinto al producido a través de una cabal intervención de las partes*⁵¹⁹.

Como la mediación presupone consenso libre de las partes, hay que garantizar a éstas los mismos derechos y posibilidades. Este principio es tan importante que cualquier vulneración a la imparcialidad del mediador, le permite abandonar el procedimiento de mediación. Por ello, MOESSA DE SOUZA plantea que el deber del mediador de

⁵¹⁷ STC 63/1994, de 28 de febrero, BOE n. 71 – suplemento, de 24 de marzo de 1994.

⁵¹⁸ Cfr. MOESSA DE SOUZA, L. (2012a). Op. cit., p. 76.

⁵¹⁹ Cfr. BELANDO GARÍN, B. (2019). Op. cit., p. 49.

abandonar la función cuando presente el conflicto de interés entre él y una de las partes transcurre directamente de este deber de imparcialidad⁵²⁰.

La Recomendación 2001/310/CE, de 04 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de conflictos en materia de consumo, también se refiere al deber de imparcialidad, destacando que *“independientemente de que sea responsable de la aplicación del procedimiento de resolución de litigios una persona o un grupo de personas, deberán adoptarse medidas que garanticen su imparcialidad y competencia para que las partes puedan decidir con conocimiento de causa si aceptan el procedimiento en cuestión”*.

Por tanto, el fundamento de la imparcialidad del mediador es la igualdad de trato hacia las partes, que no permite un trato con privilegios o prejuicios. Esto es lo que dispone el Código Europeo de Conducta para mediadores, aprobado en julio de 2004: *“El mediador actuará imparcialmente con las partes en todo momento, y se esforzará en demostrar su imparcialidad, se comprometerá asimismo a servir equitativamente a todas las partes durante el procedimiento de mediación”*⁵²¹. El Código de Ética elaborado por el Consejo Nacional de Instituciones de Mediación y Arbitraje de Brasil (en adelante, CONIMA) también contempla disposición similar cuando dispone que la imparcialidad es la condición fundamental del mediador, de manera que no puede existir cualquier conflicto de intereses o relacionamiento idóneo a afectar dicha imparcialidad⁵²².

La imparcialidad del mediador va a garantizar la efectiva participación de las partes en el procedimiento, estimulando la confianza y franqueza de estas. Dicha circunstancia viabiliza la construcción de un acuerdo justo y equilibrado que contempla los intereses y posiciones de las partes.

2.1.4.5.4. Confidencialidad

La confidencialidad es un aspecto relevante en la mediación, una vez que posibilita que las partes discutan abiertamente todos los aspectos de la controversia. La lealtad y

⁵²⁰ Cfr. MOESSA DE SOUZA, L. (2012a). Op. cit., p. 86.

⁵²¹ UNIÓN EUROPEA. Código de conducta europeo para mediadores. [en línea] [consulta: 27 marzo 2018]. Disponible en: http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_es.pdf.

⁵²² CONSELHO NACIONAL DE INSTITUIÇÕES DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM. Código de Ética para Mediadores. [en línea] [consulta: 09 enero 2021]. Disponible en: <https://conima.org.br/mediacao/codigo-de-etica-para-mediadores/>.

buena fe son elementos que conforman la confidencialidad, en la medida que las partes se quedan seguras de que toda y cualquier información no será utilizada o revelada fuera del procedimiento.

Es importante tener claro que la confidencialidad es un principio que afecta a todos los sujetos del procedimiento de mediación (partes, abogados, mediadores). Es decir que los sujetos deben mantener reserva sobre todo lo que fuera aportado al procedimiento, desde informaciones hasta documentos. La Ley brasileña de mediación (Ley n. 13.140, de 26 de julio de 2015) dispone expresamente sobre este deber de confidencialidad extendido a todos los sujetos del procedimiento, como también indica lo que es objeto del deber de confidencialidad en los artículos 30 y 31⁵²³.

El Código de Conducta Europeo para mediadores, de julio de 2004, tiene una disposición referente al principio de confidencialidad para el mediador en este mismo sentido que estamos planteando, cuando afirma que *“el mediador respetará la confidencialidad sobre toda información, derivada de la mediación o relativa a la misma, incluida la mera existencia de la mediación en el presente o en el pasado, a menos de que haya razones legales o de orden público en sentido contrario”*⁵²⁴. El Código de Ética para Mediadores del CONIMA también aborda la confidencialidad y dispone que el mediador debe celar por el sigilo de los procedimientos, incluso sobre los cuidados que la equipe técnica debe tomar en el manoseo y archivamiento de los datos⁵²⁵.

⁵²³ BRASIL. Ley n. 13.140, de 26 de julio de 2015: *“Art. 30. Toda e qualquer informação relativa ao procedimento de mediação será confidencial em relação a terceiros, não podendo ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial salvo se as partes expressamente decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida por lei ou necessária para cumprimento de acordo obtido pela mediação. § 1º O dever de confidencialidade aplica-se ao mediador, às partes, a seus prepostos, advogados, assessores técnicos e a outras pessoas de sua confiança que tenham, direta ou indiretamente, participado do procedimento de mediação, alcançando: I - declaração, opinião, sugestão, promessa ou proposta formulada por uma parte à outra na busca de entendimento para o conflito; II - reconhecimento de fato por qualquer das partes no curso do procedimento de mediação; III - manifestação de aceitação de proposta de acordo apresentada pelo mediador; IV - documento preparado unicamente para os fins do procedimento de mediação. § 2º A prova apresentada em desacordo com o disposto neste artigo não será admitida em processo arbitral ou judicial. § 3º Não está abrigada pela regra de confidencialidade a informação relativa à ocorrência de crime de ação pública. § 4º A regra da confidencialidade não afasta o dever de as pessoas discriminadas no caput prestarem informações à administração tributária após o termo final da mediação, aplicando-se aos seus servidores a obrigação de manterem sigilo das informações compartilhadas nos termos do art. 198 da Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional. Art. 31. Será confidencial a informação prestada por uma parte em sessão privada, não podendo o mediador revelá-la às demais, exceto se expressamente autorizado”*.

⁵²⁴ UNIÓN EUROPEA. Código de conducta europeo para mediadores. [en línea] [consulta: 27 marzo 2018]. Disponible en: http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_es.pdf.

⁵²⁵ El Código de Ética para Mediadores del CONIMA dispone lo siguiente sobre la confidencialidad: *“os fatos, situações e propostas, ocorridos durante a Mediação, são sigilosos e privilegiados. Aqueles que*

No obstante, la confidencialidad tiene excepciones y esto queda evidente en Código de Conducta Europeo para mediadores, de julio de 2004, no solo en la parte final de la disposición que hemos comentado, sino también en la siguiente: “*Salvo disposición legal en contrario, ninguna información revelada confidencialmente a los mediadores por una de las partes podrá revelarse a otras partes sin su autorización*”⁵²⁶. O sea, si las partes autorizan y no existe disposición legal en contrario, es posible revelar contenido de una mediación, como también en situaciones de orden público u oriundos de razones legales. Esta línea fue seguida por España y Brasil.

En España, por ejemplo, la Ley 5/2012, de 6 de junio, establece que la confidencialidad puede ser excepcionada por orden jurisdiccional penal⁵²⁷. En Brasil, la Ley n. 13.140, de 26 de julio de 2015, establece excepciones en materia penal, cuando dispone que la confidencialidad no se aplica a los crimines de demanda penal pública.

En síntesis, podemos decir que la confidencialidad es excepcionada por la autorización de las partes, por cuestiones de orden público u oriundos de determinación legal. En lo que toca a la participación de la AP, es necesario conciliar con el principio de publicidad y el deber de transparencia. Este punto será examinado en epígrafe específico.

2.1.5. Tipos híbridos

Hemos examinado en el epígrafe anterior los ‘métodos puros’ de solución de conflictos (negociación, mediación, conciliación y arbitraje), que son los ADR más utilizados en los distintos países. No obstante, los cambios sociales, económicos y culturales han exigido una nueva reflexión sobre los ADR, de manera que observamos el

participarem do processo devem obrigatoriamente manter o sigilo sobre todo conteúdo a ele referente, não podendo ser testemunhas do caso, respeitado o princípio da autonomia da vontade das partes, nos termos por elas convencionados, desde que não contrarie a ordem pública”.

⁵²⁶ UNIÓN EUROPEA. Código de conducta europeo para mediadores. [en línea] [consulta: 27 marzo 2018]. Disponible en: http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_es.pdf.

⁵²⁷ ESPAÑA. Ley 5/2012, de 6 de junio. “Artículo 9. Confidencialidad. 1. El procedimiento de mediación y la documentación utilizada en el mismo es confidencial. La obligación de confidencialidad se extiende al mediador, que quedará protegido por el secreto profesional, a las instituciones de mediación y a las partes intervinientes de modo que no podrán revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento. 2. La confidencialidad de la mediación y de su contenido impide que los mediadores o las personas que participen en el procedimiento de mediación estén obligados a declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial o en un arbitraje sobre la información y documentación derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo, excepto: a) Cuando las partes de manera expresa y por escrito les dispensen del deber de confidencialidad. b) Cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal”.

perfeccionamiento de tipos híbridos⁵²⁸, que son caracterizados por la mezcla de los métodos tradicionales⁵²⁹.

Podemos decir que estas nuevas combinaciones de métodos de resolución de conflictos representan parte del movimiento de la modernización de los sistemas de ADR. No podemos olvidar que el mundo de hoy exige mecanismos flexibles y céleres para la resolución de disputas y estos métodos híbridos son enmarcados por estas características. En el ámbito de las disputas de comercio internacional, por ejemplo, los métodos híbridos están obteniendo cada vez más adeptos, debido a su flexibilidad y potencialidad de reducción de los costos del procedimiento. Por ello, NIGMATULLINA destaca que la combinación entre mediación y arbitraje puede, por ejemplo, proporcionar una resolución más celeridad y barata que la utilización aislada del arbitraje⁵³⁰.

Según FERREIRA LEMES, la adopción de esta mezcla de técnicas (mediación, conciliación y arbitraje) ocurre con más frecuencia en el ámbito contractual, sobre todo en los contratos de larga extensión y complejidad, como los contratos de infraestructura, energía, gas y petróleo⁵³¹. Por eso LOURENÇO LEVY apunta que estas cláusulas combinadas “*buscan el mantenimiento de los vínculos comerciales entre las partes a través de la construcción de soluciones periódicas y amigables para los conflictos que surgen durante la ejecución de las prestaciones contractuales y según los beneficios ofrecidos por cada método en separado*”⁵³². Otro aspecto interesante de estas cláusulas combinadas es que ellas permiten que las partes acuerden escalar la resolución del

⁵²⁸ Los tipos híbridos de ADR tienen utilización más frecuente en los países asiáticos, pero empiezan a ganar popularidad en países como Canadá, Estados Unidos y Unión Europea. Sobre el tema véase: ROSS, D. “Med-Arb/Arb-Med: A More Efficient ADR Process or an Invitation to a Potential Ethical Disaster?”, en ROVINE, Arthur W. (Coord.). *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation*. New York: BRILL, 2013, pp. 354-355. Sobre la aplicación de los tipos híbridos en España véase: LALAGUNA HOLZWARTH, M. La aplicación en España de Med-Arb, Arb-Med y variantes como alternativa a los ADR tradicionales. *La Ley. Mediación y Arbitraje*, n.4, (Arbitraje y mediación en Texto Refundido de la Ley Concursal: el secretario del Tribunal arbitral), octubre-diciembre 2020, ISSN-e 2660-7808.

⁵²⁹ Las cláusulas contractuales que permiten la utilización de estos métodos híbridos son denominadas de ‘cláusulas escalonadas’ o ‘cláusulas combinadas’.

⁵³⁰ Cfr. NIGMATULLINA, D. The Combined Use of Mediation and Arbitration in Commercial Dispute Resolution: Results from an International Study. *Journal of International Arbitration*, vol. 33, 2016, pp. 39-40.

⁵³¹ Cfr. FERREIRA LEMES, S. “Cláusula escalonada ou combinada: mediação, conciliação e arbitragem”, en FINKELSTEIN, C.; VITA, J. B.; FILHO, N. C. (Coords.). *Arbitragem internacional, UNIDROIT, CISG e Direito Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 164.

⁵³² Cfr. LOURENÇO LEVY, F. *Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.174 (nuestra traducción).

conflicto a la etapa siguiente siempre que se ha agotado sin éxito el mecanismo fijado en la etapa anterior⁵³³.

La posibilidad del mismo tercero neutral participar de las distintas fases del procedimiento es una cuestión que merece una reflexión más profundizada⁵³⁴. Como bien expone LACK, esta circunstancia puede generar aspectos positivos y negativos⁵³⁵. Según dicho autor, la actuación del mismo tercero neutral tiene la ventaja de ahorrar tiempo y dinero, sin embargo, también existe el riesgo de comprometimiento de la neutralidad o imparcialidad del tercero, sobre todo si se adopta en este procedimiento las sesiones privadas de mediación⁵³⁶. El comprometimiento de la confidencialidad también es destacado por MARQUES CEBOLA, que solamente admite la viabilidad de la Med-Arb o Arb-Med si garantizado que el mediador y el árbitro sean personas distintas⁵³⁷.

Entendemos que la utilización del mismo tercero neutral compromete el procedimiento híbrido, una vez que hay que garantizar la confidencialidad y la imparcialidad. Este también es el sentido de las “*Mediation Rules*” de la “*International Chamber of Commerce*” que en el artículo 10.3 prohíbe el ejercicio de la función de árbitro por quien ya haya funcionado como mediador en la misma disputa⁵³⁸. La Ley Brasileña de Mediación, Ley Federal n. 13.140, 26 de junio de 2015, siguió esta directriz, una vez que veda, en el artículo 7º, el ejercicio de la función de árbitro por quien haya participado en procedimiento como mediador.

⁵³³ Vid. FERNÁNDEZ PÉREZ, A. Cláusulas escalonadas multifunción en el arreglo de controversias comerciales internacionales. *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2017), Vol. 9, n. 1, pp. 99-124.

⁵³⁴ SUSSMAN examina esta posibilidad cuando afirma que “*same-neutral mediation and arbitration processes have been combined in a variety of ways. These include: (1) med-arb: if an unbreachable impasse is reached the same person serves as the arbitrator; (2) arb-med or arb-med-arb: the appointed arbitrator attempts to mediate (or conciliate) the case but failing resolution returns to his or her role as arbitrator; (3) co-med-arb: the mediator and the arbitrator hear the parties’ presentations together, but the mediator then proceeds to attempt to settle the dispute without the arbitrator, who is only called back in to enter a consent award or to serve as an arbitrator if the mediation fails; (4) MEDALOA (Mediation and Last Offer Arbitration): if the mediation fails, the mediator (now arbitrator) is presented with a proposed ruling by both parties and must decide between the two as in a baseball arbitration*”. Cfr. SUSSMAN, E. *Combinations and Permutations of Arbitration and Mediation: Issues and Solutions. ADR in Business. Practice and issues across countries and cultures*, v. 2, 2011, p. 383.

⁵³⁵ Cfr. LACK, J. *Appropriate Dispute Resolution (ADR): The Spectrum of Hybrid Techniques Available to the Parties. ADR in Business. Practice and issues across countries and cultures*, v. 2, 2011, p. 373.

⁵³⁶ *Ibid.*, pp.373-374.

⁵³⁷ Cfr. MARQUES CEBOLA, C. (2011). *Op. cit.*, p. 73.

⁵³⁸ INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. *Rules of Mediation*: “Article 10.3. *Unless all of the parties agree otherwise in writing, a Mediator shall not act nor shall have acted in any judicial, arbitral or similar proceedings relating to the dispute which is or was the subject of the Proceedings under the Rules, whether as a judge, an arbitrator, an expert or a representative or advisor of a party.*” [in línea] [consulta: 24 enero 2021]. Disponible en: <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/mediation/mediation-rules/#Article_10>.

Esta simbiosis entre métodos autocompositivos y heterocompositivos puede ser encontrada en distintas legislaciones, como en la Ley Brasileña de Arbitraje, Ley Federal n. 9.307, de 23 de septiembre de 1996, que posibilita al Tribunal arbitral intentar la conciliación en el inicio del procedimiento (art.21, §4º). La Ley Española de Arbitraje, Ley 60, de 23 de diciembre de 2003, también regula la posibilidad de ser dictada sentencia arbitral por acuerdo en el artículo 36. Sin embargo, como bien asevera FERNÁNDEZ PÉREZ, “*Se carece, hoy por hoy, de un tratamiento integral que, de manera más o menos extensa, brinde soluciones heterocompositivas y autocompositivas, interrelacionándolas entre sí*”⁵³⁹.

Sin agotar las posibilidades de mezcla de métodos, nos concentraremos en las siguientes categorías: Med-Arb, Arb-Med y Mini-trial.

2.1.5.1. *Med-Arb*

La Med-Arb es el método que combina la utilización de la mediación (medio autocompositivo) con el arbitraje (medio heterocompositivo). Aquí es importante destacar la secuencia del procedimiento. En la Med-Arb, el procedimiento se inicia con una mediación y caso se queden cuestiones litigiosas, estas serían resueltas a través de un procedimiento de arbitraje. Según VALIÑO CES, esta combinación de métodos tiene “*la ventaja de ofrecer a las partes la seguridad de un resultado, sea a través de la consecución de un acuerdo, durante el procedimiento de mediación, o a través de un laudo, para el supuesto en que el acuerdo no haya sido posible en la mediación y se celebre entonces el posterior arbitraje*”⁵⁴⁰.

LACK destaca que los reglamentos de muchas instituciones internacionales sugieren la combinación de mediación seguida de arbitraje, como: “*World Intellectual Property Organization*” (WIPO), “*International Chamber of Commerce*” (ICC), “*Chartered Institute of Arbitrators*” (CI Arb) y “*American Arbitration Association*” (AAA)⁵⁴¹.

⁵³⁹ Cfr. FERNÁNDEZ PÉREZ, A. (2017). Op. Cit., p. 105.

⁵⁴⁰ Cfr. VALIÑO CES, A. Más allá de los métodos alternativos clásicos al proceso judicial: otras formas de resolución de conflictos. *Cadernos de Derecho Actual*, n. 11, número ordinario, 2019, p.210.

⁵⁴¹ Cfr. LACK, J. (2011). Op. cit., p. 357.

Como hemos comentado en el epígrafe anterior, en este procedimiento es posible que el mediador se convierta en árbitro, en la hipótesis de no realización del acuerdo en la etapa de la mediación, de manera que el mediador/árbitro dictará el laudo que pondrá fin a la cuestión litigiosa. Sin embargo, las partes podrán optar por la selección de un tercero distinto para actuar como árbitro cuando la mediación no pone fin a la controversia.

Otro punto que merece análisis se refiere a al compromiso de solamente iniciar el procedimiento arbitral después de realizada la mediación. Aquí se cuestiona si la mediación es un presupuesto para la institución del arbitraje. En el ordenamiento jurídico brasileño esta cuestión es aclarada en la Ley de Mediación, Ley Federal n. 13.140, 26 de junio de 2015, que dispone, en el artículo 23, que el árbitro o el juez suspenderá el procedimiento de arbitraje o la demanda judicial, en la hipótesis de previsión de cláusula contractual de mediación previa al arbitraje o demanda judicial, hasta el implemento de dicha condición. En España, la Ley 5, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, también prescribe regla similar a la brasileña en el artículo 6.2 que dispone que *“cuando exista un pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir, se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial. Dicha cláusula surtirá estos efectos incluso cuando la controversia verse sobre la validez o existencia del contrato en el que conste”*.

Entendemos que, en este caso, debido al principio del *“Pacta sunt servanda”*, solamente se puede llevar a cabo el procedimiento de arbitraje después de realizada la previa mediación pactada por las partes. Aquí no existe cualquier violación al principio de voluntariedad una vez que las partes han decidido realizar la mediación previa. Esta situación es completamente distinta de la obligatoriedad de mediación, impuesta por ley, para el acceso al poder judicial, ya que no está en ámbito de la autonomía de la voluntad. Además, la tendencia del derecho procesal contemporáneo es de fomento a la consensualidad, de manera que la interpretación y aplicación de normas procesales debe seguir esta directriz.

En síntesis, la Med-Arb constituye más una posibilidad para la resolución efectiva de conflictos, sobre todo en el ámbito contractual. La combinación entre mediación y arbitraje puede proporcionar efectos positivos, sea por el ahorro económico, sea por el

mayor grado de satisfacción de las partes por la certeza de obtener la solución para el conflicto, circunstancia que no es posible con la utilización única de la mediación.

2.1.5.2. *Arb-Med*

El Arb-Med también es un método híbrido de solución de disputas, direccionado a disputas sobre cuestiones de cuantía. El procedimiento se inicia con el arbitraje en el cual el árbitro emite el laudo sin revelar su contenido. A continuación, las partes empiezan el procedimiento de mediación, habiendo acordado previamente que, si no llegan a un acuerdo a través de la mediación en un tiempo específico, aceptan la decisión del árbitro.

LACK señala que este método ofrece las ventajas de permitir que las partes lleguen a un acuerdo por sus propios términos y al mismo tiempo les garantiza la certeza de un resultado⁵⁴². Es decir que esta combinación tiene ventajas propias, no solo las ventajas específicas de cada método.

En España, la Arb-Med está prevista de forma implícita en el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, en el artículo 38.1, que dispone que “*cuando no existan causas de inadmisión de la solicitud de arbitraje se intentará mediar para que las partes alcancen un acuerdo que ponga fin al conflicto, salvo oposición expresa de cualquiera de las partes o cuando conste que la mediación ha sido intentada sin efecto*”.

El Arb-Med constituye una alternativa flexible e innovadora para la solución de los conflictos de la sociedad contemporánea. Sin embargo, para el éxito de este método híbrido es fundamental la adecuada identificación del conflicto y la disciplina de todo el procedimiento, aclarando los riesgos, términos y condiciones.

2.1.5.3. *Mini-trial*

El Mini-trial o negociaciones de acuerdos estructurados (*structured settlement negotiations*) es un método extrajudicial de solución de conflictos que mezcla elementos propios de una negociación con otros propios de un litigio, pero no resulta en una adjudicación formal. Es el procedimiento adecuado para conflictos empresariales complejos, por el cual las partes intentan mantener la relación constituida. En general,

⁵⁴² Cfr. LACK, J. (2011). Op. cit., p. 358.

este método es utilizado para la solución de cuestiones relacionadas a propiedad industrial e intelectual, concesiones, obras de gran envergadura, responsabilidad civil, etc.

Según la “*American Bar Association*” el Mini-trial constituye un proceso privado y consensuado donde los abogados de cada parte hacen una breve presentación del caso, como en un juicio, para un asesor neutral y representantes de cada parte que tienen autoridad para resolver la disputa⁵⁴³. Tras las presentaciones, las partes empiezan el procedimiento de negociación y caso no logren resolver la disputa, el asesor neutral puede actuar como mediador o emitir un informe no vinculante sobre el resultado probable en la corte.

Para VALIÑO CES, el Mini-trial es dotado de las siguientes características esenciales: versa sobre controversia relevante y fáticamente compleja; fija un compromiso de los altos directivos de profundizar en el conocimiento del tema; se basa en la intención real de negociar de forma inmediata e ininterrumpida con el propósito de llegar a un acuerdo; y busca mantener las relaciones constituidas y la construcción de un pacto posible⁵⁴⁴.

El Mini-trial constituye más una herramienta de resolución de conflictos enmarcada por la colaboración y flexibilidad, proporcionando a las partes la oportunidad de conocer mejor la disputa y llegar a un acuerdo a través del diálogo y el consenso.

3. DISRUPCIÓN TECNOLÓGICA Y *ONLINE DISPUTE RESOLUTION*

El proceso de desarrollo de los *Online Dispute Resolutions* (en adelante, ODR) empezó en los años noventa, debido al desarrollo del comercio electrónico y su consecuente litigiosidad⁵⁴⁵. Podemos decir que los ODR representan la evolución de los

⁵⁴³ Texto completo disponible en:

https://www.americanbar.org/groups/dispute_resolution/resources/DisputeResolutionProcesses/mini-trial/. [en línea] [consulta 19 enero 2021].

⁵⁴⁴ Cfr. VALIÑO CES, A. (2019). Op. cit., p. 211.

⁵⁴⁵ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ destaca que el desarrollo de mercado digital es un pilar esencial a la economía, de manera que las políticas legislativas de la UE de las últimas décadas evidencian una preocupación de las instituciones europeas de favorecer la contratación en línea. Por ello, la normativa comunitaria busca no solo conferir derechos a los consumidores, sino garantizar la efectividad de dichos derechos, a través de sistemas eficaces para la resolución de conflictos que surjan del *e-commerce*. Vid. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. “Resolución alternativa de litigios en línea y desarrollo del comercio electrónico en Europa”, en MARTÍN DIZ, F. (Dir.); GONZÁLES – CASTEL, A. C. (Coord.). *Mediación en la Administración de Justicia: Implantación y desarrollo*. Santiago de Compostela: Andavira Editora, 2017, pp. 147-148.

ADR, en la medida que se traducen en métodos extrajudiciales de resolución de conflictos en ambiente electrónico. Por ello, MARTÍN DIZ plantea que el perfeccionamiento de los ADR puede ser reflexionado bajo dos perspectivas por la utilización secuencial de distintos métodos extrajudiciales de solución en el mismo conflicto, como también por el empleo de las nuevas tecnologías de la información y comunicación⁵⁴⁶. Por tanto, la combinación de estos dos fenómenos ha producido la segunda generación de ADR⁵⁴⁷.

No podemos desconocer los avances proporcionados por los ODR en el tema de la resolución extrajudicial judicial de conflictos. ALBUQUERQUE, por ejemplo, destaca que los ODR contribuyen para la reducción de la hostilidad emocional entre las partes, el incremento de la celeridad procesal, la ruptura de las barreras de espacio, el mantenimiento de la neutralidad de la instancia de decisión y la economicidad del procedimiento⁵⁴⁸. BÔAS CUEVA también indica como ventaja de los ODR la posibilidad de presentar el conflicto sin vicios o prejuicios, de una forma más cèlere y objetiva⁵⁴⁹. También es importante subrayar que la tecnología no representa solamente un cambio de soporte para la solución de conflictos, sino facilita a las partes procedimientos inexistentes en los mecanismos tradicionales de resolución de conflictos, como la negociación asistida y la negociación automatizada (donde no hay presencia humana), que son útiles a distintas categorías de conflictos⁵⁵⁰.

Si por un lado los ODR proporcionan una serie de beneficios, por otro su utilización conlleva al reconocimiento de inconvenientes y riesgos. La brecha digital constituye uno de los riesgos proporcionados por dichos recursos digitales. Por eso BARONA VILAR

⁵⁴⁶ Cfr. MARTÍN DIZ, F. “La segunda generación de medios extrajudiciales de resolución de conflictos: Arb-Med y Med-Arb”, en JIMENO BULNES, M.; PÉREZ GIL, J. (Coords.). *Nuevos horizontes del derecho procesal: libro-homenaje al Prof. Ernesto Pedraz Penalva*. Barcelona: Editorial Bosch, 2016, p. 309.

⁵⁴⁷ Cuanto a la naturaleza jurídica de los ODR hay muchos cuestionamientos en la doctrina. Hay autores que los consideran solamente una modalidad de ADR. Otros entienden que los ODR son un nuevo medio de resolución de conflictos, por lo cual la tecnología funciona como una “cuarta parte”. Entendemos que los ODR, en realidad, constituyen una evolución de los ADR, con características singulares, y, por ello, integran una nueva generación de ADR.

⁵⁴⁸ Cfr. ALBUQUERQUE, N. “Os métodos de resolução extrajudicial em ambiente electrónico”, en FONSECA, I. C. M. (Coord.). *A Mediação Administrativa: contributos sobre as (im)possibilidades*. Lisboa: Almedina, 2019, p. 345.

⁵⁴⁹ Cfr. BÔAS CUEVA, R. V. “Integração dos meios de resolução de conflitos online (ODR) aos sistemas de justiça”, en FUX, L.; ÁVILA, H.; XAVIER CABRAL, T. N. (coords.). *Tecnologia e Justiça Multiportas*. Indaiatuba: Editora Foco, 2021, p.45.

⁵⁵⁰ Vid. KOULU, R. Three Quests for the Justification in the ODR Era: Sovereignty, Contract and Quality Standards. [en línea]. *Lex Electronica*, Montreal, v. 19, n. 1, p. 44-71, invierno 2014. ISSN 1480-1787. [consulta 01 marzo 2020]. Disponible en: https://www.lex-electronica.org/files/sites/103/19-1_koulu.pdf.

advierte que “no puede tornarse perversa la viabilidad de las ODR para quienes no están familiarizados con los medios electrónicos, a los que exigirse el acceso en línea podría implicar la negación a la tutela efectiva”. FACHIN y MARTINS DA SILVA caminan en el mismo sentido cuando señalan que “todo desarrollo tecnológico de una sociedad democrática, bajo un orden constitucional valorativo, solamente tiene sentido cuando promueve los derechos fundamentales y sociales”⁵⁵¹. MARTÍN DIZ también demuestra preocupación con la brecha digital cuando reconoce que “la familiarización tecnológica no está absolutamente extendida y asentada en la sociedad y que por tanto el acceso a los procedimientos de mediación electrónica puede ser complejo y difícil para determinados sectores de la población, bien por la ausencia de destreza o conocimientos, o por la carencia de disponibilidad material para utilizar los recursos tecnológicos requeridos”⁵⁵². Por tanto, los ODR pueden convertirse en mecanismos de alejamiento del ciudadano de los derechos fundamentales, en especial, de la tutela judicial efectiva.

Sobre los inconvenientes, también se apunta la ausencia de presencialidad entre intervinientes y mediador, sobre todo en los casos en que no hay presencia humana, como en los procedimientos automatizados. Cuestiones relativas a la protección de los datos personales y la seguridad de la información también son enumeradas como riesgos a la aplicación de estos recursos. Evidentemente, estos riesgos existen y deben ser considerados en la implementación de dichas herramientas, sin embargo, no impiden la utilización de dichos recursos. Hay siempre que buscar mecanismos para mitigar o excluir estos riesgos e inconvenientes, para que se pueda extraer el máximo de beneficios de dichos recursos.

En cuanto a la regulación de los ODR, en el ámbito europeo, la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 08 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior fue la primera norma europea a disponer sobre la resolución de conflictos por vías electrónicas.

⁵⁵¹ Cfr. FACHIN, L.E.; MARTINS DA SILVA, R. Z. “Direito, Inteligência Artificial e Deveres: Reflexões e Impactos”, en *Tecnologia e Justiça Multiportas*. FUX, L.; ÁVILA, H.; XAVIER CABRAL, T. N. (coords.). Indaiatuba: Editora Foco, 2021, p.15. (nuestra traducción).

⁵⁵² Cfr. MARTÍN DIZ, F. “Mediación em la Administración de Justicia: Balance actual y perspectivas de futuro”, en MARTÍN DIZ, F. (Dir.); GONZÁLES – CASTEL, A. C. (Coord.). *Mediación en la Administración de Justicia: Implantación y desarrollo*. Santiago de Compostela: Andavira Editora, 2017, p. 106.

Otro documento europeo importante sobre el asunto es la Directiva 2008/52/CE, 21 de mayo, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Esta directiva no impide la utilización de medios electrónicos para el desarrollo de la mediación, una vez que el considerando nueve que dispone: *“La presente Directiva no debe impedir en modo alguno la utilización de las nuevas tecnologías de comunicaciones en los procedimientos de mediación”*.

Sin embargo, la norma europea que trató directamente de resolución de conflictos en línea, aunque aislado a la materia de consumo, fue el Reglamento 524/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo. El objetivo principal de este reglamento fue desarrollar una plataforma europea de resolución de conflictos en línea que facilitase la resolución extrajudicial de disputas entre consumidores y comerciantes en línea. Siguiendo esta directriz, se publica el Plan de acción plurianual 2014-2018 relativo a la Justicia en red europea, integrado en la Estrategia del Consejo de Justicia y asuntos de Interiores. Conforme explican BUJOSA VADELL y PALOMO VELEZ, este plan trata no sólo del perfeccionamiento de la aplicación de las TIC al proceso, sino también de los ODR⁵⁵³.

En el ámbito español, la Ley 5/2012, de 6 de julio, que trata de mediación para conflictos civiles, mercantiles y transfronterizos, en el artículo 24.1, permitió la utilización de medios electrónicos en todas o algunas actuaciones de la mediación, siempre que, garantizada la identidad de los intervinientes, como también el respeto a los principios de mediación previstos en dicha ley. Por tanto, dicha ley posibilita el perfeccionamiento de los ODR para la solución de conflictos civiles, mercantiles y transfronterizos. Para perfeccionar la posibilidad fijada en la Ley 5/2012, de 6 de junio, se publicó el Real decreto n. 980/2013, de 13 de diciembre.

En Brasil, el Código Procesal Civil establece que, en la mediación en el ámbito judicial, la audiencia de mediación puede ser desarrollada en medio electrónico, de acuerdo con lo dispuesto en ley. En complemento, la Ley brasileña de Mediación (Ley 13.140, de 26 de julio de 2015) también establece en el artículo 46, la posibilidad de

⁵⁵³ Vid. BUJOSA VADELL, L.; PALOMO VÉLEZ, D. (2017). Op. cit., p. 54.

utilización del internet u otro medio de comunicación a distancia que permita el acuerdo de las partes.

Frente a esta normativa, el CNJ ha impulsado la solución de conflictos en línea, por medio de la creación de un sistema de mediación y conciliación digital⁵⁵⁴, concretado en la plataforma “*Mediação Digital*” (www.cnj.jus.br/mediacaodigital). Dicha plataforma tiene aplicación para la solución de disputas privadas en materia de seguros y consumo, pero ya existen estudios para su aplicación en el ámbito de la ejecución de deudas tributarias.

Con el objetivo de acelerar la utilización de los recursos digitales en la resolución de los conflictos, el CNJ publicó la Resolución 358, de 02 de diciembre de 2020, que regula la creación de soluciones tecnológicas para la resolución de conflictos por el Poder Judicial a través de la conciliación y mediación. Esta resolución es un marco normativo importante en materia de resolución de conflictos por de medios digitales y demuestra la preocupación del Poder Judicial brasileño en garantizar el derecho de acceso a la justicia en una acepción más amplia, como hemos explotado en la sección I del capítulo tercero de este trabajo.

La pandemia del COVID-19 seguramente incrementó la utilización de los ODR en el ámbito de la Administración de la Justicia de los distintos países. Las medidas restrictivas como el aislamiento obligatorio y la suspensión de actividades presenciales exigían la adopción de caminos alternativos para la mantenimiento de las actividades de los órganos de justicia. Esto porque el acceso a la justicia, como derecho fundamental, no podría dejar de ser garantizado con fundamento en la pandemia.

En Brasil, no obstante, la previsión, en el Código Procesal (art. 334, § 7º) de utilización de medios electrónicos para la realización de sesión de mediación o de conciliación, se publicó norma específica (Ley n. 13.994, 24 de abril de 2020) que aborda la cuestión en el contexto de la pandemia, permitiendo la realización virtual de estas sesiones en el ámbito de los Juzgados Especiales.

⁵⁵⁴ Vid. BRASIL. CNJ. Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, Brasil. [en línea] [consulta: 02 febrero 2019]. Disponible en: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>.

En España, el Departamento de Justicia de Cataluña puso en marcha el programa “Mediación diálogo y acuerdo ante la COVID”, por el cual se facilita gratuitamente servicios de mediación en línea, con el fin de canalizar los conflictos ocurridos durante el período de estado de alarma o como consecuencia de él. El programa fue desarrollado en la Resolución JUS/848/2020, de 1 de abril, y tiene amparo en el artículo 27.3 de la Ley 15/2009, del 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado. También es importante destacar el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, aprobado por el Consejo de Ministros en 15.12.2020, que además de fomentar los ADR, también regula las actuaciones negociales desarrolladas por medios telemáticos en el artículo 5, apartados 1 e 2⁵⁵⁵.

Aún en Cataluña tenemos que citar el Anteproyecto de ley del procedimiento administrativo y del régimen jurídico de las administraciones públicas de Cataluña, cuya la memoria preliminar ha sido aprobada por el gobierno⁵⁵⁶. Dicha memoria destaca la necesidad de la nueva ley regular los principio y fijar las bases jurídicas y organizativas necesarias para la aplicación de la IA a los servicios y procesos organizativos, como también impulsar y regular la mediación digital, sin perjuicio de garantizar la opción de la mediación presencial a los sujetos no obligados a la relación electrónica.

En definitiva, la utilización excepcional de los ODR en el escenario de la pandemia evoluciona para una utilización habitual en el contexto post pandemia. No podemos olvidar que los ODR, como un paso evolutivo de los ADR, también están direccionados al propósito de ampliación del acceso a la justicia de forma económica y simplificada, sea en la vía judicial o en la vía extrajudicial. Por ello, la AP, en su actividad con el

⁵⁵⁵ Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, aprobado por el Consejo de Ministros en 15.12.2020: “Artículo 5. Actuaciones desarrolladas por medios telemáticos. 1. Las partes podrán acordar que todas o alguna de las actuaciones de negociación en el marco de un medio adecuado de solución de controversias, se lleven a cabo por medios telemáticos, por videoconferencia u otro medio análogo de transmisión de la voz o la imagen, siempre que quede garantizado el respeto a las normas previstas en este título y, en su caso, a la normativa de desarrollo específicamente contemplada para la mediación. 2. Cuando el objeto de controversia sea una reclamación de cantidad que no exceda de 600 euros se desarrollará preferentemente por medios telemáticos, salvo que el empleo de éstos no sea posible para alguna de las partes”. Cfr. ESPAÑA. Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia. [en línea] [consulta: 21 enero 2021]. Disponible en: <https://www.icab.es/export/sites/icab/.galleries/documents-contingut-generic/APL-eficiencia-procesal-Consejo-Ministros-15-12-2020.pdf>. En 19 de abril de 2022 la mesa de la Cámara de Diputados encomendó el aprobación del Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia.

⁵⁵⁶ Vid. CATALUÑA. *Avantprojecte de llei del procediment administratiu i del règim jurídic de les administracions públiques de Catalunya. Memòria de retorn de les aportacions formulades en el tràmit de consulta pública previa*. [en línea]. Generalitat de Catalunya, 2022. [consulta: 08 mayo 2022]. Disponible en: https://participa.gencat.cat/uploads/decidim/attachment/file/3593/MEM_retorn_AVLRJP.pdf

administrado, no puede alejarse de esta realidad, garantizándoles el acceso a la justicia a través de la opción de resolución de conflictos administrativos en sede electrónica.

CAPÍTULO CUARTO

LA MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA COMO MECANISMO DE APERTURA DEL ACCESO A LA JUSTICIA

1. INTRODUCCIÓN

Como hemos visto en las secciones anteriores, la AP contemporánea vive un momento de transformación en que busca establecer un modelo y gobernanza multinivel, más eficiencia e innovación en su actuación, ampliar la utilización de la tecnología para el desarrollo de sus actividades, como también perfeccionar los canales de comunicación con sus administrados. Estas necesidades se ajustan al modelo de Administración pública relacional, a los principios y fundamentos de gobierno abierto y buena administración.

Estos cambios llegan también a la resolución de conflictos, una vez que los mecanismos tradicionales se han mostrado poco efectivos para la solución de los problemas de una sociedad conflictiva, plural y exigente. En este escenario, urge buscar nuevas estrategias para hacer frente a las situaciones complejas de la contemporaneidad, atendiendo a las necesidades de una sociedad posmoderna. Sin este cambio de paradigma en la forma de solucionar los conflictos, sobre todo aquellos que las AAPP están implicadas, el derecho de acceso a la justicia queda vulnerado.

La mediación administrativa surge como un camino innovador y capaz de *“crear una relación diferente entre la Administración y la sociedad, un modo de abordar los conflictos que surjan en el diseño y aplicación de las políticas públicas a través del diálogo y la búsqueda de soluciones satisfactorias para las partes implicadas”*⁵⁵⁷. Este,

⁵⁵⁷ Cfr. CARBALLO MARTÍNEZ, G. La Mediación Administrativa. Algunas propuestas para su implementación en el régimen jurídico administrativo y procesal. *Revista Jurídica de Castilla y León*, n. 29, enero de 2013, p. 7.

incluso, es el sentido empleado por la CIIGP cuando dispone en su preámbulo sobre innovación en el sector público y plantea que *“la promoción de la innovación en la gestión pública debe ir acompañado de un proyecto político que genere consensos y orientaciones comunes con los actores que involucra dicho proceso de cambio”*. O sea, la mediación como mecanismo innovador puede ampliar el nivel de confianza y participación de los administrados en cuestiones de interés general, como también incrementar los niveles de transparencia y responsabilidad de las AAPP.

Además de innovadora, la mediación administrativa proporciona la efectiva apertura del acceso a la justicia a los administrados, en la medida que permite obtener la solución adecuada al conflicto, facilitando la “justicia” de la resolución a través de la participación de las partes implicadas en la disputa. Como bien aclara MÉDICI COLOMBO garantizar un real acceso a la justicia no es lo mismo que garantizar la existencia de recursos y su ingreso a ellos⁵⁵⁸.

En el momento actual, de enfrentamiento de la pandemia del COVID-19, esta necesidad de cambio de las relaciones en el ámbito administrativo se muestra más evidente, sobre todo en el ámbito de la solución de conflictos. Esto es el sentido del planteamiento de AVILÉS NAVARRO cuando afirma que los beneficios proporcionados por la mediación administrativa resultan más necesarios ante la nueva situación generada por la crisis del COVID-19, en que posiblemente se ha incrementado el nivel de litigiosidad como también las circunstancias de los conflictos ya planteados pueden haber sufrido cambios importantes que demandan el establecimiento de nuevas bases⁵⁵⁹.

No tenemos dudas sobre la necesidad de transformación del sistema de resolución de conflictos administrativos para que garantice el acceso a la justicia. Distintos factores refuerzan esta necesidad de cambio: globalización, nuevas tecnologías, nuevos modelos de gobernanza, etc. La “justicia”, como ya hemos aclarado, no es obtenida solamente en la jurisdicción, los ADR también pueden llevar los administrados a ella. En este escenario, la mediación surge como un camino innovador y de alcance de la justicia a ser utilizado por las AAPP y los administrados. Además, la mediación administrativa es idónea al fomento de una cultura de paz y de la eficacia de la actuación de las AAPP, como

⁵⁵⁸ Cfr. MÉDICI COLOMBO, G. *La tutela judicial efectiva frente al daño ambiental colectivo: Radiografía del acceso a la justicia ambiental en Argentina y España*. Tarragona: Publicaciones URV, 2019, p. 52.

⁵⁵⁹ Cfr. AVILÉS NAVARRO, M. (2020). *Op. Cit.*, p.30.

preconiza el ODS 16 de la Agenda 2030. No obstante, es imperativo evaluar si la mediación administrativa es compatible con el sistema constitucional vigente, en nuestro caso, con los sistemas de Brasil y España. Esto es lo que vamos a examinar en el próximo epígrafe.

2. BASES CONSTITUCIONALES DE LA MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA EN ESPAÑA Y BRASIL

La dinámica de la Administración pública relacional impone considerar los valores democráticos, que conllevan a la participación ciudadana. Como hemos planteado, los problemas enfrentados por los Estados, en la actualidad, imponen acciones estatales que reconocen la centralidad del ciudadano y en consecuencia exigen una participación más directa en las cuestiones gubernamentales.

Por eso la mediación se presenta como un instrumento susceptible de estrechar los vínculos entre la AP y la ciudadanía, potenciando la eficiencia y eficacia de la actividad administrativa. Tampoco podemos olvidar que la AP tiene un rol importante en la concreción del derecho de acceso a la justicia, en un ámbito mucho más amplio que la administración de la justicia.

La función administrativa, bajo el contexto de gobernanza y buena administración, también es integrada por la actividad de solución de disputas administrativas. Por tanto, la mediación está, junto a los demás medios alternativos de solución de conflictos, como más una herramienta para la realización de derechos fundamentales y refuerzo de la Democracia.

En el capítulo 3, hemos planteado que las garantías de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva deben ser comprendidos en una perspectiva más sustantiva, de manera a proporcionar la participación y el empoderamiento del ciudadano. Bajo este abordaje, hay que buscar una interpretación adaptable a las necesidades de la sociedad contemporánea, permitiendo la adopción de un sistema de resolución de conflictos con múltiples posibilidades. Así, para la realización de estas garantías es necesario garantizar más de una vía de solución para el conflicto, de manera que la mediación sería una de ellas.

Desde el punto de vista del acceso a la justicia y tutela judicial efectiva, no haría obstáculos a la adopción de la mediación. ¿Pero, en el ámbito administrativo esta sería una vía idónea a la solución de los conflictos entre Administraciones y administrados?

Para contestar esta pregunta es importante dimensionar el anclaje constitucional de la mediación administrativa. Por ello, haremos una relectura de algunos de los principios claves del derecho público bajo una perspectiva sustancial de realización de derechos fundamentales, como también analizaremos otros principios constitucionales que justifican la aplicación de la mediación administrativa en Brasil y España.

2.1. Relectura del principio constitucional de legalidad en el derecho español y brasileño. El alcance de la justicia a través de la mediación administrativa

Frente a las mutaciones sociales, económicas y políticas de la contemporaneidad, es imperioso hacer una relectura del principio de legalidad para la construcción de la base constitucional para la aplicación de la mediación en el contexto administrativo.

El principio de legalidad es uno de los fundamentos del Estado de Derecho y debe conducir permanentemente la actuación de la AP. Sin embargo, por fuerza de este principio, la AP no está sometida solamente a la ley, sino a todo el ordenamiento jurídico. Como bien señala SANTAMARÍA PASTOR, *“no hay, pues, espacios exentos a la acción del Derecho: toda su actividad es siempre susceptible de ser valorada en base a su respecto de las normas escritas y, donde éstas no existan, de los principios generales del Derecho”*⁵⁶⁰.

Este sentido es empleado por la Constitución Española de 1978, sobre todo en los artículos 9.1, 97 y 103.1, que indican el deber de la AP de actuar de acuerdo con la ley y el Derecho. La LRJSP refuerza esta exigencia constitucional en el artículo 3.1. Por eso que COSCULLELA MONTANER afirma que *“la Administración debe basar su acción en el ordenamiento jurídico, y no meramente en la Ley, donde precisamente encuentra la habilitación necesaria para la actuación a través de la atribución de concretas potestades, que delimitan el alcance de su competencia”*⁵⁶¹.

En el caso brasileño, la Constitución Federal de 1988 dispone sobre el sometimiento de la AP al principio de legalidad en el *caput* del artículo 37 y la Ley Federal n. 9.784, de 29 de enero de 1999, aclara, en el artículo 2º, el contenido de la legalidad, cuando dispone

⁵⁶⁰ Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A. *Principios de Derecho Administrativo General I*. Primera edición. Madrid: Iustel, 2004, p. 81.

⁵⁶¹ Cfr. COSCULLUELA MONTANER, L. *Manual de Derecho Administrativo*. 28ª Edición. Navarra: Editorial Civitas, 2017, p. 336.

que en los procedimientos administrativos se debe observar los criterios de actuación de acuerdo con la ley y el Derecho. Por ello, la doctrina brasileña contemporánea ha adoptado el léxico “juridicidad” para referirse a este sentido de legalidad.⁵⁶²

Sea en Brasil, sea en España, el principio de legalidad no puede ser reconocido solamente como vinculación de la AP a la Ley en sentido estricto, es decir, como norma jurídica producida por el Parlamento⁵⁶³. En realidad, la actividad administrativa no puede infringir a cualquier de las normas jurídicas que compongan el ordenamiento jurídico, desde la Constitución hasta a los principios generales del derecho.

Suele tratar el principio de legalidad bajo dos perspectivas: de vinculación positiva a la ley, aplicable a la AP; y vinculación negativa a la ley, aplicable a los privados. Esta última significa que la ley determina para los privados los límites de lo que es lícito de lo que no lo es. Ya la vinculación positiva implica en decir que todo lo que la ley no permita expresamente a la Administración, le está vedado.

Sin embargo, algunos autores sostienen que la vinculación positiva a la ley no puede significar la retirada de iniciativas propias da Administración fuera de la reserva de ley. SÁNCHEZ MORÓN, por ejemplo, entiende que la Administración pública puede llevar a cabo actuaciones que no hayan sido expresamente previstas por una ley previa, siempre que estén dirigidas a cumplir su misión institucional, pero siempre la AP estará plenamente sometida a la ley y al Derecho⁵⁶⁴. En complemento, SANTAMARÍA PASTOR señala que no es posible generalizar el principio de vinculación positiva a los innumerables supuestos de actividad prestacional o de fomento que los Estados actuales realizan⁵⁶⁵. Esto porque el Poder Legislativo no tendría capacidad de producción normativa compatible con el necesario para la aplicación del régimen de vinculación positiva.

El autor brasileño BINENBOJM sigue la misma línea de SÁNCHEZ MORÓN, en la medida que plantea que la idea de juridicidad administrativa, basada en la interpretación de los principios y reglas constitucionales, pasa a componer la zona de la

⁵⁶² BINENBOJM destaca que esta comprensión de vinculación de la AP a un bloque de legalidad tiene origen en el derecho alemán, notablemente, en la teoría de MERKL, que influyó la formulación del artículo 103.1 de la Constitución Española de 1978. Cf. BINENBOJM, G. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 3º Edición. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 142. Véase también, MEDAUAR, O. (2017). Op. cit.

⁵⁶³ Vid. SÁNCHEZ MORÓN, M. (2019). Op. cit., p. 89.

⁵⁶⁴ Ibid., p. 91.

⁵⁶⁵ Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, JUAN A. (2004). Op. cit., p. 84.

legalidad administrativa⁵⁶⁶. Es decir que la juridicidad administrativa es traducida en la vinculación de la AP al ordenamiento jurídico, a partir de un sistema de principios y reglas diseñados en la Constitución⁵⁶⁷.

Bajo esta perspectiva, la mediación administrativa no implica en violación al principio de legalidad, una vez que los principios y reglas constitucionales les da el soporte necesario para su aplicación en el ámbito administrativo. Como hemos destacado en este capítulo, la comprensión de los derechos de acceso a la justicia y de tutela judicial efectiva debe ser anclado en la dignidad de la persona humana, que constituye principio vector de la actividad administrativa. Así, con base en la propia Constitución, se puede extraer el fundamento necesario para la adopción de la mediación administrativa, respetando el principio de legalidad en la perspectiva de juridicidad.

Además, hay que considerar que muchas veces la respuesta jurisdiccional no es la más adecuada para solucionar un determinado conflicto, ya que algunos elementos de la controversia no son susceptibles de apreciación jurisdiccional, lo que dificulta la oferta de una solución que efectivamente torne resuelto el conflicto. En estas circunstancias no se puede hablar de tutela judicial efectiva o de acceso a la justicia⁵⁶⁸.

Por ello, es necesaria una relectura del principio de legalidad y de los derechos de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva para que sea posible producir una reintegración de la justicia administrativa a los propios ciudadanos, creando, como bien registra MARTÍN DIZ, *“un espacio común entre el monopolio estatal de Administración de la Justicia a través de la función jurisdiccional y el protagonismo del ciudadano en la elección, e incluso actuación, en la tutela jurídica de sus derechos que la Justicia debe ofrecerle”*⁵⁶⁹.

En el ámbito de la Constitución Española, una lectura ligera del artículo 106.1 podría conducir a la interpretación de que el control de legalidad de la actuación administrativa queda exclusivamente en las manos de los tribunales, de manera que no

⁵⁶⁶Vid. BINENBOJM, G. (2014). Op. cit., p. 143.

⁵⁶⁷ Ibid., p. 144.

⁵⁶⁸ En el mismo sentido reflexiona Joaquim Tornos Mas cuando afirma que “la nueva posición de la Administración en relación con la ley y con la sociedad comporta que no todos los conflictos tengan su mejor respuesta en un proceso judicial”. Además, el autor español destaca que “los ámbitos de libre decisión de la Administración no podrán, en ocasiones, ser revisados por el juez, el cual deberá limitarse a anular aquella decisión no razonable o falta de toda justificación, pero difícilmente podrá satisfacer la pretensión del recurrente consistente en que se le reconozca una posición jurídica individual”. Cfr. TORNOS MAS, J. (1995). Op. cit., p.152.

⁵⁶⁹ Cfr. MARTÍN DIZ, F. (2014). Op. cit., p. 163.

sería posible considerar la adopción de otro mecanismo para restablecimiento de la legalidad. En realidad, no se puede interpretar el artículo 106.1 de la Constitución Española de forma aislada, hay que considerar el conjunto de principios y reglas constitucionales para extraer su real sentido⁵⁷⁰.

Como bien señala PAREJO ALFONSO, en el marco del Estado democrático y social de Derecho, el principio de eficacia en la actuación de las AAPP asigna el apareamiento de nuevas herramientas y técnicas “*que pugnan por obtener reconocimiento y transformar, cuando no sustituir, las aún vigentes*”⁵⁷¹. Es decir que el sistema de control de la legalidad de los actos de la administración no se agota en la previsión del art.106.1 de la Constitución, otros mecanismos de control lo complementan, a ejemplo del control realizado por los Tribunales de Cuentas, por el Defensor del Pueblo, como también a través de la mediación.

La mediación administrativa, en este contexto, sería una vía de alcance a la justicia y a la tutela judicial efectiva, sin vulneración al principio de legalidad, ya que permite que los protagonistas de la disputa construyan juntos una solución justa para el conflicto, a través de concesiones recíprocas y el restablecimiento del dialogo respetados los límites impuestos por la ley y el derecho. Así, el uso de la mediación no significa la retirada del poder de decisión de la AP, ya que la participación en el procedimiento no implica en la obligatoriedad de realización del acuerdo o de permanencia. La mediación, en realidad, permitirá la construcción conjunta de la solución que proporcionará, al final, una mayor efectividad de las decisiones administrativas.

Además, la utilización de la mediación administrativa no impide el control judicial. Con fundamento en el propio principio de legalidad los tribunales podrán ser llamados para controlar la legalidad de los acuerdos obtenidos en esta vía. Por tanto, no existe vulneración al control de la actuación administrativa realizada por el Poder Judicial.

⁵⁷⁰ En este mismo sentido ESPLUGUES BARONA, cuando examina la compatibilidad del arbitraje con el artículo 106.1 de la Constitución Española: “*Si el arbitraje en Derecho privado ha sido aceptado superando la dicción del artículo 117.3, dicha solución es totalmente extensible al ámbito que nos ocupa. Por lo que respecta a los artículos 103 y 106, a nuestro entender la clave reside en la interpretación que se realice del tenor del artículo 106.1 CE. Si se realiza una interpretación literal del mismo, el arbitraje en Derecho administrativo resultaría contrario al texto constitucional, escapando del control de legalidad del artículo 106*”. Cf. ESPLUGUES BARONA, C. Mediación y Arbitraje en derecho administrativo español. *Revista Boliviana de Derecho*, n. 27, 2019, p. 266.

⁵⁷¹ Cfr. PAREJO ALFONSO, L. *Crisis y renovación en el Derecho Público*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales (España), 1991, p. 14.

No podemos olvidar que, en el ámbito de la legislación administrativa española, es posible registrar referencias, aunque indirectas, a la mediación. La LPACAP, por ejemplo, dispone en el artículo 86.1 que *“las Administraciones públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de Derecho público como privado”*, con el objetivo de finalizar *“los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin”*. En el artículo 112.2 de la misma ley, hay referencia directa a la mediación en el procedimiento administrativo cuando dispone que *“Las leyes podrán sustituir el recurso de alzada, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o Comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, con respeto a los principios, garantías y plazos que la presente Ley reconoce a las personas y a los interesados en todo procedimiento administrativo”*.

Otro ejemplo encontramos en la LRJCA, que también hace referencia indirecta a la mediación, en la medida que reconoce la posibilidad de poner fin a una controversia de carácter administrativo a través de un acuerdo (art. 77.1). Además, como bien destaca BELANDO GARÍN, varias ordenanzas municipales ya disponen expresamente sobre la utilización de la mediación como alternativa a la apertura del procedimiento sancionador”⁵⁷².

Por tanto, no podemos decir que la mediación administrativa vulnera el principio de legalidad. No obstante, la existencia de soporte constitucional y legal para su aplicación, reconocemos la necesidad de más desarrollo legislativo para que la misma pueda alcanzar el grado máximo de eficiencia y proporcionar más seguridad jurídica a los administrados y a la Administración. El ideal sería la publicación de una ley específica sobre mediación administrativa consolidando su trato, aplicación y especificidades en los distintos ámbitos.

En Brasil, la situación es muy próxima de la española. La CFB/1988 garantiza, en el inciso XXXV del artículo 5º, que la ley no excluirá de la evaluación del Poder Judicial

⁵⁷² Son ejemplos de ordenanzas municipales que prevén la mediación como alternativa al procedimiento sancionador: Ordenanza de Getafe de 20 de agosto de 2019, Ordenanza de Albacete de 5 de junio de 2013 u Ordenanza de Convivencia Ciudadana y prevención de Actos Vandálicos de Zamora, 27 de febrero de 2013. Cfr. BELANDO GARÍN, B. (2022). Op. cit. p. 659.

cualquier amenaza o daño a derecho. Por tanto, los actos de la AP también están sometidos al control del Poder Judicial. Sin embargo, dicha disposición constitucional no puede ser interpretada como un obstáculo a otras formas de solución de conflictos y control de la legalidad⁵⁷³. Por tanto, el inciso XXXV del artículo 5° de la CFB/1988 también exige una interpretación sistémica, de manera a considerar que otros mecanismos de solución de conflictos amplían el acceso a la justicia, incluso, en el ámbito administrativo.

Siguiendo esta línea, la legislación brasileña dispone de manera explícita sobre la posibilidad de mediación en el ámbito administrativo. La Ley Federal n. 13.140, de 26 de junio de 2015, cuida en capítulo II de la autocomposición de conflictos en que la persona jurídica de derecho público sea parte y se refiere a “Cámaras de Mediación” para la solución de dichos conflictos. La Ley 13.867, de 26 de agosto de 2019, también hace referencia expresa a la mediación para la definición de la indemnización en la expropiación forzosa prevista en el Decreto-ley n. 3.365, de 21 de junio de 1941. Además, como ya hemos planteado, la LINDB consagra de manera definitiva la actividad consensual de la AP, en el artículo 26. Por lo tanto, tenemos, en Brasil, soporte constitucional y legal para la utilización de la mediación en el ámbito administrativo. No obstante, la regulación es tímida, de manera que, para la mejor aplicación del procedimiento de mediación en el ámbito administrativo, hace falta más regulación como también su consolidación en un único instrumento legal.

Por lo tanto, la justicia oficial no es la única vía para la solución de las disputas. En realidad, la tendencia de la contemporaneidad es la desjudicialización, a través de la utilización de los ADR, como bien indica MANCUSO⁵⁷⁴. Como hemos visto, la existencia de soporte normativo para la mediación administrativa, en Brasil y España, no significa que existe seguridad jurídica suficiente para su aplicación en estos países. Entendemos que es necesario, en ambos países, más desarrollo legislativo para que se garantice la transparencia, los derechos de los administrados y la correcta aplicación de los principios y fundamentos de derecho público.

⁵⁷³ La magistrada del Supremo Tribunal Federal de Brasil, Min. Ellen Gracie, examinando la constitucionalidad del arbitraje en el proceso SE 5.206 – AgR, utilizó en su voto esta misma interpretación del inciso XXXV del artículo 5° de la Constitución Federal de 1988: “*Como se vê, o cidadão pode invocar o judiciário, para a solução de conflitos, mas não está proibido de valer-se de outros mecanismos de composição de litígios*”.

⁵⁷⁴ Cfr. MANCUSO, R. D. C. (2019). Op. cit., p. 88.

Otra situación que importa al análisis del principio de legalidad es el ejercicio de las potestades discrecionales en el cual la actuación administrativa no está totalmente reglada por la ley. En estas circunstancias la AP tiene un margen de decisión propia para la aplicación de la ley que está sometido al Derecho. Por eso que SÁNCHEZ MORÓN aclara que el ejercicio de la discrecionalidad se limita a completar el mandato legal con una decisión propia⁵⁷⁵.

En estos espacios reservados a la libertad de la Administración, la mediación puede ser un método eficiente para el alcance del interés general. Este es el sentido de la doctrina de CARBALLO MARTÍNEZ, que afirma que *“las potestades discrecionales, como dependen de un margen de libre apreciación permitido por el ordenamiento jurídico, sí pueden basarse en criterios racionales o en argumentos valorativos sobre los que las partes podrían llegar a consensuar o pactar una solución a través de la mediación”*⁵⁷⁶.

El principio de legalidad no constituye un obstáculo a la mediación, una vez que la negociación realizada por la AP tiene que estar sometida a la ley y al Derecho. Sin embargo, no podemos olvidar que, en el ejercicio de potestades discrecionales, la AP tiene posibilidades de actuación, sometidas al derecho, que son elegidas sola o de forma pactada. Esta convención puede producir una solución más ajustada al problema, dentro de la margen de libertad conferida por la ley a la AP.

Lo mismo pasa en la zona de los conceptos jurídicos indeterminados. Según CARBALLO MARTÍNEZ, en estos casos la mediación permitiría una mejor adaptación del concepto jurídico al supuesto concreto examinado lo que produce una solución más justa y adecuada al interés general⁵⁷⁷.

Con efecto, el principio de legalidad no puede ser entendido como vinculación solamente a ley en sentido estricto, sino a la juridicidad. Además, el vínculo de legalidad experimentado por la AP frente a las demandas contemporáneas no puede ser solamente positivo, bajo pena de inviabilizar el ejercicio de la función administrativa. Así, el principio de legalidad no constituye una barrera a la aplicación de la mediación en el ámbito administrativo.

⁵⁷⁵ Ibid., p. 94.

⁵⁷⁶ Cfr. CARBALLO MARTÍNEZ, G. (2013). Op. cit., p. 18.

⁵⁷⁷ Ibid., p. 16.

La utilización de la mediación por la AP tiene soporte en el principio de legalidad, en la perspectiva de vinculación al bloque de juridicidad. Esto representa un cambio en el modelo de justicia administrativa, más ajustados a la esencia de las Constituciones sociales y democráticas y adaptado a las variantes sociales, políticas y económicas, que conducen a una nueva y fresca noción de justicia en el ámbito administrativo.

No obstante, no es sólo el principio de legalidad que fundamenta la utilización de la mediación administrativa. En la próxima sección examinaremos otros principios constitucionales que, igualmente, dan soporte a su uso en el ámbito administrativo.

2.2. Democracia, pluralismo, eficiencia y subsidiariedad como argumentos constitucionales de refuerzo a la mediación en ámbito administrativo

La relectura del principio de legalidad, como hemos visto en la sección anterior, proporciona la dilatación del fundamento normativo para la actuación del Estado, en la medida que considera la vinculación estatal a la ley y al derecho. Esta noción de legalidad también permite extraer una comprensión renovada de las garantías de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva, expandido los métodos de resolución de conflictos, incluso, en el ámbito administrativo.

Bajo esta vinculación estatal a la juridicidad, la mediación goza de otros fundamentos constitucionales para su utilización en el ámbito administrativo. En este contexto, la democracia, el pluralismo, la eficiencia y la subsidiariedad son fundamentos constitucionales para la adopción de la mediación administrativa.

Cuanto, a la democracia, es necesario indicar que las Constituciones de Brasil y España, instituyen en sus artículos de apertura (art.1º), el Estado social y Democrático de Derecho. También, enfatizan, en distintos momentos, que la participación ciudadana constituye elemento integrador de la noción de democracia, incluso, en el ejercicio de la función administrativa⁵⁷⁸. Por ello SÁNCHEZ SÁEZ destaca que *“la entrada de la ciudadanía en las esferas de poder debe ser vista, así, como una finalidad en si misma, como una exigencia ineludible de la democracia”*⁵⁷⁹.

⁵⁷⁸ Sobre participación ciudadana en la CE/1978 y CFB/1988, véase la sección III del capítulo 2 de la primera parte de este trabajo.

⁵⁷⁹ Cfr. SÁNCHEZ SÁEZ, A. J. (2002). Op. cit., p.36.

Desde esta perspectiva, el principio democrático es uno de los principales fundamentos constitucionales para la aplicación de la mediación en el ámbito administrativo. Según MANCUSO, las directrices constitucionales de la democracia participativa y del pluralismo de las iniciativas viabilizan el alcance de la justicia a través de los medios adecuados de solución de conflictos⁵⁸⁰.

Como hemos subrayado en el capítulo segundo, la gestión administrativa contemporánea camina para la búsqueda de mecanismos que faciliten el dialogo permanente y democrático entre la AP y la ciudadanía. Esta nueva forma de relacionamiento, basada en el principio democrático, exige el desarrollo de medios de participación de la ciudadanía, que también llega a la gestión y solución de disputas. Así, la mediación administrativa consiste una herramienta relacional y de fortalecimiento de la democracia.

Como forma de dotar de efectividad la participación ciudadana en el procedimiento administrativo español, la LPACAP, en el artículo 83.4, establece que las AAPP de España podrán prescribir otras formas, medios o cauces de participación directa o indirecta de las personas la posibilidad de participación de las personas en los procedimientos en que se dictan los actos administrativos.

En Brasil, la Ley Federal n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, emplea el mismo sentido de la ley española, en la medida que dispone en el artículo 33 que los órganos y entidades administrativas, en materia relevante, podrán prescribir otros medios de participación directa o indirecta de los administrados.

Por tanto, la mediación administrativa puede ser efectivamente uno de estos medios de participación que se refiere la LPACAP y la Ley Federal n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que implicaría una doble garantía, por un lado, a favor de los intereses del administrado, y por otro, para el interés público, como bien indica AVILÉS NAVARRO⁵⁸¹.

Sin embargo, no podemos perder de vista, que la participación ciudadana no sustituye la Administración profesional, sino que constituye uno de los mecanismos de

⁵⁸⁰ Cfr. MANCUSO, R. D. C. (2019). Op. cit., p. 427.

⁵⁸¹ Cfr. AVILÉS NAVARRO, M. (2015). Op. cit. pp. 143-144.

gestión administrativa. Por eso es necesario tener atención para el exceso de participación ciudadana que puede comprometer la eficiencia y/o la eficacia administrativa.

Siguiendo esta línea de raciocinio, SÁNCHEZ MORÓN señala que la participación ciudadana no puede perturbar la gestión de los servicios ni dilatar excesivamente las decisiones⁵⁸². PINTO E NETTO también reflexiona sobre esta tensión entre participación ciudadana y eficiencia. Para la autora brasileña la participación ciudadana puede generar procedimientos caros y largos, imponer obstáculos a la toma de decisiones y proporcionar el exceso de formalismo⁵⁸³. Todavía, como bien subraya SÁNCHEZ SÁEZ, la eficacia no es uno de los límites a la participación ciudadana⁵⁸⁴. En realidad, estos principios (participación ciudadana y eficacia) se complementan, de manera que es necesario buscar el equilibrio entre ellos.

Otro factor relevante para el análisis de la constitucionalidad de la mediación administrativa es el pluralismo. Para SCHMITT, “*el pluralismo designa la fuerza ejercida por varias entidades sociales sobre la formación de la voluntad política*”⁵⁸⁵. Este también es el sentido empleado por BOBBIO que sostiene que las sociedades complejas son mejor ordenadas cuando adoptan sistemas políticos que permiten la expresión de los distintos grupos o camadas sociales, sea directa o indirectamente, en la formación de la voluntad colectiva⁵⁸⁶. Es decir que el pluralismo rechaza el poder monocrático e integra la noción de democracia⁵⁸⁷.

Las Constituciones de carácter social y democrático, como la brasileña y la española, traen el pluralismo como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico. La CE/1978, por ejemplo, reconoce el pluralismo de manera directa en el artículo 1.1 y también lo indica en otros artículos, bajo distintas perspectivas, como en el 3º (pluralismo lingüístico) y en el 6º (pluralismo político). La CFB/1988, tal como la española, reconoce el pluralismo político en el artículo primero y lo indica en otros

⁵⁸² Cfr. SÁNCHEZ MORÓN, M. (2014). Op. cit., p. 83.

⁵⁸³ Cfr. PINTO E NETTO, L.C. *Participação Administrativa Procedimental: natureza jurídica, garantias, riscos e disciplina adequada*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p.124.

⁵⁸⁴ Cfr. SÁNCHEZ SÁEZ, A. J. (2002). Op. cit., p. 36.

⁵⁸⁵ Cfr. SCHMITT, C. (1983). Op. cit., p. 126.

⁵⁸⁶ Cfr. BOBBIO, N. (1999). Op. cit., p. 16.

⁵⁸⁷ Este también es el sentido empleado por BARACHO cuando afirma que “*o pluralismo conduz ao reconhecimento da necessidade de um processo de equilíbrio, entre as múltiplas tensões na ordem social. [...] O poder do Estado não deve estar assentado em base unitária e homogênea, mas no equilíbrio plural das forças que compõem a sociedade, muitas vezes, elas próprias rivais e cúmplices*”. Vid. BARACHO, J.A.D.O. O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução. *Revista Faculdade Direito Universidade Federal Minas Gerais*, v. 35, 1995, p.17.

sectores, como en el artículo 8º (pluralismo sindical) y en el artículo 206 (pluralismo en la educación).

Según ROBLES, considerar el pluralismo como “*un valor significa reconocer que la sociedad debe ser plural, que sus miembros tienen que buscar una situación de pluralidad que refleje la diversidad de ideologías, intereses y puntos de vista*”⁵⁸⁸. Desde el punto de vista de la AP, el pluralismo debe ser comprendido como la posibilidad de intervención de los diversos sujetos sociales en los asuntos públicos para influir en las políticas públicas. En este contexto, la mediación administrativa es una herramienta que facilita la democracia y el pluralismo, una vez que permite que en los espacios públicos haya un tránsito de los distintos seguimientos sociales en la construcción de las decisiones públicas⁵⁸⁹.

En el capítulo primero de esta primera parte destacamos que la globalización ha promovido la inserción de la exigencia de eficiencia o eficacia en el desarrollo de las actividades estatales⁵⁹⁰. Por ello, los procesos de modernización de la AP, basados en los paradigmas de buena administración y buen gobierno, proponen una actuación administrativa funcional y direccionada a la obtención de resultados que satisfagan a las necesidades concretas de las personas⁵⁹¹.

En este escenario, las nuevas tecnologías juegan un rol importante, una vez que contribuyen para la implementación de esta nueva configuración de AP, basada en la eficiencia y en el alcance de resultados. La propia participación ciudadana combinada con el pluralismo llega, en este nuevo modelo de gobernanza, como un elemento de promoción de la eficiencia administrativa. Esto porque el ingreso de distintos intereses y

⁵⁸⁸ Cfr. ROBLES, G. *Los Derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*. Madrid: Editorial Civitas, 1995, p. 156.

⁵⁸⁹ Sobre el tema, destacamos el planteamiento de CANTO SÁENZ que afirma que “*el pluralismo es visto con razón como una valla al poder unilateral del Estado, construida desde las trincheras de la sociedad civil. Una sociedad civil vigorosa, con muchos y muy diversos actores actuando en la esfera pública, es capaz de incidir eficazmente en las políticas públicas en dirección de intereses bastante más amplios y diversos que los sancionados unilateralmente por los efectivos del Gobierno*”. Cfr. CANTO SÁENZ, R. Participación ciudadana, pluralismo y democracia. [en línea]. *Tla-melaua*, Puebla, v. 10, n. 41, 2017, p. 60. [consulta: 23 febrero 2019]. Disponible en <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S187069162017000100054&lng=es&nrm=iso>.

⁵⁹⁰ Aunque sea posible identificar diferencias conceptuales en los términos eficiencia y eficacia, para este trabajo adoptaremos un entendimiento unívoco, en el sentido del parámetro de actuación de la Administración pública para la satisfacción de los intereses de los administrados. No obstante, Antonio José Sánchez Sáez señala que la eficacia está conectada con el cumplimiento de los objetivos, al paso que la eficiencia está acoplada a los medios empleados en la realización de las políticas administrativas. Cfr. SÁNCHEZ SÁEZ, A. J. (2002). Op. cit., p. 72.

⁵⁹¹ Vid. MOREIRA NETO, D.D. F. (2008). Op. Cit.

puntos de vista en el proceso de toma de decisión de la AP contribuyen para el alcance de los mejores resultados⁵⁹². Esta nueva gobernanza, diseñada en las cartas constitucionales actuales a través de los procesos de reforma administrativa, reverberan esta exigencia global de eficiencia pública⁵⁹³.

En la CE/1978, este principio está recorrido en el artículo 103.1 que dice: “*La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la ley y al Derecho*”. Este precepto es transpuesto en la LRJSP, como puede verse en el apartado 1 del artículo 3⁵⁹⁴.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español también señala la importancia de la eficacia en el contexto de la AP, como se puede ver en el siguiente fragmento de la Sentencia, Pleno, de 2 de noviembre de 1989: “[...] *Si resulta que no sólo la imparcialidad, sino también la eficacia, es un principio, sancionado en el mismo precepto constitucional, aunque en otro apartado, que ha de presidir la organización y la actividad de la Administración Pública, el legislador puede tenerlo perfectamente en cuenta a la hora de diseñar el régimen o sistema de incompatibilidades, extrayendo del mismo todas sus consecuencias. [...] Tales principios responden a otro principio constitucional, concretamente, al de eficacia, que es, además, un mandato para la Administración, en la medida en que ésta ha de actuar "de acuerdo" con él (art. 103.1 CE)*”⁵⁹⁵.

⁵⁹² Vid. SÁNCHEZ SÁEZ, A. J. (2002). Op. cit., p. 73.

⁵⁹³ Vid. PINTO E NETTO, L. C. (2009). Op. cit.

⁵⁹⁴ ESPAÑA. Ley 40/2015, de 1 de octubre. “*Artículo 3.1.: 1. Las Administraciones Públicas sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho. Deberán respetar en su actuación y relaciones los siguientes principios: a) Servicio efectivo a los ciudadanos; b) Simplicidad, claridad y proximidad a los ciudadanos; c) Participación, objetividad y transparencia de la actuación administrativa; d) Racionalización y agilidad de los procedimientos administrativos y de las actividades materiales de gestión; e) Buena fe, confianza legítima y lealtad institucional ;f) Responsabilidad por la gestión pública; g) Planificación y dirección por objetivos y control de la gestión y evaluación de los resultados de las políticas públicas; h) Eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados; i) Economía, suficiencia y adecuación estricta de los medios a los fines institucionales; j) Eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos; k) Cooperación, colaboración y coordinación entre las Administraciones Públicas*”.

⁵⁹⁵ STC 178/1989 (Pleno), de 2 de noviembre. BOE núm. 290, de 4 de diciembre de 1989.

En el ordenamiento jurídico brasileño el parámetro de eficiencia está explícitamente previsto en el art. 37, *caput*, de la CFB/1988, constituyendo principio vector de la AP⁵⁹⁶. Según GABARDO, la eficiencia, como principio administrativo expreso en el texto constitucional, objetiva reforzar las preocupaciones de la AP, en especial, sobre el uso adecuado de sus potestades⁵⁹⁷. En el ordenamiento jurídico brasileño, el principio de eficiencia es transpuesto en la legislación ordinaria en la Ley Federal de Proceso Administrativo (Ley n. 9.784, de 29 de enero de 1999), como también en la normativa administrativa de los entes federados⁵⁹⁸. Por tanto, podemos sostener que la eficiencia es un principio estructurante del Estado Democrático brasileño.

Bajo estas bases constitucionales, la mediación administrativa surge como un instrumento de consenso apto al alcance de la eficiencia y eficacia del hacer estatal, en la medida que permite una respuesta más rápida y adecuada al conflicto que se intenta dirimir. El Libro Blanco de la Mediación de Cataluña presenta esta misma conclusión con relación a la mediación en este contexto de transformación de la AP, de manera que señala: “[...] se ha producido paralelamente una transformación notable en la evaluación de la eficiencia de la Administración, adoptándose nuevos paradigmas que van más allá del mero control jurisdiccional de la legalidad y que ponen en cuestión el tradicional funcionamiento y la burocracia administrativa. [...] la introducción de mecanismos como la mediación pueden encuadrarse dentro de esta nueva concepción de la organización y el funcionamiento de la Administración pública, basada en un incremento de la transparencia, participación e intervención del ciudadano de acuerdo

⁵⁹⁶ Hay que registrar que el principio de eficiencia ingresó en el texto constitucional brasileño, expresamente, con la Enmienda Constitucional n. 19, de 04 de junio de 1998. Sin embargo, otros artículos de la Constitución ya trataban de la eficiencia en la AP, como el artículo 70 cuando dispone sobre la economicidad.

⁵⁹⁷ Cfr. GABARDO, E. *Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002, p.96.

⁵⁹⁸ En el ámbito estadual, podemos destacar las siguientes leyes: Ley n. 14.184, de 30 de enero de 2002, que dispone sobre el procedimiento administrativo en la AP del Estado de Minas Gerais (art. 2º); Ley 12.209, de 20 de abril de 2011, que dispone sobre el procedimiento administrativo en el ámbito de los órganos y entidades de derecho público de Administración pública directa e indirecta del Estado de Bahía (art. 3º); Ley n. 5.427, de 1º de abril de 2009, que dispone sobre actos y el procedimiento administrativo en el Estado de Rio de Janeiro (art. 2º). En el ámbito municipal, destacamos las siguientes leyes: Ley n. 14.141, de 27 de marzo de 2006, que dispone sobre el procedimiento administrativo en la AP del municipio de São Paulo (art. 2º); Ley Complementar n. 790, de 10 de febrero de 2016, que dispone sobre el procedimiento administrativo en ámbito de la Administración pública directa e indirecta del municipio de Porto Alegre (art. 2º).

con los paradigmas de la justicia relacional reiteradamente citada durante este Libro Blanco”⁵⁹⁹.

Tampoco podemos olvidar que la celeridad es una de las facetas de la eficiencia. En España, el derecho al proceso *“sin dilaciones indebidas”* está reconocido en la Constitución como derecho fundamental en el artículo 24.2. En Brasil, el derecho a razonable duración del proceso también constituye un derecho fundamental y alcanza también los procedimientos administrativos⁶⁰⁰. Hay que tener claro que, para obtener justicia efectiva, es necesario combatir la morosidad, sea en la vía judicial, o sea en la vía administrativa. Esto porque *“una justicia a destiempo no cumple con los requisitos de ser efectiva y oportuna, equivaliendo a una denegación de justicia, a una indefensión”*⁶⁰¹.

Las manifestaciones del legislador español en la Exposición de Motivos de la LRJCA apuntan también para la necesidad de combate a la morosidad en el ámbito administrativo, cuando afirma que *“lograr una justicia ágil y de calidad no depende solamente de una reforma legal. También es cierto que el control de la legalidad de las actividades administrativas puede y debe ejercerse asimismo por otras vías complementarias de la judicial, que sería necesario perfeccionar para evitar la proliferación de recursos innecesarios y para ofrecer fórmulas poco costosas y rápidas de resolución de numerosos conflictos”*.

El retraso en la solución del conflicto genera efectos extremadamente nocivos para las partes, incluso para la AP, como bien reflexiona MARTÍN DIZ⁶⁰². Además, como bien destacan MONTEIRO GABBAY y GROSS CUNHA, la lentitud de la respuesta jurisdiccional provoca consecuencias exógenas al proceso, desde el descrédito en las instituciones hasta impactos en los estándares de civilidad⁶⁰³. Los medios adecuados de

⁵⁹⁹ Cfr. CATALUÑA. Libro Blanco de la Mediación en Cataluña, p.805. [in línea] [consulta: 21 abril 2019] Disponible en: http://justicia.gencat.cat/web/.content/documents/publicacions/lilibres_fora_colleccio/libro_blanco_mediacion.pdf.

⁶⁰⁰ BRASIL. Constitución Federal de 1988: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

⁶⁰¹ Cfr. ROMERO COLOMA, A. *El artículo 24 de la Constitución Española: análisis y valoración*. El acceso del ciudadano a la justicia. Barcelona: SERLIPOST, 1993, p.27.

⁶⁰² Cfr. MARTÍN DIZ, F. (2018). Op. cit., p. 180.

⁶⁰³ Cfr. MONTEIRO GABBAY, D.; GROSS CUNHA, L. (Orgs.). *Litigiosidade, morosidade e litigância repetitiva no Judiciário: uma análise empírica*. São Paulo: Saraiva, 2012.

solución de conflictos ingresan en este escenario como instrumentos eficaces e idóneos al cambio de esta realidad.

La eficiencia administrativa exige comprender que la justicia puede ser obtenida por la actuación preventiva o revisora de la AP, hábil a generar espacios participativos, flexibles y colaborativos. Por ello, MOREIRA NETO plantea que el principio de eficiencia facilita “*la actuación concertada de los entes públicos, integrando y potencializando, en los pactos de colaboración administrativa*”⁶⁰⁴. En este contexto, la mediación ingresa como herramienta de combate a la ineficiencia de la actuación administrativa y de fomento a la justicia. Así, no podemos dejar de considerar que la eficiencia sirve de fundamento constitucional para la aplicación de la mediación en el ámbito administrativo.

El principio de subsidiariedad⁶⁰⁵ también integra el conjunto de principios constitucionales que viabilizan la aplicación de la mediación en el ámbito administrativo. Este principio tiene una interacción profunda con otros principios constitucionales, como participación, eficiencia y pluralismo.

La subsidiariedad implica en limitación de la actuación estatal y responsabilidad del ciudadano para el alcance de sus fines vitales y sociales, como indica RODRÍGUEZ-ARANA⁶⁰⁶. Es decir que la intervención del Estado debe siempre ocurrir para garantizar la libertad del ciudadano, quitando los obstáculos que impidan el alcance de su dignidad humana. Por ello, NASCIMENTO GONÇALVES destaca que la subsidiariedad valoriza la autonomía del individuo y de los grupos sociales, promoviendo la repartición de atribuciones entre la Sociedad y el Estado⁶⁰⁷.

⁶⁰⁴ Cfr. MOREIRA NETO, D.D.F. Coordenação Gerencial da Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo n.214*. Rio de Janeiro: Renovar, out/dez., 1998, p.49 (traducción propia).

⁶⁰⁵ La palabra subsidiariedad tiene su raíz etimológica en el latín, en la expresión “*subsidium*” que deriva de “*subsidiarius*”, significando ayuda, estímulo. Podemos extraer de la palabra subsidiariedad dos sentidos, el primero de secundariedad y el otro de complementariedad o suplementariedad. Desde el punto de vista jurídico, la doctrina apunta que los antecedentes de la subsidiariedad están el Derecho Canónico, en la doctrina social de la Iglesia Católica, que la registra implícitamente, por primera vez, en la Encíclica “*Rerum Novarum*”, escrita por el Papa León XIII, en 15 de mayo de 1891. Sin embargo, la primera referencia expresa está en la Encíclica “*Quadragesimo Anno*”, escrita por el Papa Pío IX, en 15 de mayo de 1931. De este origen, podemos extraer una aproximación de la subsidiariedad al Derecho Administrativo, en el contexto de las relaciones entre el Estado y la sociedad. Cfr. BARACHO, J. A. D.O. (1995). Op. cit., pp. 13-52.

⁶⁰⁶ Cfr. RODRÍGUEZ-ARANA, J. *Interés general, Derecho Administrativo y Estado de Bienestar*. Primera edición. Madrid: Editorial Iustel, 2012b, p. 102.

⁶⁰⁷ Cfr. NASCIMENTO GONÇALVES, V. M. *Estado, Sociedade Civil e Princípio da subsidiariedade na era da Globalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 110-111.

La capacidad de iniciativa del ciudadano no puede ser eliminada por la actuación del Estado, al revés, el deber estatal es justamente garantizar los medios para que los ciudadanos puedan participar en la determinación del interés general. Por ello, BARACHO, plantea que la subsidiariedad implica no sólo en la idea de complementariedad de la actuación estatal, sino también de limitación a la intervención estatal⁶⁰⁸. Esta construcción tiene aplicación también en la resolución de los conflictos administrativos.

La mediación, como hemos visto, posibilita que los implicados en el conflicto puedan participar en la construcción de la solución, permitiendo el gozo de las libertades y la asunción de responsabilidades por las partes. En el ámbito administrativo esto significa una transmutación de la actuación administrativa, a través del entendimiento de que la subsidiariedad es el mecanismo para la retirada del monopolio estatal en la definición del interés general. Además, como bien señala NASCIMENTO GONÇALVES, el principio de subsidiariedad estimula que el ciudadano actúe en su propio interés y esto debe ser fomentado por el Estado⁶⁰⁹.

Otro punto de reflexión se refiere a la extensión de este principio. No podemos comprenderlo solamente en el contexto económico, debemos contextualizarlo en el ejercicio de las funciones estatales y en la promoción de los derechos fundamentales. Por ello, ALGUACIL GÓMEZ sostiene que bajo el principio de subsidiariedad *“todo aquello que pueda ser autodeterminado o autogestionado a un determinado nivel ciudadano (inferior o de escala más reducida) no debe determinarse o gestionarse en un nivel superior o de escala mayor”*⁶¹⁰.

Este es el sentido de subsidiariedad que se debe sacar de las constituciones sociales y democráticas, como las CE/1978 y CFB/1988⁶¹¹, viabilizando la participación y el

⁶⁰⁸ Cfr. BARACHO, J. A. D. O. (1995). Op. cit., p. 34.

⁶⁰⁹ Cfr. NASCIMENTO GONÇALVES, V. M. (2003). Op. cit., p. 112.

⁶¹⁰ Cfr. ALGUACIL GÓMEZ, J. (2005). Op. cit., p.17.

⁶¹¹ El principio de subsidiariedad no está expresamente previsto en la CFB/1988. Sin embargo, podemos extraerlo de distintos dispositivos constitucionales, como el art. 173 que dispone que *“ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”*; el art. 197, que dispone que *“são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”*; y el art. 225, que dispone que *“todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”*. La CE/1978 tampoco trata del principio de subsidiariedad de forma expresa. Encontramos referencias implícitas de este principio en el capítulo que tercero de la CE/1978, que desarrolla el modelo de Estado

desarrollo de las libertades del ciudadano también en el ámbito de la solución de conflictos.

Por tanto, este conjunto de principios constitucionales (democracia, pluralismo, eficiencia y subsidiariedad) debe ser interpretado bajo el parámetro transversal de interés general. Esto porque “*la Administración pública sirve con objetividad a los intereses generales*”⁶¹² y por tanto su actividad debe estar centrada en facilitar al ciudadano el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales.

Conformando todos estos principios al alcance del interés general, tenemos la mediación administrativa “*como un vehículo eficaz, corrector y cooperador de la actividad administrativa que debe servir con objetividad los intereses generales*”⁶¹³. Desde esta perspectiva constitucional, la mediación administrativa es efectivamente un instrumento de solución de conflictos apto a la realización de la justicia en el plan sustancial.

3. PERFIL DE LA MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA

Una vez fijada la constitucionalidad de la mediación administrativa, en el contexto de las constituciones sociales y democráticas, en especial la CFB/1988 y la CE/1978, pasaremos al análisis del perfil de la mediación administrativa. En este epígrafe, examinaremos el concepto de mediación administrativa, las peculiaridades del conflicto administrativo, los principios vectores, las clases de mediación, las materias susceptibles de mediación administrativa, las garantías del administrado en el procedimiento y las dificultades de aplicación.

Autonómico. El art. 38 también hace referencia implícita a la subsidiariedad en la medida que dispone que “*se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación*”. Sobre el tema véase: SÁNCHEZ SÁEZ, A. J. *Descentralización y subsidiariedad: Hacia una Nueva Configuración del Estado*. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública (IAAP), 2005. Y también: RODRÍGUEZ-ARANA, J. *Cuatro estudios de derecho administrativo europeo:(derechos fundamentales, subsidiariedad, subvenciones y administraciones públicas)*. Granada: Comares, 1999; TORRES, S. F. *O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

⁶¹² Cfr. RODRÍGUEZ-ARANA, J. *Derecho Administrativo y Administración Pública en tiempos de crisis*. Colección Estudios Jurídicos, n. 103. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2014c, p. 34.

⁶¹³ Cfr. RODRÍGUEZ-ARANA, J. La mediación en el derecho administrativo. [en línea]. *Revista de Derecho Público*, n.74, 2015c, p. 117. DOI:10.5354/0719-5249.2015.37538. [consulta: 24 marzo 2019]. Disponible en: <https://revistaegp.uchile.cl/index.php/RDPU/issue/view/3820>.

3.1. Concepto

En la sección 1.2.4.2 de este capítulo, hemos explotado los conceptos de mediación ofrecidos por la doctrina y por la legislación brasileña y española. Bajo este análisis, construimos la siguiente definición de mediación: *“método autocompositivo, alternativo o complementario a la vía judicial, en que las partes en disputa gestionan el conflicto, con el auxilio de un tercero, que les facilita la comunicación, favoreciendo el establecimiento de un pacto”*.

Considerando que la mediación es un instituto originariamente de derecho privado, entendemos necesario reflexionar su concepto cuando aplicada en el contexto del derecho administrativo. Esto será el sentido de la reflexión que haremos en esta sección.

En la doctrina española, CARBALLO MARTÍNEZ define mediación administrativa como *“un medio de solución de conflictos entre sujetos jurídicos privados y la Administración pública, que se realiza a través de un procedimiento contestado, mediante la intervención de un tercero mediador independiente e imparcial, cuya misión es la de facilitar la comunicación y el diálogo con las partes para alcanzar un acuerdo de voluntades”*⁶¹⁴.

El elemento calificador de la mediación administrativa, en este concepto, es el conflicto entre AP y sujetos jurídicos privados. Evidentemente, la presencia de la AP en el conflicto es un elemento necesario a la calificación de la mediación administrativa. No obstante, las disputas administrativas no ocurren solamente entre AP y sujetos privados. También son conflictos administrativos aquellos entre AAPP⁶¹⁵ y que son susceptibles de resolución a través de la mediación. En este caso también estaremos delante a una mediación administrativa.

En Brasil, los primeros trabajos de mediación de la Cámara de Conciliación y Arbitraje de la Administración Federal (en adelante, CCAF) estaban dirigidos a la solución de los conflictos entre AAPP. Por ello, JOHONSOM DI SALVO, al examinar el diseño institucional de la CCAF, destaca que la mediación administrativa tiene como usuarios no solo sujetos privados, sino también entes de la AP⁶¹⁶.

⁶¹⁴ Cfr. CARBALLO MARTÍNEZ, G. (2013). Op. cit. pp.08.

⁶¹⁵ Sobre el tema, véase: BELANDO GARÍN, B. (2019). Op. cit., pp. 39-63.

⁶¹⁶ Cfr. JOHONSOM DI SALVO, S. H. P. G. (2018). Op. cit., p. 63.

Por tanto, podemos concluir que la mediación administrativa exige la presencia de la AP en por lo menos en uno de los polos del conflicto, de manera que abarca tanto los conflictos entre AP y sujetos privados, como disputas entre entidades y órganos de la AP, incluso entre los distintos niveles de gobierno.

No obstante, la presencia de la AP en la disputa no es suficiente a la configuración de la mediación administrativa. Es necesario que la disputa verse sobre temas relacionados al derecho administrativo. Esto porque las cuestiones de derecho privado que la AP esté implicada deben ser resueltas bajo este paradigma, aunque se aplique algunos principios de derecho público. Asuntos relacionados a la actividad empresarial del Estado, por ejemplo, exigen trato bajo la perspectiva de derecho privado, incluso para la solución de los conflictos. Esta es la conclusión que sacamos del inciso II, §1º del art. 173 de la CFB⁶¹⁷. Esto también es el sentido empleado por MARTÍN DIZ, que plantea que el elemento material del litigio contencioso administrativo está conectado a pretensiones relacionadas a la actuación, inactividad o actuaciones materiales que constituyan vía de hecho, de las AAPP sometidas al derecho administrativo⁶¹⁸.

Otro punto importante está relacionado con el ámbito de desarrollo de la mediación administrativa. ¿Solamente sería posible hablar de mediación administrativa en el ámbito del procedimiento administrativo? ¿En el ámbito de la jurisdicción contenciosa sería posible hablar de mediación administrativa?

Entendemos que la mediación administrativa puede ser desarrollada tanto en el ámbito del procedimiento administrativo como en el ámbito de la jurisdicción contenciosa. Evidentemente que existen matices en el procedimiento, como también cuestiones relacionadas a la naturaleza del acuerdo (título ejecutivo judicial, título ejecutivo extrajudicial). Estos aspectos no cambian los fundamentos y bases de la mediación administrativa.

⁶¹⁷ BRASIL. Constitución Federal de 1988: “Art. 173. *Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: [...] II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”.*

⁶¹⁸ MARTÍN DIZ considera que la mediación administrativa se refiere, desde un punto de vista material, al derecho administrativo en sentido amplio, incluyendo por tanto al derecho tributario. Cfr. MARTÍN DIZ, F. (2018). Op. cit. pp. 189-190.

Por tanto, denominaremos mediación administrativa todo procedimiento de mediación desarrollado en el ámbito del Derecho Administrativo, sea en el ámbito del procedimiento administrativo o de la jurisdicción contenciosa, no restringido a las disputas entre la AP y sujetos privados⁶¹⁹. Sin embargo, en esta investigación, nos centraremos en las disputas entre AP y sujetos privados.

3.2. Peculiaridades del conflicto administrativo

El conflicto es el factor que desencadena de la mediación, por eso para que se comprenda las peculiaridades del conflicto administrativo, es entender lo que es el conflicto.

De acuerdo con la Real Academia Española, la palabra conflicto es originaria del latín “*conflictus*” y posee distintas acepciones, como: combate, lucha, pelea; enfrentamiento armado; apuro, situación desgraciada y de difícil salida; problema, cuestión, materia de discusión; coexistencia de tendencias contradictorias en el individuo, capaces de generar angustia y trastornos neuróticos.

Desde el punto de vista sociológico, el conflicto es un fenómeno natural que proviene de la interacción humana. Por ello, GARCÍA VILLALUENGA afirma que el conflicto es consustancial a la naturaleza humana y, por eso está presente en todas las manifestaciones de la vida y en todos los niveles del comportamiento humano⁶²⁰. Aún en el ámbito sociológico, FERNÁNDEZ-RÍOS plantea que el conflicto puede por un lado promover la degradación de las relaciones y por otro producir la oportunidad de transformación positiva y desarrollo⁶²¹. DA SILVA JUNIOR construye un raciocinio

⁶¹⁹ Hay situaciones en que la Administración pública actúa como mediadora para la solución de conflictos entre sujetos privados, con sometimiento al derecho privado o al derecho público. En la hipótesis de aplicación del derecho administrativo, como suele ocurrir en los conflictos disciplinarios en el ámbito penitenciario y escolar, tendríamos, en sentido amplio, una mediación administrativa. Como la situación de la Administración pública mediadora no es objeto de esta investigación, adoptamos un concepto más restringido de mediación administrativa. Sobre Administración pública mediadora véase: BUSTILLO BOLADO, R. O. “Las Administraciones Públicas actuando como mediadoras en conflictos jurídicos entre terceros. La experiencia española”, en FONSECA, I. C. M. (Coord.). *A Mediação Administrativa: contributos sobre as (im)possibilidades*. Lisboa: Almedina, 2019, pp. 65-78.

⁶²⁰ Cfr. GARCÍA VILLALUENGA, L. Mediación en comunidades universitarias: la experiencia de la Universidad Complutense. *Revista CONFLICTOLOGY*, n. 1, p. 63-69, 2009.

⁶²¹ Cfr. FERNÁNDEZ-RÍOS, M. “Aspectos positivos y negativos del conflicto”, en MORALES, J.F.; YUBERO JIMÉNEZ, S. (Coords.). *El grupo y sus conflictos*. Cuenca: Universidad de Castilla de la Mancha, 1999, p. 30.

similar, cuando afirma que se debe buscar los beneficios de la conflictividad para la evolución social⁶²².

En el ámbito de la solución de conflictos, la doctrina no ofrece una idea unívoca. FISHER y URY, por ejemplo, comprenden el conflicto como una situación que presenta una disputa entre posiciones contrapuestas, de manera que la solución por la vía negocial pasa por la identificación de los intereses opuestos y compartidos que subyacen en este contexto competitivo⁶²³. ENTELMAN conceptúa el conflicto como “*una especie o clase de relación social en que hay objetivos de distintos miembros en la relación que son incompatibles entre sí*”⁶²⁴. MARTÍN DIZ, utilizando la palabra litigio, lo define como “*fruto de una controversia previa, la cual no ha sido evitada a través de la función preventiva de las normas jurídicas y que desemboca en la existencia de intereses contrapuestos*”⁶²⁵.

No obstante, las divergencias conceptuales, para la comprensión del conflicto, importan considerar la interdependencia entre las partes y la incompatibilidad de intereses. Comprender el conflicto es esencial para los procedimientos de resolución pactada. La mediación, por ejemplo, busca transformar el conflicto y generar una aproximación de estos intereses inicialmente contrapuestos.

El conflicto administrativo es asignado de características peculiares, sobre todo los conflictos entre Administración y administrados, una vez que estos están enmarcados por la asimetría de poder entre las partes. La asimetría de poder entre AP y administrados es, incluso, apuntada por algunos como uno de los impedimentos para la adopción de la mediación en el ámbito administrativo⁶²⁶. Sin embargo, creemos que esto no es un obstáculo al empleo de la mediación. Primero, porque el rol del mediador es justamente trabajar por la igualdad de las partes en el procedimiento. Segundo, porque en otras relaciones asimétricas (v.g. relaciones de consumo) se estimula la utilización de la

⁶²² Cfr. DA SILVA JÚNIOR, S. R. La mediación de conflictos ambientales: una visión sistémico-funciona hacia el desarrollo sostenible. 1ª edición. Navarra: Aranzandi, 2019, p.37.

⁶²³ Cfr. FISHER, R.; URY, W. Getting to Yes. Negotiating Agreement Without Giving In. New York: Pengu Books, 2011.

⁶²⁴ Cfr. ENTELMAN, R.F. *Teoría de conflictos. Hacia un nuevo paradigma*, Barcelona: Gedisa, 2002, p.49.

⁶²⁵ Cfr. MARTÍN DIZ, F. (2018). Op. cit. pp. 188-189.

⁶²⁶ Vid. VUČETIĆ, D. Is mediation viable in administrative matters? [en línea]. *Facta Universitatis, Series: Law and Politics*, Vol. 14, n. 4, 2016, pp.495-504. DOI: 10.22190/FULP1604495V. [consulta: 20 marzo 2020].

Disponble en:
https://www.researchgate.net/publication/315464480_IS_MEDIATION_VIABLE_IN_ADMINISTRATIVE_MATTERS.

mediación. Además, como hemos visto, la AP contemporánea camina hacia una postura más relacional, basada en la horizontalidad de las relaciones.

Otra característica peculiar del conflicto administrativo es que su resolución no puede alejarse de la legalidad. En el ámbito administrativo no es posible una solución *contra legem*, aunque esta sea la voluntad de las partes. Por ello, TORNOS MAS señala que la mediación no puede comportar una decisión contraria al derecho, sin embargo, este procedimiento no busca lograr la correcta aplicación de la norma, sino alcanzar un pacto dentro del marco legal aplicable⁶²⁷. Además, la vinculación a la legalidad, aquí entendida como juridicidad, constituye una garantía constitucional no solo para el administrado, sino también para la AP.

Por fin, el conflicto administrativo está vinculado a pretensiones sometidas a las normas de derecho administrativo. Aunque la AP sea parte de la controversia, si la disputa no se refiere a cuestiones regidas por el derecho administrativo, no estaremos frente a un conflicto administrativo.

Estas características peculiares del conflicto administrativo exigen una comprensión particular de los principios de la mediación, a partir del paradigma de los principios de derecho público, como también la inserción de principios propios de la mediación en ámbito administrativo.

3.3. Principios aplicables a la mediación administrativa

Las características particulares del conflicto administrativo imponen analizar los principios de la mediación bajo una perspectiva de derecho público. Es decir que para la aplicación del andamiaje principiológico de la mediación en los conflictos administrativos es necesario hacer ajustes para no vulnerar los principios de derecho público. Esto es el análisis que haremos a la continuación.

3.3.1. Voluntariedad

⁶²⁷ Cfr. TORNOS MAS, J. La mediación en el derecho administrativo. [en línea]. Jornada ‘Mediación Administrativa en Cataluña’. Universitat Oberta de Catalunya, 22 de enero de 2019, p.07. [consulta: 04 marzo 2021]. Disponible en: <https://edcp.blogs.uoc.edu/wp-content/uploads/sites/24/2019/01/Joaquin-Tornos-Mas.pdf>.

En cuanto al principio de voluntariedad, casi todo lo que hemos comentado en la sección 1.2.4.3.1 de este capítulo aplicase a la mediación administrativa. En principio, no se puede establecer la obligatoriedad de sometimiento a la mediación, no obstante, sea posible sugerir o proponer a las partes la vía de la mediación, sin que ello suponga una quiebra del principio de voluntariedad.

En lo que toca la AP, entendemos que en la vía legal o reglamentaria es posible establecer las circunstancias de obligatoriedad de su participación en el procedimiento de mediación, sin que esta situación vulnere la voluntariedad. Esto porque la decisión de participar en un procedimiento de mediación puede ser hecha por el legislador o constituir un acto discrecional de la AP que puede ser restringido en la vía reglamentaria.

La restricción de la competencia discrecional en la vía reglamentaria está en ámbito de lo que la doctrina denomina de autovinculación administrativa. Según MODESTO, la autovinculación administrativa constituye una autocontención de la actividad discrecional de la AP que no vulnera la legalidad, en realidad, valora los principios de igualdad y de protección a la confianza⁶²⁸. PIELOW, a la vez, plantea que *“la cuestión de las autovinculaciones de la Administración está situada en un campo de tensión entre la necesidad de flexibilidad e innovación, por un lado, y, por otro, entre la no menos acuñada demanda de continuidad de la actividad administrativa, la cual con el fin de crear seguridad jurídica reclama la apreciabilidad y la calculabilidad de la acción administrativa”*⁶²⁹.

Así, la actuación normativa de la AP es idónea a la autovinculación de la actividad discrecional, obligando que el órgano que los dictó observe sus propias prescripciones en los casos sometidos a su examen. En el caso de la participación en los procedimientos de mediación es claramente posible la definición, en la vía reglamentaria, de las circunstancias de participación obligatoria de la AP con fundamento en la autovinculación, sin cualquier vulneración a la voluntariedad.

⁶²⁸ Cfr. MODESTO, P. Autovinculação da Administração Pública. [en línea]. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 24, oct./nov./dic. de 2010. [consulta 08 abril 2021]. Disponible en: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/paulo-modesto/AUTOVINCULACAO-CONVENCIONAL-DA-ADMINISTRACAO-PUBLICA-O-CONTRATO-DE-GESTAO-NO-INTERIOR-DA-ADMINISTRACAO-PUBLICA-BRASILEIRA>.

⁶²⁹ Cfr. PIELOW, J. “Integración del ordenamiento jurídico: autovinculaciones de la administración”, en MUÑOZ, G. A.; SALOMONI, J. L. *Problemática de la administración contemporánea: una comparación europeo-argentina*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997. p. 51.

Por ello, FERRAZ, al examinar la posibilidad de adopción de la mediación o arbitraje en los procedimientos de expropiación forzosa previstos en el Decreto-ley n. 3.365, de 21 de junio de 1941, sostiene la limitación de la discrecionalidad administrativa de las entidades legitimadas al procedimiento de expropiación, a través de actos normativos inferiores a la ley⁶³⁰, lo que tornaría obligatorio el uso de la mediación o arbitraje en estos procedimientos⁶³¹.

Por lo tanto, entendemos que la utilización de la autovinculación administrativa para determinar la obligatoriedad de participación de la AP en los procedimientos no vulnera el principio de voluntariedad de la mediación, sino contribuye para el acatamiento de la igualdad entre los administrados. Además, la ley podrá determinar la obligatoriedad de participación en la mediación porque la voluntad del Estado es expresada por la ley.

3.3.2. Igualdad

El principio de igualdad de partes también es trasladable a la mediación administrativa. Podríamos pensar que el principio de igualdad de partes sería un obstáculo insuperable a la mediación administrativa, debido al principio de supremacía del interés público⁶³².

Sin embargo, no podemos olvidar que las potestades administrativas son otorgadas a la AP para el atendimiento del interés general. Entonces, si la mediación

⁶³⁰En Brasil, la doctrina administrativa, influenciada por el derecho administrativo francés, considera el acto normativo como una categoría del acto administrativo. JUSTEN FILHO explica que “*a categoria do ato administrativo abrange o ato administrativo em sentido restrito e o ato administrativo normativo. A diferença entre essas duas categorias se relaciona com a extensão dos seus efeitos. O ato administrativo em sentido restrito não produz efeitos normativos, mas apenas desencadeia a aplicação do mandamento contido em uma norma. O ato administrativo normativo complementa o mandamento de uma norma legal, disciplinando como condutas futuras deverão ser praticadas*”. Cfr. JUSTEN FILHO, M. (2012). Op. Cit., p. 352.

⁶³¹ Cfr. FERRAZ, L. Mediação e arbitragem nas desapropriações: faculdade ou dever?. [en línea]. *COJUR*, 03 de octubre de 2019. [consulta: 08 abril 2021]. Disponible en: <https://www.conjur.com.br/2019-out-03/interesse-publico-mediacao-arbitragem-desapropriacoes-faculdade-ou-dever>.

⁶³² VUČETIĆ señala que el primer obstáculo a la mediación administrativa es la desigualdad en las relaciones entre las partes, una vez que “*from the traditional point of view, the relationship between citizens and the administration is regarded as being de jure asymmetrical, hierarchical and authoritarian, which is inconsistent with the idea of encouraging negotiations and mediation as a means for dispute resolution*”. Sin embargo, VUČETIĆ reconoce la tendencia colaborativa de los sistemas jurídicos europeos occidentales, registrando que “*there are several reasons why this is the case. The first is the overwhelming number of complex regulations that have to be applied; the second is that the public administration must be managed in accordance with the principle of good governance, which is service-oriented and allows substantial participation of citizens in the decision-making processes*”. Cfr. VUČETIĆ, D. (2016). Op. cit., pp. 500-501.

administrativa tiene como objetivo atender al interés general, y para esto no es necesario el uso de las potestades administrativa, no existe vulneración al principio de supremacía de interés público. Por eso DELGADO PIQUERAS afirma que *“el individuo no está infraordenado jurídicamente al mandato de la Administración”*, es decir, *“las potestades de la Administración tienen un ámbito limitado y en ningún caso constituyen un privilegio general o absoluto”*⁶³³.

Además, bajo el marco de la Administración Relacional, que preconiza la horizontalidad de la relación entre AP y administrado, la mediación administrativa se presenta como una herramienta idónea al alcance de este propósito. Como hemos visto en este capítulo, la mediación es justamente el procedimiento con el poder de aproximar la AP y el administrado, concretando principios y garantías constitucionales como la participación ciudadana, el pluralismo, la subsidiariedad y el acceso a la justicia.

Este es, incluso, el sentido propuesto por los actuales modelos de gestión administrativa, basados en gobernanza y en la buena administración, que exigen la adopción de mecanismos que garanticen el diálogo y el equilibrio entre las partes. La propia idea de innovación en la gestión pública demanda la utilización de herramientas que proporcionen el equilibrio en las relaciones desarrolladas por la AP.

En lo que toca a los acuerdos firmados en los procedimientos de mediación que la AP sea parte, debido al principio de igualdad, es necesario adoptar criterios objetivos para que se garantice el mismo trato para situaciones similares. Por ello, la transparencia de los acuerdos es fundamental para garantizar el principio de igualdad.

Tampoco podemos olvidar del rol del mediador que es establecer la igualdad entre las partes para el desarrollo de la mediación. Por ello, FERNÁNDEZ SALDÍAS destaca que el mediador deberá evitar *“que la relación jerárquica entre las partes que emana de la ley se traduzca en desequilibrios en la participación igualitaria en la mediación”*⁶³⁴. Para alcanzar dicho propósito, el mediador puede adoptar el trato desigual como mecanismo de garantía del equilibrio de las partes. En esta situación, el mediador no vulnera el principio de imparcialidad, en realidad él se utiliza de mecanismos para el

⁶³³ Cfr. DELGADO PIQUERAS, F. *La terminación convencional del procedimiento administrativo*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 1995, p. 157.

⁶³⁴ Cfr. FERNÁNDEZ SALDÍAS, M. I. *Desafíos de la mediación en la administración del Estado*. XXI Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Santiago, Chile, 8 - 11 nov. 2016, p. 05.

empoderamiento de la parte más débil, viabilizando la participación de ambas en igualdad de condiciones.

3.3.3. *Imparcialidad*

La imparcialidad es un principio que también debe ser apreciado en la mediación administrativa. En este ámbito, la cuestión del nombramiento del mediador es de extrema relevancia para que sea posible garantizar la imparcialidad en el procedimiento. Por eso entendemos que lo recomendable es la creación de cámaras independientes de mediación fiscalizadas por órganos de control. Así, es posible evitar la influencia directa de la AP en las cámaras de mediación y una eventual quiebra de imparcialidad de los mediadores administrativos.

En Brasil, la Ley 13.140, de 26 de junio de 2015, posibilitó la creación de cámaras de prevención y resolución administrativa de conflictos (art. 32), en el ámbito de la Abogacía pública⁶³⁵. Estas cámaras podrán adoptar distintos métodos autocompositivos, entre ellos, la mediación, para la resolución extrajudicial de conflictos administrativos. Por fuerza del principio de imparcialidad entendemos que los miembros de la Abogacía pública, que representan judicial y extrajudicialmente el Estado, no podrán actuar en estas cámaras como mediadores. Es posible toda la gestión administrativa y control de legalidad de los procedimientos desarrollados en las cámaras, pero la actuación en los procedimientos como mediadores no sería admisible para los abogados públicos.

Sin embargo, en la doctrina, algunos entienden que es posible la actuación de abogados públicos como mediadores en dichas cámaras. Según estos autores, para resguardar la imparcialidad, el abogado público que actúa en el ámbito judicial no podrá actuar como mediador en las cámaras⁶³⁶. Otro argumento ofrecido, se refiere a la

⁶³⁵ En Brasil, la abogacía pública se refiere al cuerpo de Abogados de la Unión y de la Administración Indirecta Federal, como también los letrados de los Estados y Municipios. La Abogacía Pública es considerada función esencial a la justicia en el texto de la Constitución Federal de 1988 y está disciplinada en los artículos 131 y 132 del Capítulo IV.

⁶³⁶ Este es el posicionamiento de FERREIRA FILHO. Para dicho autor, no haría obstáculos a la actuación de abogados públicos como mediadores cuando aquellos estén desvinculados de la defensa del caso. Cfr. FERREIRA FILHO, M.D.S. O Procurador do Estado como mediador de conflitos: incompatibilidade ou autonomia da vontade?. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, año 17, n. 200, pp. 72-79, out. 2017. En este mismo sentido, véase también: ALVARENGA, D.; FERREIRA, K. Do mediador advogado público: não existe suspeição quando não existem perdedores. [en línea]. *Tribuna da Advocacia Pública – JOTA*, de 17 de octubre de 2020. [consulta: 07 abril 2021]. Disponible en: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/tribuna-da-advocacia-publica/do-mediador-advogado-publico-17102020>; BOCKMANN

inexistencia de interferencia del mediador en el acuerdo, ya que el acuerdo es construido por las partes, y así la imparcialidad estaría preservada. También argumentan que la Abogacía pública, en el contexto actual, tiene que adoptar un perfil de abogacía colaborativa, de manera que actuación de los abogados públicos como mediadores integraría este nuevo objetivo. Por fin, apuntan que en la mediación no hay ganadores, de forma que no haría espacio para la imparcialidad.

Nos parece evidente el conflicto de interés, aunque aparente, en la actuación de abogados públicos como mediadores. De acuerdo con la Recomendación 2001/310/CE, de 4 de abril de 2001, el mediador no debe tener ningún conflicto de interés aparente o real con ninguna de las partes. Esto también es el sentido del Código de Conducta Europeo para mediadores que dispone en el apartado 2.1. que las siguientes circunstancias pueden comprometer la independencia del mediador: todo tipo de relación personal o empresarial con una de las partes; cualquier interés financiero u otro de otro tipo, directo o indirecto, en el resultado final de la mediación; y la situación del mediador al haber actuado anteriormente en favor de una o varias de las partes.

Es cierto que la Abogacía pública debe adoptar un perfil colaborativo para que pueda adaptarse a las transformaciones del mundo contemporáneo. Sin embargo, las exigencias de consensualidad que llegan a la Abogacía pública no conducen a su actuación como mediadora en los conflictos entre AP y administrados, sino llevan al asesoramiento de carácter colaborativo.

Desde esta perspectiva, la Abogacía pública debe fomentar la adopción por la AP de prácticas preventivas de solución de conflictos y, incluso, participar de estos procedimientos asesorando la AP. Otro punto importante en la mediación se refiere a la confianza que el procedimiento debe proporcionar a las partes. Es decir que las partes tienen que sentirse confortables y seguras para que adopten una postura colaborativa y expresen sus intereses y posiciones. Esta atmosfera difícilmente será construida con un mediador de la abogacía pública que tiene como función institucional la representación judicial y extrajudicial del Estado.

MOREIRA, E.; CUÉLLAR, L. “Administração Pública e Mediação: Notas Fundamentais”, en CUÉLLAR, L. et al. *Direito Administrativo e Alternative Dispute Resolution: Arbitragem, Dispute Board, Mediação e Negociação. Com comentários à legislação do Rio de Janeiro, São Paulo e União sobre arbitragem e mediação em contratos administrativos e desapropriações*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, pp. 43-74.

Cuanto, a la inexistencia de interferencia del mediador en la construcción del acuerdo, evidentemente, no existe interferencia directa del mediador, pero este tercero conduce el procedimiento, extrayendo las posiciones e intereses, si no hay confianza del administrado, esta circunstancia puede conducir a un acuerdo que no atienda satisfactoriamente a los intereses del administrado. Además de todo esto, la vulnerabilidad de la confidencialidad es el punto crítico de la adopción de este modelo, una vez que el mismo órgano realiza la defensa del Estado en juicio y actúa como tercero neutral. No obstante, en Brasil, las Procuradorías de Estado y la Abogacía General de la Unión han creado, en sus ámbitos, cámaras de prevención y solución de conflictos integradas por abogados públicos que actúan como terceros neutrales en los procedimientos de mediación y conciliación⁶³⁷.

En lo que toca a la mediación por derivación en los procesos judiciales, entendemos que las Cámaras de Mediación Administrativa pueden ser desarrolladas en la estructura de los órganos del Poder Judicial. Dichas cámaras serían compuestas por mediadores que integrarían el cuadro de funcionarios del Poder Judicial. Así, se resguardaría la independencia de los mediadores y los protegería de interferencias externas capaces de comprometer su imparcialidad. Sin embargo, para los conflictos de baja complejidad y repetitivos, entendemos que es posible que el Poder Judicial acredite mediadores o instituciones privadas, sin que esto vulnere la independencia de los mediadores. En este caso, si aplicado un fuerte control de las actividades de estos mediadores e instituciones, no vemos el riesgo de captura de los mediadores por el poder económico.

3.3.4. *Confidencialidad*

La confidencialidad también es aplicable a la mediación administrativa, pero hay que reconocer algunos matices. El procedimiento privado de mediación es totalmente

⁶³⁷ Vid. Ley Complementar n. 144, de 24 de julio de 2018, que instituye la Cámara de Conciliación, Mediación y Arbitraje de la Administración del Estado de Goiás; Ley Complementar n. 47, de 27 de abril de 2018, que crea en el Estado de Alagoas la Cámara de Prevención y Resolución de Conflictos Administrativos; Ley n. 23.172, de 20 de diciembre de 2018, que crea la Cámara de Prevención y Resolución de Conflictos Administrativos en el Estado de Minas Gerais; Decreto n. 46.522, de 10 de diciembre de 2018, que establece nueva disciplina de la Cámara Administrativa de Solución de Litigios del Estado de Rio de Janeiro; Ley complementaria n. 417, de 09 de diciembre de 2019, que crea la Cámara de Negociación, Conciliación y Mediación de la Administración pública del Estado de Pernambuco; Portaria AGU n. 1.281, de 27 de septiembre de 2007, que instituyó la Cámara de Conciliación y Arbitraje de la Administración Federal (CCAF); y Decreto n. 7.392, de 13 de diciembre de 2010, que amplía la competencia de la CCAF.

confidencial, de manera que no es posible publicar sus actos. En el caso de la mediación administrativa, no es posible resguardar la confidencialidad de todos los actos del procedimiento debido a los principios de publicidad e igualdad. Por ello, VUČETIĆ sostiene que uno de los obstáculos a la mediación en Derecho Administrativo es la confidencialidad, una vez que la AP contemporánea se sostiene en los principios de transparencia y publicidad⁶³⁸.

Por eso es necesario compatibilizar la confidencialidad con la transparencia en la mediación administrativa. Como bien plantea FONSECA, al comentar sobre la confidencialidad del arbitraje pública, se debe siempre asegurar que las entidades públicas no utilicen de la confidencialidad para obtener ventajas mayores que aquellas que jamás obtendrían en un proceso público, excluyendo los mecanismos de control externos de legalidad y vulnerando el interés público y los derechos de terceros⁶³⁹. Así, entendemos que el acuerdo de mediación y su motivación deben ser publicados, posibilitando que todos los ciudadanos conozcan las negociaciones hechas por la AP y sus motivos, garantizando la transparencia, la imparcialidad y el control social. La adopción de este procedimiento, como ya hemos comentado, busca también garantizar el principio de igualdad, una vez que permitirá la adopción de las mismas condiciones de acuerdo para situaciones similares. Evidentemente que datos de naturaleza personal y de carácter sigiloso, conforme disponga la ley, no podrán ser objeto de publicidad.

3.3.5. *Legalidad*

Si la mediación en el ámbito privado es conducida por el principio de la autonomía de la voluntad, en el caso de la mediación administrativa, el procedimiento tiene que ser orientado por el principio de legalidad.

Cómo hemos visto en este capítulo, el principio de legalidad tiene que ser concebido como el vector de la mediación administrativa, ya que la AP no puede alejárselo. Además, como bien elucida TORNOS MAS, *“la mediación, por su parte, no trata de corregir irregularidades jurídicas, sino que trata de buscar la aplicación de la norma que más*

⁶³⁸ Cfr. VUČETIĆ, D. (2016). Op. cit., p. 502.

⁶³⁹ FONSECA, I. C. M. “*Due processo of law vs. arbitragem, publicidade vs. confidencialidade: uis, quid, quando, ubi, cur, quem ad modum, quibus adminiculis*”, en FONSECA, I. C. M. (Coord.). *Estudos de Conciliação, Mediação e Arbitragem: o estado da arte. Coleção Estudos Jurídicos – Mestrado em Direito Administrativo*. Braga: Núcleo de Estudos de Direito Ius Publicum, 2019, p. 30.

satisfaga a las partes relacionadas o en una situación de conflicto”⁶⁴⁰. Es decir que la solución obtenida en una mediación administrativa no puede contrariar el ordenamiento jurídico. En otras palabras, el acuerdo firmado con el administrado debe siempre buscar la mejor forma de satisfacción del interés general que está previamente definido en la norma.

Por ello, MOESSA DE SOUZA destaca que el principio de legalidad no es un obstáculo a la mediación, si la Administración fundamenta sus actos fáctica y jurídicamente, de manera a demostrar que determinada solución es la más adecuada a solución del conflicto desde el punto de vista de legalidad, economicidad y demás principios aplicables a la Administración⁶⁴¹. Así también se ha manifestado el Supremo Tribunal Federal de Brasil cuando sostiene que los principios aplicables a la Administración pública deben ser tratados con cierta flexibilidad para que se alcance la paz social⁶⁴².

Este también es el sentido empleado por SÁNCHEZ GARCÍA cuando destaca que cualquier acuerdo firmado por la AP en una mediación, tiene que ajustarse a los fines buscados por la normativa de aplicación y también a los principios generales, bajo de vulneración del principio de legalidad⁶⁴³.

Por lo tanto, la mediación administrativa se orienta por el principio de legalidad, debiendo siempre ser de derecho, jamás por exclusiva equidad⁶⁴⁴. Así, el procedimiento de mediación no constituye un mecanismo direccionado a la superación de la legalidad.

⁶⁴⁰ Cfr. TORNOS MAS, J. (2019). Op. cit., p.07.

⁶⁴¹ Cfr. MOESSA DE SOUZA. L. “A mediação de conflitos e a Administração Pública”, en HALE, D.; PINHO, H. D. B. D.; XAVIER CABRAL, T. N. (Org.). *O marco legal da mediação no Brasil: comentários à Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015*. São Paulo: Atlas, 2016, p.214.

⁶⁴² STF. RE 253.885, en 04 de junio de 2002. “*EMENTA: Poder Público. Transação. Validade. Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. E, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à últimação deste interesse. Assim, tendo o acórdão recorrido concluído pela não onerosidade do acordo celebrado, decidir de forma diversa implicaria o reexame da matéria fático probatória, o que é vedado nesta instância recursal (Súm. 279/STF). Recurso Extraordinário não conhecido*”.

⁶⁴³ Cfr. SÁNCHEZ GARCÍA, A. “La oportunidad de la Mediación Administrativa como respuesta a las necesidades del sistema de resolución de conflictos entre administración y administrado”, en CABRERA MERCATO, R. (Dir.); QUESADA LÓPEZ, P. M. (Coord.). *La mediación como método para la resolución de conflictos*. Madrid: Editorial Dykinson, 2017, p. 376.

⁶⁴⁴ Sobre el tema, no podemos dejar de citar la Ley de Arbitraje brasileña, Ley n. 9.307, de 23 de septiembre de 1996, que dispone expresamente que el arbitraje, en que la AP esté implicada, será siempre de derecho. El motivo de dicha restricción es el sometimiento de la AP al principio de legalidad.

En realidad, la AP debe extraer simultáneamente contenido de los principios de participación y legalidad cuando se instala una mediación administrativa.

3.3.6. *Otros principios*

La doctrina indica otros principios orientadores de la mediación administrativa⁶⁴⁵, como la consensualidad, cooperación, discrecionalidad, ética, flexibilidad, informalidad, inmediación, neutralidad y profesionalidad. En este estudio no iremos profundizar el examen de estos otros principios, porque, en realidad, los vemos más como directrices o elementos característicos de la mediación administrativa.

3.4. Sujetos de la mediación administrativa

Los sujetos de la mediación administrativa son aquellos que participan del proceso, sean como sujetos intervinientes (AP y administrado) o tercero neutral (mediador). También es posible la intervención eventual o facultativa de otros sujetos como peritos, abogados, expertos o testigos. En cualquier caso, los intervinientes deben actuar basados en los principios de lealtad, buena fe y respeto mutuo, adoptando una postura colaborativa para que se gestione el conflicto y se obtenga una solución adecuada. Cada categoría de sujeto de la mediación administrativa será examinada a la continuación.

3.4.1. *Administración pública*

Para participar de un procedimiento de mediación, es necesario que la parte tenga capacidad jurídica para firmar el acuerdo. Para las personas jurídicas, también hace falta la debida representación según sus estatutos y la ley. Es decir que los sujetos intervinientes necesitan capacidad jurídica y legitimación para ascender a la mediación.

Y en el caso de la AP, ¿lo que es necesario para su regular participación en un procedimiento de mediación?

Para la participación de una persona jurídica de derecho público en un procedimiento de mediación, como parte interesada, es fundamental la debida representación. En este caso, la capacidad jurídica del representante no es suficiente, hay

⁶⁴⁵ Vid. BELANDO GARÍN, B. (2019). Op. cit., pp. 39-63.

que añadir la competencia legal para firmar el acuerdo. Por eso es imprescindible tratar de la autorización para la realización del acuerdo⁶⁴⁶.

En España, la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, dispone en el artículo 9, que los Abogados del Estado necesitan del informe de la Dirección del Servicio Jurídico del Estado y de previa autorización del departamento, organismo público correspondiente para participar de procedimientos arbitrales y otras reclamaciones extrajudiciales. Además, el artículo 7.3 de la Ley 47/03, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, solamente permite la transacción judicial y extrajudicial de los derechos de la Hacienda pública estatal a través de Real Decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del Estado en pleno.

En Brasil, leyes de los distintos entes federados tratan de esta autorización conferida a la Abogacía Pública. En el ámbito federal, la Ley Federal n. 9.469, de 10 de julio de 1997, establece, entre otros temas, las hipótesis en que el Abogado General de la Unión podrá autorizar la realización de acuerdos y transacciones para prevenir o terminar litigios⁶⁴⁷. Además, la Ley n. 13.988, de 14 de abril de 2020, establece en el art. 8º que en la hipótesis de transacción con valores superiores al fijado por acto del Ministro de la Economía o del Abogado General de la Unión, la transacción dependerá de previa y expresa autorización ministerial, admitida la delegación, bajo pena de nulidad.

Por lo tanto, los acuerdos firmados por la AP exigen autorizaciones específicas, que son necesarias, pero el rito adoptado puede generar una excesiva burocratización del procedimiento de mediación. Por ello, AVILÉS NAVARRO, al comentar el sistema español de mediación intrajudicial, afirma que *“lo que es cierto es que el régimen jurídico de aprobación nos resulta desproporcionado y supone, en la práctica, la causa de*

⁶⁴⁶ Sobre el tema véase: TORNOS MAS, J. (2011). Op. cit. p.1099.

⁶⁴⁷ BRASIL. Ley Federal n. 9.469, de 10 de julio de 1997: “Art. 1º O Advogado-Geral da União, diretamente ou mediante delegação, e os dirigentes máximos das empresas públicas federais, em conjunto com o dirigente estatutário da área afeta ao assunto, poderão autorizar a realização de acordos ou transações para prevenir ou terminar litígios, inclusive os judiciais. [...] § 4º Quando o litígio envolver valores superiores aos fixados em regulamento, o acordo ou a transação, sob pena de nulidade, dependerá de prévia e expressa autorização do Advogado-Geral da União e do Ministro de Estado a cuja área de competência estiver afeto o assunto, ou ainda do Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, de Tribunal ou Conselho, ou do Procurador-Geral da República, no caso de interesse dos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário ou do Ministério Público da União, excluídas as empresas públicas federais não dependentes, que necessitarão apenas de prévia e expressa autorização dos dirigentes de que trata o caput. [...] Art. 2º O Procurador-Geral da União, o Procurador-Geral Federal, o Procurador-Geral do Banco Central do Brasil e os dirigentes das empresas públicas federais mencionadas no caput do art. 1º poderão autorizar, diretamente ou mediante delegação, a realização de acordos para prevenir ou terminar, judicial ou extrajudicialmente, litígio que envolver valores inferiores aos fixados em regulamento”.

*imposibilidad material de alcanzar un acuerdo. Un régimen tan estricto carece de operatividad y razón de ser, ya que olvida que el acuerdo debe ser objeto de auto de homologación judicial que debe analizar que lo acordado no sea manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico ni lesivo del interés público o de terceros*⁶⁴⁸.

El procedimiento de autorización debe ser lo más sencillo posible, para que no se impida el acuerdo, pero sin descuidar de los principios aplicables a la AP, como legalidad, publicidad, interés general. Por eso entendemos que la fórmula ideal es una autorización legal general para determinadas materias o circunstancias susceptibles de acuerdo, con un límite de valor para la transacción, concentrada en un único texto normativo. En estos casos previamente autorizados, el abogado público, no necesitaría de una autorización específica, interna o externa, pero tendría que motivar su actuación. Sin embargo, en las hipótesis de valor superior al límite previamente autorizado por ley sería necesaria la autorización previa de la autoridad máxima de la Abogacía Pública para pactar el acuerdo. Solamente en hipótesis excepcionales, especificadas en la ley, que sería necesaria la autorización de órganos externos a la Abogacía Pública.

Entonces, para que el desarrollo de la mediación administrativa es fundamental reducir la burocracia para la obtención de la autorización para firmar el acuerdo. Como hemos visto, la tendencia de la AP contemporánea es la simplificación normativa y administrativa, que debe ser llevada a las actividades consensuales del Estado.

3.4.2. *Administrado*

Las personas jurídicas y físicas pueden participar del procedimiento de mediación administrativa en la condición de administrado. En el caso de las personas físicas, es necesario que la parte tenga capacidad jurídica para firmar el acuerdo. Ya las personas jurídicas, como hemos comentado, hace falta la debida representación de acuerdo con sus estatutos y la ley.

En este punto es necesario tratar de la tendencia del Derecho Público contemporáneo de relacionamiento electrónico entre AP y administrado.

⁶⁴⁸ Cfr. AVILES NAVARRO, M. (2015). Op. cit. p. 247.

En España, por ejemplo, la LPACAP reconoció el derecho y deber del administrado de relacionarse electrónicamente con la AP. En Brasil, la Ley Federal n. 14.129, de 29 de marzo de 2021, aborda el relacionamiento electrónico entre AP y administrado, disponiendo sobre el acceso del administrado (personas físicas y jurídicas) a los servicios públicos digitales.

Este tema importa al procedimiento de mediación administrativa, aunque no se adopte la mediación totalmente en línea, pues es posible que etapas del procedimiento sean realizadas por medio de la tecnología. No nos olvidamos de que el derecho de comunicarse comprende el recibimiento de notificaciones, realización de solicitudes y otras interacciones con la AP, que pueden ocurrir en el procedimiento de mediación.

Por lo tanto, hay que considerar la utilización de los mecanismos digitales para la comunicación del administrado en el procedimiento de mediación administrativa, una vez que la utilización de dichos recursos genera más efectividad al procedimiento y se basa en este derecho/deber de relacionamiento electrónico con la Administración.

3.4.3. *Mediador administrativo*

Como hemos visto, en la mediación administrativa también son aplicables los principios de imparcialidad e independencia del mediador, de manera que él no puede ser dependiente de la AP, en las hipótesis en que la AP funciona como parte en la mediación⁶⁴⁹. Por ello, SÁNCHEZ GARCÍA sostiene que *“la mediación administrativa compartirá en su totalidad los principios esenciales de la mediación administración civil-mercantil de imparcialidad e independencia del mediador, lo que excluye la posibilidad de que se trate de un organismo dependiente de la Administración competente”*⁶⁵⁰.

Fijada esta premisa, tenemos que analizar que perfiles de mediador pueden ser adoptados en el ámbito administrativo.

⁶⁴⁹ No podemos olvidar que existen situaciones en que la Administración pública actúa como mediadora y no vamos a tener vulneración a la imparcialidad. Son los casos de mediación administrativa en que los implicados son los administrados, es decir, la Administración pública no figura en el procedimiento como parte. Es el caso de la mediación administrativa en ámbito escolar, penitenciario y disciplinar. Aquí no hay comprometimiento de la imparcialidad en la adopción de órganos de la propia administración para la realización de la mediación, pues la Administración no tiene interés directo en el conflicto.

⁶⁵⁰ Cfr. SÁNCHEZ GARCÍA, A. (2017). Op. cit., p.378.

La primera opción es la adopción de mediadores privados. SÁNCHEZ GARCÍA contesta la utilización de mediadores privados y apunta que *“el establecimiento de mediadores privados debe ser igualmente excluido por cuanto estos, ya sean personas físicas o jurídicas, son en última instancia administrados que ante a la presencia y poder de las diversas Administraciones Públicas de nuestro país tendrían un fuerte incentivo de tratar de complacerlas, al menos en los asuntos de mayor transcendencia económica para aquellas”*⁶⁵¹. ROJAS POZO también rechaza la adopción de mediadores privados para la solución de conflictos administrativos y afirma que esta práctica llevará la mediación administrativa al más absoluto fracaso⁶⁵². Para dicho autor, la solución sería la creación de entes administrativos de mediación⁶⁵³.

Creemos que, en el ámbito de la mediación administrativa, la adopción de mediadores privados solamente se muestra adecuada para los conflictos repetitivos y de baja complejidad, porque en estos casos el riesgo de captura de los mediadores por el poder económico puede ser excluido con un fuerte control externo de sus actividades. Entendemos que el modelo ideal es la institución de organismos administrativos independientes que se encargarían de realizar los procedimientos de mediación, como también de otros procedimientos de ADR. No obstante, tratarse de órgano integrante de la AP, estos entes administrativos serían dotados de independencia para el ejercicio de sus actividades libre de cualquier interferencia estatal. Esta estructura también podría ser utilizada para la solución de los conflictos interadministrativos.

Cuanto a los jueces ejercieren la función de mediadores, creemos que esta no es la solución más adecuada. No nos parece pertinente que el mismo magistrado cargado de decidir la demanda actué como mediador, pues esto vulnera su imparcialidad. Esta también es la advertencia de AVILÉS NAVARRO que pondera que *“no parece razonable que el Juez, responsable de conducir un proceso judicial, sea la persona adecuada para llevar a cabo una mediación entre las partes, ante el riesgo de que las mismas perciban que prejuzga las cuestiones jurídicas debatidas y por tanto duden de su imparcialidad”*⁶⁵⁴. En este mismo sentido, abogan BUJOSA VADELL y PALOMO

⁶⁵¹ SÁNCHEZ GARCÍA, A. Loc. cit.

⁶⁵² Cfr. ROJAS POZO, C. Mediación Administrativa. [en línea]. *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n. 98, mayo-agosto/2016, p. 199. [consulta: 05 mayo 2019]. DOI: <https://doi.org/10.14422/icade.i98.y2016.007>. Disponible en: <https://revistas.upcomillas.es/index.php/revistaicade/article/view/7142/6982>.

⁶⁵³ ROJAS POZO, C. Loc. cit.

⁶⁵⁴ Cfr. AVILES NAVARRO, M. (2015). Op. cit. p.250.

VÉLEZ que destacan que la existencia, en esta situación, de un riesgo de contaminación del juez que intenta el acuerdo, cuando esto no es alcanzado y posteriormente, el juez tiene que decidir sobre la demanda en la sentencia definitiva⁶⁵⁵.

Además, la propia actuación de jueces que no tengan vinculación a cualquier procedimiento judicial conectado al litigio trae preocupaciones. Primero porque la actuación pretérita de este magistrado sería considerada por las partes y esto vulnera la confianza en el procedimiento. Debemos, aún, considerar que la utilización de jueces en esta actividad se muestra poco eficaz y económica, sea por la necesidad de inversión en la formación de los magistrados en mediadores, sea por el costo de estos profesionales en el procedimiento. Creemos que el rol del juez, en este contexto, es de fiscal de la legalidad del acuerdo.

Frente las legislaciones de Brasil y España hace falta analizar la situación de otros agentes como mediadores administrativos.

En España, es necesario evaluar si el Defensor del Pueblo podría ejercer la función de mediador. La Constitución Española establece en el artículo 54 que el Defensor del Pueblo actúa en la defensa de los derechos y libertades del ciudadano, sino también fiscaliza la actividad administrativa. Es importante aclarar que el Defensor del Pueblo actúa como un “*Ombudsman*”⁶⁵⁶ cuya tarea es garantizar el respeto del derecho de los ciudadanos ante a los poderes públicos.

Algunos autores, a ejemplo de AVILÉS NAVARRO⁶⁵⁷, entienden que la competencia atribuida por el artículo 54 de la CE no alcanza el ejercicio de la función mediadora de auxilio a las partes en la resolución del conflicto. Sin embargo, CARBALLO MARTÍNEZ entiende que “*ningún obstáculo debe impedir que el Defensor del Pueblo realice una mediación tanto intrajudicial como extraprocesal*”⁶⁵⁸. Según dicho autor, no se puede limitar la actuación del Defensor del Pueblo, pues el ordenamiento prevé la posibilidad de terminación del proceso por medio de conciliación,

⁶⁵⁵ Cfr. BUJOSA VADELL, L.; PALOMO VÉLEZ, D. (2017). Op. cit., pp. 54-55.

⁶⁵⁶ El “*Ombudsman*” tiene su origen en Suecia, en 1703, con la Cancillería de Justicia –“*Konungens Hogsta Ombudsmannen*”. La palabra deriva de los vocablos “*ombud*” – el que actúa como vocero o representante del otro- y “*man*– hombre. La finalidad del “*Ombudsman*” sueco era velar y supervisar la responsabilidad, la actividad y la eficacia del gobierno. Este modelo se expandió para distintos países, cada uno con sus especificidades, y en España y en la mayor parte de los países de América del Sur se adopta la expresión Defensor del Pueblo.

⁶⁵⁷ Cfr. AVILÉS NAVARRO, M. (2015). Op. cit. pp. 258-259.

⁶⁵⁸ Cfr. CARBALLO MARTÍNEZ, G. (2008). Op. cit.p.292.

transacción y mediación, lo que permitiría reconocer su función mediadora. La publicación “Conclusiones: Servicio de Mediación del Defensor del Pueblo Andaluz”⁶⁵⁹ también hace la defensa de la función mediadora del Defensor del Pueblo con fundamento en el artículo 54 de la CE. Esta competencia estaría integrada a la función de supervisión de la actividad administrativa, como también en la de defensa de los derechos y libertades del ciudadano en un sentido más amplio.

En España, existe un Defensor del Pueblo designado por las Cortes Generales con actuación en todo el territorio nacional y nueve defensorías del pueblo de carácter autonómico con actuación restringida al territorio de la respectiva CA. En el ámbito autonómico, las leyes que constituyen las defensorías no tratan de esta función mediadora, a excepción de la Ley del Síndic de Greuges de Cataluña (Ley 02/2021, de 24 de marzo) que establece como competencia de dicha defensoría el ejercicio de actividad mediadora dentro de su ámbito de actuación⁶⁶⁰.

En el ámbito autonómico, observamos la creación de oficinas de mediación en el ámbito de las defensorías para garantizar los derechos y libertades de las personas. En la Comunidad Autónoma de Andalucía, el Defensor del Pueblo Andaluz ha creado un servicio de mediación que posee un triple propósito: ayudar a las partes a encontrar una posible solución al conflicto; buscar mejorar el diálogo y el entendimiento de las partes; y trasladar la cultura mediadora a la ciudadanía, contribuyendo para la prevención del conflicto. En la Comunidad Foral de Navarra, la respectiva defensoría también desarrolla funciones de mediación, facilitando el acceso y administración del procedimiento, incluida la designación de mediadores. En la Comunidad Autónoma de Cataluña, como hemos indicado, Ley 02/2021, de 24 de marzo, del Síndic de Greuges, reconoce expresamente la función mediadora de la defensoría.

Es cierto que las Defensorías del Pueblo tienen el menester de defensa de los derechos y libertades del ciudadano y para esto debe utilizarse de todos los recursos idóneos para el alcance de este propósito. Además, compete a las defensorías fomentar la

⁶⁵⁹ Texto completo disponible en: <https://www.defensordelpuebloandaluz.es/sites/default/files/mediacion/mediacion-final-interactivo.pdf>. [en línea] [consulta: 10 junio 2021].

⁶⁶⁰ COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CATALUÑA. Ley 02/2021, de 24 de marzo, del Síndic de Greuges: “Artículo 49 - En el marco de lo establecido por la normativa vigente que resulte de aplicación, desde el Síndic de Greuges podrán proponerse a los sujetos investigados y a las personas afectadas por la actividad o inactividad que se investiga fórmulas de conciliación, mediación o composición de controversias que faciliten la resolución del procedimiento.”.

cultura de paz y adoptar prácticas que conduzcan al alcance de este objetivo. Bajo esta perspectiva, los medios adecuados de resolución de conflictos se presentan como herramientas idóneas a realización de este propósito. Sin embargo, hay que reflexionar sobre la mejor manera de utilización de dichos recursos por las defensorías para el alcance de los objetivos fijados en el artículo 54 de la CE/1978.

Entendemos que la institución de oficinas de mediación en el ámbito de las defensorías es la manera más adecuada de alcance de los objetivos definidos en el artículo 54 de la CE. A través de la mediación, el Defensor del Pueblo puede llevar a cabo la tarea de intermediar las quejas del ciudadano ante la AP, ampliando el abanico de herramientas para el alcance de este menester. En este contexto, el Defensor del Pueblo estaría encargado de coordinar los trabajos de la oficina con el auxilio de asociaciones de mediación y mediadores externos para el desarrollo del procedimiento.

En Brasil, hay que averiguar si los representantes de la Abogacía Pública (Abogados de la Unión, Procuradores Federales, Abogados de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios) podrían actuar como mediadores. Más una vez, es necesario verificar las competencias atribuidas por la Constitución a estos agentes.

La CFB/1988 establece en el artículo 132 que los Abogados de los Estados y del Distrito Federal ejercerán la representación judicial y la consultoría jurídica de las respectivas unidades federadas. Si los Abogados de los Estados y del Distrito Federal ejercen la representación judicial de la respectiva unidad federativa, es evidente que dichos abogados no pueden actuar como mediadores por la rotura de la igualdad y por el conflicto de interés. Incluso, hemos examinado esta cuestión cuando tratamos del principio de imparcialidad en la mediación administrativa en la sección 2.3.3. La misma conclusión se aplica a los Procuradores de los Municipios y a la Abogacía General de la Unión, que representan judicialmente los Municipios y la Unión Federal y sus entidades de la Administración Indirecta, respectivamente, en el ámbito del Estado Brasileño.

Tampoco se puede decir que la Ley Federal n. 13.140, de 26 junio de 2015, atribuyó a los abogados públicos el rol de actuar como mediadores en las mediaciones administrativas. Dicha ley franqueó a la Abogacía Pública la posibilidad de crear en sus estructuras Cámaras de Prevención y Solución de Conflictos Administrativos sin atribuir la actividad mediadora a los Abogados públicos. Es decir que esta estructura sirve para facilitar la consensualidad en la AP y será gestionada por la Abogacía pública. En lo que

toca a la negociación, en este caso cabe a la Abogacía pública un rol más activo, una vez que este órgano hace la representación judicial y extrajudicial del Estado. Incluso, podemos afirmar que los acuerdos firmados como se fuera una mediación, en realidad son acuerdos generados por procedimientos de negociación. Además, la Ley Federal n. 13.140, de 26 de junio de 2015, estableció que la mediación en el proceso judicial (intrajudicial) será ejecutada por centros judiciarios de solución de conflictos vinculados a los Tribunales, cuyos mediadores son terceros habilitados para el ejercicio de la función. Con la Resolución CNJ n. 358, de 02 de diciembre de 2020, la actividad de estos centros de solución de conflictos será impulsada con la utilización de la tecnología. Esta normativa, en realidad, crea para la Abogacía pública la oportunidad para el establecimiento de parcerías con otros órganos y poderes estatales, permitiendo la actuación como protagonista del proceso de cambio de estrategia para la solución de los conflictos administrativos.

Estos planteamientos no reducen la importancia de los Magistrados o de la Abogacía pública en los procedimientos de mediación administrativa. En realidad, dichos órganos ejercen la importante tarea de control de legalidad, velando por el acuerdo firmado entre Administración y administrado de manera que no vulnere el ordenamiento jurídico. De esta manera, entendemos que el trabajo conjunto de dichos órganos contribuirá para la reducción de la litigiosidad administrativa y para la instauración de una cultura de paz y consensualidad en la AP.

Otro punto que merece destaque es la formación del mediador administrativo, que es elemento fundamental para el adecuado desarrollo del procedimiento de mediación.

En el ámbito de la UE, no hay ninguna normativa que disponga específicamente sobre la formación del mediador administrativo. Sobre el tema formativo, solamente la Directiva 2008/52/CE, 21 de mayo, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, dispone que el mediador debe tener una formación de calidad, de manera que cada Estado miembro tiene la responsabilidad de desarrollar los requisitos de formación y el contenido de la preparación. Sin embargo, como hemos visto, dicha directiva, no es aplicable al ámbito administrativo.

En España, tampoco existe un abordaje específico cuanto al mediador administrativo. En el ámbito civil y mercantil, la Ley 5/2012, de 6 de julio, exige que el

mediador: a) esté en pleno ejercicio de sus derechos civiles, como también no exista impedimento oriundo del ejercicio de su profesión; b) esté en posesión de título universitario o de formación profesional superior y conté con formación específica para ejercer la mediación; c) tenga suscrito un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente.

En Brasil, la Ley n. 13.140, de 26 de junio de 2015, solamente dispone sobre mediadores judiciales y extrajudiciales, no se refiere al mediador administrativo. Por dicha ley, los mediadores extrajudiciales deben ser personas capaces, capacitadas para la mediación y tener la confianza de las partes. Para los mediadores judiciales, la ley exige capacidad civil, por lo menos dos años en curso universitario en institución reconocida por el Ministerio de la Educación y formación en escuela o institución específica, reconocida por los Tribunales o por la Escuela Nacional de Formación de los Magistrados. Esta formación específica, según el Código Procesal brasileño, debe seguir las reglas establecidas por el Consejo Nacional de Justicia y Ministerio de la Justicia. Además, los mediadores judiciales deben integrar un registro nacional de mediadores, como también un registro en los Tribunales de Justicia y Federales. La ley procesal también permite la realización de oposiciones para la función de mediador judicial. Entendemos que esta distinción de requisitos y formación hecha por el legislador no es razonable, pues el nivel de exigencia para la formación del mediador, judicial o extrajudicial, debería ser lo mismo.

Sobre la formación del mediador administrativo, entendemos que no debe existir distinciones relevantes en el itinerario formativo de los mediadores judiciales y extrajudiciales. Además, creemos que es imprescindible estudios específicos en Derecho Público para un mejor entendimiento sobre las peculiaridades del conflicto administrativo. La formación híbrida, de carácter teórico y práctico, con carga horaria definida en ley, debería ser una exigencia para la acreditación de los mediadores administrativos.

3.4.4. Otros intervinientes

En la mediación administrativa es posible la intervención de otros sujetos, cuya participación no es fundamental al desarrollo del procedimiento. En esta categoría de

intervinientes eventuales o facultativos, destacamos los peritos, testigos, abogados y terceros afectados.

Cómo bien explica MARQUES CEBOLA, los peritos serán llamados al procedimiento por las partes o por propuesta del mediador para aportar sus conocimientos técnico-científicos, lo que puede contribuir para la construcción de propuesta creativas para la solución de la disputa⁶⁶¹.

Cuanto, a los testigos, estos pueden participar del procedimiento por solicitud de las partes o sugerencia del mediador. MARQUES CEBOLA, una vez más, llama la atención para la necesidad de valoración de la participación de testigos por el mediador para evitar el aumento del *“espíritu de batalla inherente al conflicto, en que cada parte se protege con las armas de que dispone y desde el anhelo de vencer al adversario”*⁶⁶².

Los abogados también pueden participar del procedimiento asistiendo a los mediados, velando por la viabilidad legal del acuerdo. BELANDO GARÍN señala que el letrado desarrolla un labor muy importante en la preparación previa al procedimiento de mediación como también en su desarrollo, contribuyendo para el equilibrio de las partes⁶⁶³. La AP estará asistida por su cuerpo de abogados públicos, al paso que el administrado estará asistido por un abogado de su confianza. Creemos que en la mediación administrativa los administrados deberán estar asistidos por un abogado para que sea posible garantizar el respeto al principio de igualdad. Por ello, es necesario que el Estado garantice al ciudadano la asistencia letrada para que tengamos un efectivo equilibrio de fuerzas en el procedimiento.

En lo que respecta a los terceros afectados, es importante garantizar la notificación a cuantos aparezcan como interesados en la mediación, fijando plazo para su adhesión al procedimiento. Esta sería una forma de garantizar el interés de terceros interesados, evitando futuros cuestionamientos relacionados al acuerdo concertado. Sobre el tema, el Auto TSJ Galicia de 8 de febrero de 2019 (Caso antiguo Edificio Fenosa)⁶⁶⁴ destaca que

⁶⁶¹ Cfr. MARQUES CEBOLA, C. (2011). Op. cit. p. 155.

⁶⁶² MARQUES CEBOLA, C. Loc. cit.

⁶⁶³ BELANDO GARÍN, B. La mediación administrativa desde la perspectiva de los letrados. *Anuario de justicia alternativa*, n. 13, 2015, p. 189.

⁶⁶⁴ Según explica SÁNCHEZ SALA, *“el Auto de referencia pone fin a un litigio iniciado en 1997 relativo a la sentencia de la referenciada Sala de 20 de diciembre de 2001, que anuló un acuerdo de 10 de noviembre de 1997, del Ayuntamiento de A Coruña, por el que se otorgó licencia para la rehabilitación del antiguo edificio Fenosa de la misma capital a fin de ser destinado a viviendas y locales comerciales*

una de las funciones del tribunal, en el ámbito de la potestad jurisdiccional, es hacer el control y examen de los acuerdos alcanzados, debiendo declarar que *“lo acordado no sea manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico ni lesivo del interés público ni de terceros”*⁶⁶⁵. Por tanto, los terceros afectados no pueden ser olvidados en procedimiento, bajo pena de cuestionamientos sobre la validez del acuerdo.

3.5. Mediabilidad administrativa

La mediabilidad administrativa se refiere a la posibilidad de sometimiento de un conflicto a la resolución por medio de la mediación. Podemos examinar la mediabilidad bajo dos perspectivas, subjetiva y objetiva.

Desde el punto de vista subjetivo, consideramos las partes, si las mismas pueden participar de una mediación. En las secciones precedentes, hemos examinado la posibilidad de utilización de la mediación por las AAPP, desde un punto de vista constitucional como también infra constitucional. Hemos concluido por la posibilidad de adopción de este mecanismo de resolución de conflictos por las AAPP, no obstante, nos parezca necesario un mayor desarrollo legislativo, sea en Brasil o en España, para aclarar lagunas y perfeccionar el procedimiento en el ámbito extrajudicial e intrajudicial. Por tanto, en la perspectiva de la mediabilidad subjetiva, aclaramos que la Administración pública puede participar de mediaciones, aunque con algunas peculiaridades.

En lo que toca la perspectiva objetiva, nos incumbe analizar los litigios administrativos que pueden ser objeto de mediación. La primera reflexión que debe ser

cuando su destino originario era de oficinas. La Sentencia mencionada, que fue confirmada en casación por la de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2006, obligaba a la reposición del edificio en cuestión al estado que tenía en el momento anterior al otorgamiento de la licencia anulada, recuperando por tanto el destino a oficinas que le atribuían las licencias iniciales de 1962 y 1964; obligaba también a la demolición de las obras de rehabilitación ejecutadas y a la necesaria reconstrucción del edificio”. Vid. SÁNCHEZ SALA, P. La mediación y su integración en el ámbito contencioso-administrativo. [en línea]. *Diario la Ley*, del 06.05.2020. [consulta: 01 julio 2020]. Disponible en: <https://diariolaley.laleynext.es/dli/2020/05/14/la-mediacion-y-su-integracion-en-el-ambito-contencioso-administrativo>.

⁶⁶⁵ La Sala del Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia reconoció en el Auto de 08 de febrero de 2019 que en caso examinado, el acuerdo no vulneraba interés de terceros, de manera que transcribimos el siguiente fragmento de la parte dispositiva del Auto: *“ACORDAMOS la homologación judicial de los Acuerdos de Mediación adoptados por las partes en el presente incidente en virtud de mediación intrajudicial, en los términos expuestos en el antecedente de hecho tercero de la presente resolución, al no ser los mismos manifiestamente contrarios al ordenamiento jurídico, ni lesivos del interés público o de terceros, por lo que no existiendo motivos que justifiquen la continuación del proceso, se declara finalizado, acordándose su archivo, por haberse alcanzado un acuerdo que le pone fin”*.

hecha, se relaciona a la utilización de los criterios de derecho privado para la definición de la mediabilidad administrativa objetiva. En Derecho Privado no son todas las materias que están sujetas a la mediación, cuestiones de orden público y sujetas a leyes imperativas no son susceptibles de acuerdo⁶⁶⁶. Aplicando esta orientación al Derecho Público, la mediación administrativa restaría inviabilizada por el propio contenido de las normas de Derecho Administrativo. Por ello, LÓPEZ MENUDO, al comentar el arbitraje administrativo, advierte que no se puede adoptar los mismos criterios del derecho privado para definir las materias de libre disposición en el derecho público, esto porque *“desde esa concepción del orden público quedarían vaciadas todas las posibilidades del Arbitraje para el Derecho Administrativo, caracterizado precisamente por su riqueza en normas de derecho necesario. Es preciso, pues, desechar esos criterios ofrecidos por la doctrina iusprivatista para el ámbito del Derecho Público y construir una interpretación propia, que está por hacer, con arreglo a los principios del Derecho Administrativo”*⁶⁶⁷.

Siguiendo esta línea, podemos decir que la simple adopción de la perspectiva de Derecho Privado tampoco se muestra adecuada para la definición de la mediabilidad administrativa. Es necesario construir una delimitación basada en los principios y fundamentos de Derecho Público, como sugiere LÓPEZ MENUDO para el arbitraje administrativo.

Sin embargo, no podemos concluir que la definición de mediabilidad administrativa guarda identificación directa con la arbitrabilidad administrativa. Tenemos que considerar que existe una diferencia de naturaleza jurídica entre estos mecanismos de resolución de conflictos. El arbitraje constituye un método heterocompositivo de solución de conflictos, en que un tercero va a poner fin a la controversia; en la medida que la mediación es un método autocompositivo en que las partes van a construir la solución para la disputa. Por

⁶⁶⁶ De acuerdo con el art. 2º de la Ley 5/2012, de 6 de junio, que trata de la mediación para conflictos civiles, mercantiles y transfronterizos, la mediación tiene como ámbito de aplicación los conflictos que no afecten a los derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la normativa aplicable. La Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC) también trata sobre el tema y establece en el artículo 19.1. que: *“los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a mediación o a arbitraje, y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero”*. En complemento, el Código Civil español, en el artículo 1.814, dispone que las materias que sean contrarias al interés o el orden público o perjudiquen a terceros, no son posibles de transacción, y por lo tanto no disponibles. No obstante, entendemos que la transaccionalidad no es sinónimo de disponibilidad, incluso en el Derecho privado. Determinadas materias en derecho de familia son indisponibles, pero susceptibles de transacción, a ejemplo de los alimentos, la guarda de menores, etc.

⁶⁶⁷ Cfr. LOPEZ MENUDO, F. Arbitraje y Derecho Público. *Revista Justicia Administrativa*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 1999, pp. 19-20.

ello, LOPES y PATRÃO acertadamente apuntan que la mediación tiene la especificidad de las partes crearen el acuerdo, aunque con la asistencia de un tercero neutral, por medio de concesiones mutuas⁶⁶⁸. De estas consideraciones, podemos extraer que el elemento delimitador de la mediabilidad administrativa es la transacción.

La transacción puede ser definida como un negocio a través del cual las partes evitan o finalizan un litigio por concesiones mutuas. Así, el procedimiento de mediación puede tener como producto final una transacción. El legislador español, en el artículo 77 de la LRJCA, por ejemplo, ha utilizado la transacción como elemento delimitador de la celebración de acuerdo en los procedimientos en primera o única instancia en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa⁶⁶⁹. Ocurre que este dispositivo es utilizado no solamente para los métodos autocompositivos, como la mediación; sino también para el arbitraje que constituye un método heterocompositivo. Por ello, PÉREZ MORENO, al comentar el artículo 77 de la LRJCA, señala que “*la conciliación intraprocesal del art. 77 en estudio como la heterocomposición arbitral –en los supuestos en que se admite– encuentran sus límites en la posibilidad de transacción*”⁶⁷⁰. Nos parece que aquí existe un equívoco del legislador, en la medida que también utiliza la transacción como elemento de delimitación de la zona de aplicación del arbitraje⁶⁷¹. Como dicho, la transacción supone concesiones recíprocas, lo que puede no ocurrir en un procedimiento arbitral, una vez que el tercero puede decidir favorablemente a una de las partes, hipótesis que no habrá concesiones recíprocas y por lo tanto transacción.

En Brasil, el legislador siguió la línea de la transacción para delimitar los conflictos que pueden ser objeto de mediación. La Ley Federal n. 13.140, de 26 de junio de 2015, establece en el artículo 3º que puede ser objeto de mediación el conflicto que verse sobre derechos disponibles o derechos indisponibles que admitan transacción. Sin embargo,

⁶⁶⁸ Cfr. LOPES, D.; PATRÃO, A. “A mediação em litígios jurídico-administrativo: contributo para a delimitação do seu âmbito”, en FONSECA, I. C. M. (Coord.). *A Mediação Administrativa: contributos sobre as (im)possibilidades*. Lisboa: Almedina, 2019, pp.18-19.

⁶⁶⁹ESPAÑA. Ley 29/1998, de 13 de julio: “Artículo 77. 1. En los procedimientos en primera o única instancia, el Juez o Tribunal, de oficio o a solicitud de parte, una vez formuladas la demanda y la contestación, podrá someter a la consideración de las partes el reconocimiento de hechos o documentos, así como la posibilidad de alcanzar un acuerdo que ponga fin a la controversia, cuando el juicio se promueva sobre materias susceptibles de transacción y, en particular, cuando verse sobre estimación de cantidad”.

⁶⁷⁰ Cfr. PÉREZ MORENO, A. Procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje como alternativa a la vía administrativa de recurso. *Revista Andaluza de Administración Pública*, ° 37, enero-febrero-marzo/2000. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública – IAAP, p.30.

⁶⁷¹ Es importante aclarar que hay situaciones en que el arbitraje administrativo no puede ser aplicada, pero es posible la aplicación de la mediación administrativa, como en cuestiones vinculadas a intereses meta-individuales y disposiciones reglamentarias y de planificación. Sobre el tema véase: MOESSA DE SOUZA, L. (2016). Op. cit.

diferentemente del legislador español que consideró la transacción como elemento autorizador de la mediación y del arbitraje, lo brasileño al cuidar del arbitraje en la Ley Federal n. 9.307, de 23 de septiembre de 1996, solamente ha hecho referencia a los derechos disponibles, incluso en los arbitrajes realizadas por la AP⁶⁷². La mención a la transacción es utilizada sólo para la identificación de la autoridad legitimada para la celebración del convenio arbitral.

Por tanto, para la delimitación de los asuntos susceptibles de mediación, hay que utilizar el criterio de la transaccionalidad. Bajo esta perspectiva es necesario examinar las potestades estatales para que podamos indicar los conflictos que poder ser sometidos a la mediación administrativa.

Primeramente, iremos examinar las potestades regladas. En ellas, los juicios subjetivos son reducidos, de manera que el ámbito de aplicación de la mediación no es impedido, solamente reducido. Esto porque en la actividad de subsunción del hecho al tipo legal, es posible un crear un margen de subjetividad para el aplicador. CARBALLO MARTÍNEZ, examinando la materia, apunta que el ejercicio de las potestades regladas no puede convertirse en una actividad estrictamente automática⁶⁷³. Por tanto, en la tarea de interpretación de las normas jurídicas el intérprete puede llegar a más de una solución legalmente posible, lo que permite la aplicación de la mediación en situaciones sujetas a la potestad reglada. Así, en las hipótesis de duda razonable de la AP para la aplicación de preceptos legales, la mediación funcionaría como un instrumento garantizador del interés general y de la participación ciudadana en los asuntos públicos. CARBALLO MARTÍNEZ complementa su planteamiento señalando que *“la técnica de subsunción del supuesto de hecho en la norma aplicable, parece que denota el ejercicio de una actividad reglada, pero es claro que resulta difícil decidir con seguridad en cada caso, la única solución posible prevista por ley”*⁶⁷⁴.

⁶⁷² BRASIL. Ley Federal n. 9.307, de 23 de setembro de 1996: “Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. § 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. § 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações”.

⁶⁷³ Cfr. CARBALLO MARTÍNEZ, G. (2008). Op. cit., p.168. En este mismo sentido, véase también: PORTOCARRERO, M. *Contratos sobre o Exercício de Poderes Públicos, Transacção e Arbitragem – Ensaio sobre a disponibilidade do Poder Administrativo*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 2015, pp. 219-254.

⁶⁷⁴ Ibid., p.168.

Cuanto, a las potestades discrecionales, ellas posibilitan una mayor margen de aplicación de la mediación, ya que la ley faculta a la autoridad administrativa un mayor grado de libertad para su intervención. En esta zona que la AP utiliza un juicio de oportunidad o conveniencia, es posible elegir una entre varias alternativas jurídicamente posibles. Por ello, BACELAR FILHO señala que la transacción presupone un espacio de conformación que la ley otorga al administrador, o sea discrecionalidad, para valorar, en el caso concreto, las medidas necesarias a la protección del interés general⁶⁷⁵. De esta manera, la potestad discrecional es un campo fértil para la utilización de la mediación administrativa y posibilita el reparto de responsabilidades con la ciudadanía, como también permite cumplir de mejor manera la obligación estatal del servicio público.

Para la definición de la mediabilidad, es necesario tener claro que la mediación es un método utilizado no solo para la resolución de conflictos, sino también para su prevención. Por tanto, su ámbito de aplicación se muestra más amplio que lo del arbitraje, incluyendo, por ejemplo, el ejercicio de potestades discrecionales. Esto es el sentido adoptado por el Protocolo de Mediación Administrativa del Consejo General del Poder Judicial, aprobado en 26 de junio de 20011, que apunta como ámbito de aplicación formal de la mediación administrativa: a) en los supuestos en que el ordenamiento jurídico permite la transacción; b) en los supuestos en que el ordenamiento jurídico admita la terminación convencional del procedimiento administrativo; c) en los supuestos para los cuales el ordenamiento jurídico prevea procedimientos compositivos impugnatorios y sustitutivos de la vía del recurso administrativo; d) respecto al ejercicio de potestades discrecionales de la Administración; e) en la fijación de hechos controvertidos en las potestades regladas o que son presupuesto de aplicación de normas jurídicas.

Con base en estas premisas, podemos indicar algunos asuntos que pueden ser objeto de mediación administrativa⁶⁷⁶: a) fijación de la cuantía de indemnizaciones por responsabilidad de la Administración, justiprecios, compensaciones o rescates; b)

⁶⁷⁵ Cfr. BACELAR FILHO, R.F. A Administração Pública entre o direito público e o direito privado. [en línea]. *Revista da Procuradoria Geral do Município de Belo Horizonte – RPGMBH*, Belo Horizonte, año 4, n. 8, p. 203-226, jul/dic.2011, p.216. [consulta: 22 junio 2020]. Disponible en: <http://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2017/05/administracao-publica-direito-publico-privado.pdf>.

⁶⁷⁶ El CGPJ indica en el Protocolo de Mediación Administrativa, aprobado en 26 de junio de 2011, el ámbito material de la mediación, proponiendo los asuntos que serían mediables. Este listado ha sido adoptado por protocolos de mediación administrativa del Poder Judicial de distintas Comunidades Autónomas, a ejemplo de Madrid y Valencia. Texto completo del Protocolo de Mediación Administrativa del CGPJ está disponible en: <http://www.adrmaremma.it/espanol/normas04.pdf>. [en línea] [consulta: 24 junio 2021].

concreción y aplicación de obligaciones bilaterales en contratos de derecho público y privado, convenios y reintegro de subvenciones; c) utilización de bienes públicos (licencias, aprovechamiento); d) actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas (otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones); e) la inactividad de la administración, la vía de hecho y el silencio administrativo⁶⁷⁷; f) las ejecuciones de medidas en la potestad disciplinaria y sancionadora de la Administración⁶⁷⁸; g) ejecución de sentencias y decisiones administrativas⁶⁷⁹; h) fijación del justiprecio en las expropiaciones forzosas⁶⁸⁰; i) Función Pública: potestad disciplinaria o sancionadora, mobbing o acoso laboral, valoración y baremación de méritos en concursos públicos, concursos de destinos, traslados; j) materia urbanística, medio ambiental y de ordenación del territorio: fijación de parámetros y estándares en la aplicación de dicha legislación, en la planificación y cuestiones vinculadas a intereses meta-individuales; k) determinadas

⁶⁷⁷ En el Derecho español, la inactividad material de la Administración tiene su remedio previsto en el art. 29.1 y 29.2 de la LRJCA, para los hechos allí descritos. Una vez transcurrido el plazo de 3 meses o 1 mes sin ninguna respuesta de la Administración, el interesado podrá ingresar con recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la administración. En estas circunstancias, la mediación puede ser un camino alternativo a interposición de recurso contencioso-administrativo, sin que haya un procedimiento administrativo o judicial instalado, ya que dicha disposición legal apunta para la posibilidad de acuerdo entre administración e interesados. En el Derecho Brasileño, la inactividad de la Administración en situaciones como las descritas en el art. 29 de la LRJCA, puede ser combatida con el “*Mandado de Segurança*” (vid. CFB/88, art. 5º, inciso LXIX; Ley Federal n. 12.016, de 07 de agosto de 2009, art. 23). En este caso, la utilización de la mediación también tendría el fin de evitar demanda judicial por dicha vía, como medida preparatoria de un acto administrativo. Sin embargo, sería necesaria la previsión expresa de suspensión del plazo de caducidad para la interposición de “*Mandado de Segurança*”, para que el interesado no tenga cerrada esta vía de protección. Sobre la vía de hecho, esta constituye una actuación material de la Administración que no cuenta con la debida cobertura de un acto administrativo que la legitime, o aun existiendo dicho acto, cuando la actuación sobrepasa lo estipulado en éste. Cfr. NETTEL BARRERA, A. D. C. “El objeto del recurso contencioso-administrativo”, en EZQUERRA HUERVA, A.; OLIVÁN DEL CACHO, J. (Dir.). *Estudio de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, p. 381. De acuerdo con el artículo 30 de la LRJCA, es posible la interposición de recurso contencioso-administrativo en la hipótesis de vía de hecho, en la hipótesis que el interesado haya formulado una reclamación previa en sede administrativa y la Administración intimada no atiende el requerimiento en el plazo de 10 días⁶⁷⁷. En este caso también sería posible facilitar la mediación para evitar la instauración de demanda en el contencioso administrativo, y quizá, ofrecer al ciudadano una mejor respuesta al conflicto. En Brasil la vía de hecho puede ser combatida a través de “*Mandado de Segurança*”. En lo que toca al silencio administrativo, sea con efecto positivo o negativo, la mediación puede significar la apertura de la comunicación con la Administración para aclarar las consecuencias del silencio y ofrecer más transparencia en el ejercicio de la función administrativa.

⁶⁷⁸ Como hemos comentado en el capítulo sobre Administración relacional, se observan iniciativas de aplicación de la mediación en el ámbito del derecho sancionatorio con el objetivo de aplicar medidas alternativas a la sanción.

⁶⁷⁹ En lo que toca a la ejecución de sentencias y decisiones administrativas, la mediación administrativa permite la apertura de un espacio de transacción para una mejor aplicabilidad de lo que fuera decidido. En cuestiones de naturaleza urbanística o de medio ambiente, por ejemplo, suelen ocurrir diversas posibilidades de ejecución de una dicha decisión judicial o administrativa, de manera que lo más adecuado es elegir la que genere mayor satisfacción para las partes implicadas.

⁶⁸⁰ En Brasil, la Ley Federal n. 13.867, de 29 de agosto de 2019, que permite la utilización del de la mediación en los procesos de expropiación forzosa para la fijación del justiprecio. En España, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha admitido los acuerdos alcanzados en materia expropiatoria, como en el caso de la STS de 5 de abril de 2011 (rec.1721/2007).

cuestiones de Derecho tributario, como la comprobación de valores y cumplimiento de recaudación ejecutiva por vía de apremio⁶⁸¹; l) determinados aspectos de la reparación de daños al erario público⁶⁸².

No obstante, la indicación de un listado de asuntos facilite la utilización de la mediación administrativa y genere más seguridad jurídica, entendemos que esta no es una tarea para el legislador. A este compete traer los elementos necesarios a delimitación de la mediabilidad administrativa, permitiendo que los órganos implicados en el desarrollo de este mecanismo establezcan, por medio de protocolos o instrucciones normativas, un listado orientativo.

Dicha estrategia permitiría una pronta actualización de estos asuntos, lo que no es posible en la vía legislativa, considerando que los problemas de la sociedad contemporánea evolucionan más rápidamente que el proceso legislativo. Además, la construcción de estos protocolos o instrucciones normativas podría partir de experiencias colectivas, en la perspectiva de la Administración pública relacional, generando más efectividad en la aplicación de la mediación administrativa.

3.6. Clases de mediación administrativa

Para clasificar la mediación administrativa, iremos adoptar el criterio de ámbito de actuación en que desarrolla la mediación. De esta manera, podemos clasificar las mediaciones administrativas en dos categorías: las instauradas fuera del ámbito judicial y en el ámbito del procedimiento administrativo (extrajudicial); y, las instauradas en conexión con el proceso judicial (intrajudicial)⁶⁸³. A continuación, examinaremos cada una de estas modalidades de mediación administrativa.

3.6.1. *Intrajudicial*

⁶⁸¹ En España, el Tribunal Supremo ha admitido la mediación para cuestiones tributarias como en el de la STS de 23 de febrero de 2011 (rec. 4129/2006).

⁶⁸² La reparación de daños al erario también permite la utilización de la mediación para ajustes cuanto la forma de ejecución de la reparación, por ejemplo.

⁶⁸³ Esta clasificación también es adoptada por BELANDO GARÍN. Cfr. BELANDO GARÍN, Beatriz. (2016). Op. cit. pp. 208-209.

La mediación administrativa intrajudicial es desarrollada en el ámbito judicial. En España, la LRJCA contempla esta posibilidad de mediación, en el artículo 77.1, estableciendo que este método puede ser una forma de extinción de la demanda. En el ordenamiento jurídico brasileño, el acuerdo de mediación también genera la extinción de la demanda, con fundamento en el art. 487, III, b, del Código Procesal Civil.

En la hipótesis recorrida en el art. 77.1 de la LRJCA, para que se desarrolle el procedimiento de mediación es necesaria la existencia de recurso contencioso-administrativo y que la materia del recurso sea susceptible de transacción. Por ello, VIÑOLY PALOP *et all* destacan que esta modalidad de mediación tendría lugar cuando el objeto del recurso sea actos administrativos discrecionales que admitan más de una solución justa y siempre que no se vulnere el interés público⁶⁸⁴.

En Brasil, el Código Procesal Civil ha establecido, en el art. 334, la realización de audiencia de mediación después del recibimiento de la primera demanda. Dicha disposición legal tiene el objetivo de estimular la pronta resolución del conflicto por las partes y reducir el tiempo de tramitación de los procesos judiciales. Por ello, RIOS GONÇALVES sostiene que la audiencia de mediación concreta el principio de economía procesal, una vez que se evita avanzar a las fases más adelantadas del proceso judicial⁶⁸⁵. Sin embargo, según los párrafos del art. 334, la audiencia de mediación no será realizada en los casos que la autocomposición no es admitida o cuando las partes manifiestan expresamente la voluntad de no realizar la composición. En la doctrina, algunos autores sostienen que basta que una de las partes exprese el desinterés por la mediación para que no se realice dicha audiencia con fundamento en el principio de voluntariedad⁶⁸⁶. Otros entienden que la comparecencia a la audiencia de mediación es un deber procesal, de manera que la ausencia injustificada constituye un acto atentatorio

⁶⁸⁴ Cfr. VIÑOLY PALOP, M. et al. *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. QUINTANA CARRETERO, Juan Pedro (Dir.). 1ª Edición. Valladolid: Thomson Reuters, 2013, p.546.

⁶⁸⁵ Cfr. RIOS GONÇALVES, M. V. *Novo curso de direito processual civil: teoria geral e processo de conhecimento (1ª parte)*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 420.

⁶⁸⁶ En este sentido, FREITAS CÂMARA que plantea: “*Apesar do emprego, no texto legal, do vocábulo “ambas”, deve-se interpretar a lei no sentido de que a sessão de mediação ou conciliação não se realizará se qualquer das partes manifestar, expressamente, desinteresse na composição consensual. Basta que uma das partes manifeste sua intenção de não participar da audiência de conciliação ou de mediação para que esta não possa ser realizada. É que um dos princípios reitores da mediação (e da conciliação) é o da voluntariedade, razão pela qual não se pode obrigar qualquer das partes a participar, contra a sua vontade, do procedimento de mediação ou conciliação (art. 2º, §2º, da Lei n. 13.140/2015)*”. Vid. CÂMARA, A. F. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2017, p. 182. Véase también: MIRANDA NETO, F. G.; SOARES, I. C. D. O. “Princípios Procedimentais da Mediação no Novo Código de Processo Civil”, en ALMEIDA, D. A. R. D.; MEDINA PANTOJA, F.; PELAJO, S. (Org.). *A mediação no novo código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.117.

a la dignidad de la justicia⁶⁸⁷. Como ya expresado en la sección 2.3.1, entendemos que debido a la voluntariedad del procedimiento no es posible obligar la participación de las partes en la audiencia de mediación. Por lo tanto, acompañamos el planteamiento en el sentido de que la manifestación de desinterés por una de las partes es suficiente para la no realización de la audiencia.

La regla del artículo 334 también se aplica a los procesos que la AP es parte, por tanto, es necesario cuestionar si el poder público podrá recusar la participación en la audiencia de mediación. No hay dudas que en la hipótesis de recusa bilateral a la mediación no habrá audiencia. Tampoco habrá audiencia de mediación en la hipótesis de imposibilidad de adopción de la solución consensual. Para esto la AP tendrá que explicar porque no es posible transaccionar en caso específico, indicando el respectivo fundamento legal.

Como hemos dicho en la sección 2.3.1, la voluntad del Estado es expresa por la ley, de manera que, si existe prohibición legal para transaccionar, la Administración podrá recusar la participación en la audiencia de mediación. Lo mismo puede ser dicho, en la hipótesis de autorestricción de la voluntad de transaccionar por la vía reglamentaria. Por tanto, se hay autorización legal o reglamentaria para transaccionar, la AP no podrá recusar la audiencia de mediación.

Aún en el ámbito del proceso judicial, hay que comentar el uso de la mediación para la ejecución de sentencias. En esta circunstancia, los propios sujetos procesales van a construir conjuntamente una solución para lograr aplicar el contenido del fallo. Por ello, MARCELLO GONÇALVES señala la importancia de reconocer la utilización de la mediación para la ejecución de sentencias cuando afirma que *“la jurisdicción típica no es capaz de atender todas las complejidades que impone la realidad social y, en ocasiones, esta insuficiencia del proceso judicial solo se manifiesta después de la sentencia. Esta vez, permitir el uso de la mediación después del proceso judicial, incluso si se imponen algunas limitaciones, podría traer grandes ventajas no solo para las partes involucradas (insatisfechas con el resultado de un proceso judicial), sino también para*

⁶⁸⁷ En este sentido, véase: DIDIER JR., F. *Curso de direito processual civil. Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 625; y también, MEDINA, J. M. G. *Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015, p. 561.

la sociedad, que gradualmente, ya no vería la vía judicial como la solución a todos los problemas”⁶⁸⁸.

En el ordenamiento jurídico español, es importante destacar el contenido del art. 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Ley Orgánica 6/1985, de 01 de julio) que dispone que *“si la ejecución resultare imposible, el Juez o Tribunal adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, y fijará en todo caso la indemnización que sea procedente en la parte en que aquélla no pueda ser objeto de cumplimiento pleno”*. El art. 109 de la LRJCA también abre camino para la mediación, puesto que establece que *“la Administración pública, las demás partes procesales y las personas afectadas por el fallo, mientras no conste en autos la total ejecución de la sentencia, podrán promover incidente para decidir, sin contrariar el contenido del fallo, cuantas cuestiones se planteen en la ejecución y especialmente las siguientes: a) Órgano administrativo que ha de responsabilizarse de realizar las actuaciones; b) Plazo máximo para su cumplimiento, en atención a las circunstancias que concurran; c) Medios con que ha de llevarse a efecto y procedimiento a seguir”*. Por tanto, en las circunstancias indicadas, la mediación puede ser una herramienta idónea a la efectividad de la ejecutoria.

Aún en España, la utilización de la mediación para la ejecución de sentencias recibió un importante reconocimiento en el Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 8 de febrero de 2019 (Caso del antiguo Edificio de Fenosa)⁶⁸⁹. La homologación del acuerdo obtenida en dicho auto busca la ejecución del fallo con atención al interés público prevalente en la actual circunstancia fáctica, de modo a no contrariar los intereses de terceros o la ley.

No obstante, algunos votos particulares sostuvieron la imposibilidad de mediación intrajudicial en el proceso contencioso-administrativo para ejecución de sentencias, con fundamento en la impropiedad de la utilización del art. 77 de la LRJCA para este propósito y en la inexistencia de una ley específica de cobertura. Según dichos votos, el

⁶⁸⁸ Cfr. MARCELLO GONÇALVES, F. *Mediação Pós-Judicial: um caminho alternativo rumo à pacificação social*. [en línea]. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Vol. IX, 2012, p. 157 (traducción propia). [consulta: 03 julio 2021]. Disponible en: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/20373>.

⁶⁸⁹ Vid. SÁNCHEZ SALA, P. (2020). Op. cit. Véase también: GARCÍA PÉREZ, M. “La mediación intrajudicial en ejecución de sentencia. El caso del antiguo edificio de Fenosa (A Coruña, España)”, en FONSECA, I. C. M. (Coord.). *Estudos de Conciliação, Mediação e Arbitragem: o estado da arte. Coleção Estudos Jurídicos – Mestrado em Direito Administrativo*. Braga: Núcleo de Estudos de Direito Ius Publicum, 2019, pp.85-122.

art. 77 de la LRJCA se aplicaría solamente para los procedimientos de primera o única instancia, como también la transacción no perseguiría la finalidad de evitar la provocación del pleito o poner fin a la controversia, a la vez que existiría una sentencia firme que decidía el pleito. De hecho, este planteamiento no debe prosperar, la mediación sirve a una mejor ejecución de la sentencia y no a su cambio, además, el Tribunal Constitucional en Autos de 24 de febrero de 2014, recurso de amparo electoral 877 y 888 de 2014, ya ha declarado que *“el proceso de ejecución [se entiende de las sentencias]... no es un procedimiento de aplicación mecánica del fallo; es un proceso en sentido estricto que sirve para adaptar ese fallo a las circunstancias que la sentencia no pudo tomar en consideración (por acaecer después de que se dictase el acto administrativo enjuiciado de su propia sentencia)”*. La mediación ingresa en este procedimiento como más un mecanismo idóneo a la adaptación del fallo a las circunstancias fácticas de la ejecución.

Según CARBALLO MARTÍNEZ, la mediación intrajudicial *introduce “un elemento de dinamización de la actividad de los Tribunales Contencioso-Administrativos, al facilitar su labor de resolver satisfactoriamente los litigios entre los ciudadanos y las Administraciones Públicas, mediante la interposición de fórmulas procedimentales de composición basadas en la autonomía de las partes y fundadas en la armonía social”*⁶⁹⁰. Por tanto, la mediación intrajudicial podrá generar una reducción de los costos del proceso judicial, realizando los supuestos de eficiencia y eficacia de la Administración de la Justicia.

Además, como ya hemos planteado en secciones anteriores, la mediación es un mecanismo idóneo para el alcance de la tutela judicial efectiva, ya que posibilita la gestión, prevención y finalización del conflicto. Como la solución para la controversia es perfeccionada por las partes, el grado de satisfacción de ambas es mucho mayor, circunstancia que difícilmente se alcanza con el proceso judicial.

La mediación intrajudicial también surge como una respuesta a la crisis enfrentada por la jurisdicción contenciosa administrativa, enmarcada por la alta tasa de congestión de sus órganos y consecuente lentitud de la respuesta jurisdiccional. En Brasil, los Informes del CNJ apuntan para la congestión de procesos en materia administrativa. En el Panel *“Justiça em números”* es posible comparar los datos de los años de 2020 y 2021 y por ello verificamos un aumento de casos nuevo en materia administrativa (de 3.132.186

⁶⁹⁰ Cfr. CARBALLO MARTÍNEZ, G. (2013), Op. cit., p. 18.

para 3.798.738)⁶⁹¹. En materia medioambiental, salimos de un total de 52.280 casos nuevos en 2020 para 53.496 casos nuevos en 2021. Además, el Informe “*Justiça em números - 2021*”, relativo al año de 2020, registra que las ejecuciones fiscales son las responsables por la alta tasa de congestión del Poder Judicial en aquel año⁶⁹². Estos procesos representan 36% (treinta y seis por ciento) del total de casos pendientes y 68% (sesenta y ocho por ciento) de las ejecuciones pendientes en el Poder Judiciario Brasileño, con una tasa de congestión de 87% (ochenta y siete por ciento). En España, el informe “Justicia dato a dato – 2020”, registra una reducción de la tasa de litigiosidad de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en el año de 2020 cuando comparado al año de 2019 (de 5,3% –cinco coma tres por ciento– para 4,1% –cuatro coma uno por ciento), pero hay un aumento de la tasa de congestión ya que se sale de 1.93 (uno coma noventa y tres) para 2.11 (dos coma once). O sea, la congestión de procesos en materia administrativa en Brasil y España es un problema que exige pronta solución.

En este escenario, tanto el Poder Judicial de Brasil cuanto lo de España han hecho una apuesta en la mediación intrajudicial. En Brasil, el Poder Judicial Estadual ha creado la estrategia de ampliación de los “*Centros Judiciários de Resolução de Conflitos e Cidadania*” (en adelante, CEJUSC) para facilitar la derivación a los procedimientos de mediación y conciliación. Además, como hemos comentado, en diciembre de 2020, el CNJ publicó la Resolución n. 358 para regular la creación de soluciones tecnológicas para la resolución de conflictos por el Poder Judicial a través de la conciliación y mediación, alcanzando también los conflictos administrativos. En España, las medidas son semejantes, ya que el CGPJ ha invertido en proyectos piloto de implementación de mediación en el ámbito de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, a ejemplo de los proyectos en la Canarias (2013), Murcia (2014), Barcelona (2017), Madrid (2018) y Valencia (2019)⁶⁹³.

La derivación de un proceso judicial a la mediación es un paso importante en este movimiento de modernización y aproximación de la Administración pública al ciudadano. Sin embargo, hay que buscar no solo un mecanismo para la solución del

⁶⁹¹ Datos disponibles en:

https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT. [en línea] [Consulta: 05 abril 2022].

⁶⁹² Resumen Ejecutivo del Informe “Justiça em Números – 2021” disponible en: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/relatorio-justica-em-numeros2021-221121.pdf>. [en línea][consulta: 05 abril 2022].

⁶⁹³ Vid. AVILÉS NAVARRO, M. (2020). Op. Cit., pp. 24-47.

problema de congestión de la jurisdicción contencioso-administrativa, es necesario desestimular la cultura adversarial e implementar mecanismos reales de diálogo y prevención de los conflictos.

3.6.2. *Extrajudicial*

La mediación administrativa extrajudicial constituye un procedimiento que ocurre fuera del contexto judicial y se desarrolla en el ámbito del procedimiento administrativo⁶⁹⁴.

En España, la mediación en el curso del procedimiento administrativo estaba recogida en la LRJPAC, que disponía sobre el Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. El art. 88 de dicha ley establecía la posibilidad de las AAPP celebraren acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de derecho público, como de derecho privado, siempre que no hubieran sido contrarios al Ordenamiento Jurídico, ni tratasen de materias que no fueran susceptibles de transacción. Es cierto que dicho artículo no hacía referencia expresa a la mediación, pero a través de una interpretación sistémica de la ley (véase los arts. 112.2 y 114.1) y del concepto y finalidad de la mediación, podemos concluir que su aplicación en el ámbito extrajudicial estaba allí fundamentada.

Según DELGADO PIQUERAS, el mérito del art. 88 de la LRJPAC, que establecía la terminación convencional del procedimiento, fue la institucionalización, en carácter general, de la actuación administrativa convencional, marcando de forma definitiva el uso del instrumento contractual como técnica expresión de la voluntad administrativa y cumplimiento de sus funciones y potestades⁶⁹⁵. Así también plantea HERNANDEZ GONZÁLES, indicando que la importancia de la terminación convencional fuera la idea de apertura de la AP para una nueva forma de administrar, en desarrollo a la previsión

⁶⁹⁴ Según BELANDO GARÍN la mediación también puede ser empleada como medida preparatoria de un acto o de la actuación material de la Administración pública sin que haya un procedimiento administrativo o proceso judicial en curso. Dicha autora explica que en estas situaciones la mediación no es terminativa del procedimiento administrativo, sino una etapa precedente a actuación de la Administración pública, como suele ocurrir en el ámbito del Derecho Tributario con las actas de conformidad del art. 165.a), b) y d) de la LGT y las actas con acuerdo del art. 155 de la LGT. Cfr. BELANDO GARÍN, B. (2016). Op. cit., pp. 208-209. En esta situación creemos que la mediación preparatoria constituye el procedimiento administrativo dependiente de un procedimiento administrativo principal que producirá el acto o actuación material de la administración.

⁶⁹⁵ Cfr. DELGADO PIQUERAS, F. (1995). Op. cit., p. 166.

constitucional del artículo 105.a de la CE⁶⁹⁶. No obstante, IGLESIAS SEVILLANO, reflexiona que durante la vigencia del artículo 88 de la LRJPAC, los resultados no fueron optimistas, debido a la resistencia de la Administración en renunciar el privilegio de decisión ejecutoria. Como la AP no necesita del auxilio de los Tribunales para la ejecución de sus decisiones, no tiene interés en concertar la mediación⁶⁹⁷.

Además de la terminación convencional del procedimiento administrativo, el art. 88 de la LRJPAC también contemplaba la mediación como procedimiento preparatorio, de carácter vinculante o no, a una resolución que le pondría fin. En este caso la mediación extrajudicial constituiría un procedimiento administrativo previo y accesorio a uno principal. Frente a la inexistencia de ley específica para disciplinar dicho procedimiento de mediación, esto debería someterse a las reglas generales de la LRJPAC. La posibilidad de mediación recogida en la parte final de art. 88 de la LRJPAC tendría lugar, fundamentalmente, en materia urbanística, medio ambiental y de ordenación del territorio para la fijación de parámetros y estándares en la aplicación de dicha legislación, en la planificación, como también en cuestiones vinculadas a intereses meta-individuales, en que es posible la transacción.

BUSTILLO BOLADO destaca que la doctrina se encontraba muy dividida en torno a si el contenido del artículo 88 era de directa aplicación o si son necesarias normas de desarrollo⁶⁹⁸. Los que entendían que dicho artículo tiene eficacia directa, sostenían que la inexistencia de un diseño genérico de un régimen jurídico no era un obstáculo a la aplicación, una vez que se podría aplicar el régimen de los contratos administrativo o asimismo el régimen de Derecho Privado⁶⁹⁹. Ya los partidarios de la tesis de la necesidad

⁶⁹⁶ Cfr. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L. (2017). Op. cit., p.1.740.

⁶⁹⁷ Vid. IGLESIAS SEVILLANO, H. “La mediación en los recursos administrativos”, en CABRERA MERCATO, R. (Dir.); QUESADA LÓPEZ, P. M. (Coord.). *La mediación como método para la resolución de conflictos*. Madrid: Editorial Dykinson, 2017, p.353.

⁶⁹⁸ BUSTILLO BOLADO, R. O. *Convenios y Contratos Administrativos: Transacción, Arbitraje y Terminación Convencional del Procedimiento*. 3ª edición. Navarra: Aranzadi, 2010, p. 412.

⁶⁹⁹ Podemos citar como partidarios de la eficacia directa los siguientes autores: PAREJO ALFONSO y DELGADO PIQUERAS. Véase: PAREJO ALFONSO, L. “El artículo 88 de la Ley 39/1992, de 26 de noviembre: el pacto, acuerdo, convenio o contrato en el procedimiento administrativo”, en ELORRIAGA PISARIK, Gabriel, et all. (Dir.). *Convención y arbitraje en el Derecho Tributario*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales/Marcial Pons, 1996. p. 21-76; y DELGADO PIQUERAS, F. (1995). Op. cit., pp. 186-189. Como defensores de la aplicabilidad mediata total o parcial de la terminación convencional podemos citar los siguientes autores: GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, PARADA VÁZQUEZ y HUERGO LORA. Véase: GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ, T. R. *Curso de Derecho Administrativo*. Vol. II, 13ª edición. Navarra: Editorial Aranzadi, 2013, p. 514 y ss; PARADA VÁZQUEZ, J. R. *Derecho Administrativo*, vol. I. 13ª edición. Madrid: 2002, p. 247; y HUERGO LORA, A. J. *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*. Madrid: Civitas/Universidad de Oviedo, 1998, pp. 390, 391 y 397 y ss.

de desarrollo normativo para la aplicabilidad total o parcial del artículo 88 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, fundamentaban en la interpretación del propio texto del artículo 88.1.

Sobre este tema, BUSTILLO BOLADO tiene una posición intermedia en el sentido que dicho artículo *“por sí solo resulta insuficiente para habilitar a celebrar cualquiera de los convenios (sustitutivos de resoluciones o vinculantes para as mismas o no vinculantes) que en él se prevén. Pero ello no quiere decir que en ausencia de normativa específica no se puedan celebrar algunos de esos convenios”*. Es decir, sería posible celebrar estos acuerdos con base en la norma legal que habilitaba las AAPP a celebrar la transacción.

Sin embargo, la LPACAP y la LRJSP derogaran la LRJPAC. La terminación convencional del procedimiento administrativo fue mantenida, pero está recorrida en el artículo 86 de la LPACAP. La redacción de dicha ley no diverge mucho de la revocada, de manera que la posibilidad de terminación de los procedimientos administrativos a través de acuerdos que no sean contrarios al ordenamiento jurídico, ni que traten de materias no susceptibles de transacción fuera mantenida. También se mantuvo la previsión de acuerdos y ajustes previos, vinculantes o no, a la resolución que ponga fin al procedimiento principal. La única distinción es que la LPACAP establece que el Consejo de Ministros u órgano equivalente de las Comunidades Autónomas aprobarán el acuerdo, sobre las materias de la competencia directa de dichos órganos. Disposiciones similares podemos encontrar en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (art.31)⁷⁰⁰ y en la Ley 47/2006, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (art. 7.3)⁷⁰¹.

⁷⁰⁰ ESPAÑA. Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas: “Artículo 31. Transacción y sometimiento a arbitraje. No se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los bienes y derechos del Patrimonio del Estado, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten sobre los mismos, sino mediante real decreto acordado en Consejo de Ministros, a propuesta del de Hacienda, previo dictamen del Consejo de Estado en pleno”.

⁷⁰¹ ESPAÑA. Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria: “Artículo 7. Límites a que están sujetos los derechos de la Hacienda Pública estatal. 1. No se podrán enajenar, gravar ni arrendar los derechos económicos de la Hacienda Pública estatal fuera de los casos regulados por las leyes. 2. Tampoco se concederán exenciones, condonaciones, rebajas ni moratorias en el pago de los derechos a la Hacienda Pública estatal, sino en los casos y formas que determinen las leyes, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 16 de esta ley. 3. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado 2 del artículo 10 de esta ley, no se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Hacienda Pública estatal, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos, sino mediante real decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del de Estado en pleno”.

La LRJPAC también incluía otra posibilidad de mediación en el curso del procedimiento administrativo, en el artículo 107.2. En esta hipótesis el uso de la mediación podría ocurrir en la fase final del procedimiento administrativo, como medida sustitutiva del recurso de alzada ⁷⁰². La redacción atribuida a dicho artículo por la reforma operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, añadió el recurso de reposición, permitiendo también su sustitución por los mismos procedimientos previstos para el recurso de alzada. Sobre la aplicabilidad de esta disposición, el texto legal dejaba clara la necesidad de desarrollo legislativo, de manera que no había dudas sobre su eficacia mediata.

Dicha disposición ahora está recogida en el artículo 112. 2 de la LPACAP, sin cambios significativos ⁷⁰³. No obstante, MONTOYA MARTÍN, al comentar dicho artículo, explica que el legislador ha considerado instrumentos autocompositivos (mediación y conciliación) como medidas sustitutivas de los recursos administrativos ⁷⁰⁴. Por tanto, estos instrumentos, por su naturaleza jurídica, estarían más acercados de la terminación convencional del procedimiento, demandando más desarrollo legislativo referente a los efectos y el alcance de dichos procedimientos.

⁷⁰² ESPAÑA. Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: “Art.107.2. Las Leyes podrán sustituir el recurso ordinario, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación o reclamación, incluidos los de conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, con respecto a los principios, garantías y plazos que la presente Ley reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo procedimiento administrativo. La aplicación de estos procedimientos en el ámbito de la Administración Local no podrá suponer el desconocimiento de las facultades resolutorias reconocidas a los órganos representativos electos establecidos por la Ley”. Ley 39/2015, de 01 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas: “Art.112.2. Las leyes podrán sustituir el recurso de alzada, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o Comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, con respecto a los principios, garantías y plazos que la presente Ley reconoce a las personas y a los interesados en todo procedimiento administrativo. En las mismas condiciones, el recurso de reposición podrá ser sustituido por los procedimientos a que se refiere el párrafo anterior, respetando su carácter potestativo para el interesado. La aplicación de estos procedimientos en el ámbito de la Administración Local no podrá suponer el desconocimiento de las facultades resolutorias reconocidas a los órganos representativos electos establecidos por la Ley”.

⁷⁰³ ESCUIN PALOP cuestiona la terminación convencional como modo de finalización de un recurso. Para dicho autor, el objeto del recurso es, exclusivamente, la validez (nulidad o anulabilidad) de un acto administrativo, de manera que no habría espacio para transacción de las partes debido al principio de legalidad. Cfr. ESCUIN PALOP, V. “Régimen General de los Recursos Administrativos”, en GAMERO CASADO, E. (Dir.). *Tratado de Procedimiento Administrativo Común Y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*. Tomo II. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 2.401.

⁷⁰⁴ Cfr. MONTOYA MARTÍN, E. Medios alternativos de resolución de conflictos en la Administración Local. *Justicia administrativa: Revista de derecho administrativo*, n. 1, 2000. p.138.

En Brasil, las leyes generales de procedimiento administrativo no poseen disposiciones equivalentes a las previstas en la legislación española⁷⁰⁵. Hasta la publicación de la Ley Federal n. 13.140, de 26 de junio de 2015, las leyes de procedimientos administrativos específicos solamente hacían referencia a la posibilidad utilización de medios privados de solución conflictos, sin referirse expresamente a la mediación⁷⁰⁶.

Con la publicación de la Ley Federal n. 13.140, de 26 de junio de 2015, permitió la instalación de cámaras de prevención y resolución administrativa de conflictos en el ámbito de la Abogacía pública de los entes federados, pasamos a tener un diploma tratando específicamente de la mediación administrativa extrajudicial. Dicha ley trae un permiso general para la aplicación de la mediación administrativa tanto en el ámbito intrajudicial como extrajudicial, a través del trabajo de las cámaras de prevención y resolución administrativa de conflictos.

Sobre la Ley Federal n. 13.140, de 26 de junio de 2015, es necesario comentar la hipótesis recogida en el artículo 42, que permite la institución de la mediación en los registros notariales y de registro. Según dicho dispositivo legal, las serventías extrajudiciales pueden desarrollar procedimientos de mediación, desde que en el ámbito de sus competencias. La posibilidad que figura en el artículo 42 de la Ley Federal n. 13.140, de 26 de junio de 2015, puede constituir una hipótesis de mediación extrajudicial, desde que realizada fuera del contexto judicial. Es importante destacar que la Recomendación n. 28/2018 del CNJ recomienda a los tribunales del país firmar acuerdos con notarios y registradores para acreditarlos como CEJUSC y llevar a cabo mediaciones intrajudiciales. Es decir, los notarios y registradores de Brasil podrán desarrollar procedimientos extrajudiciales e intrajudiciales de mediación. La posibilidad de mediación recogida en el artículo 42 de la Ley Federal n. 13.140, de 26 de junio de 2015, también podrá desarrollarse en el ámbito administrativo, como, por ejemplo, en los casos de expropiación forzosa y regularización fundiaria.

⁷⁰⁵ Es importante aclarar que, en Brasil, los entes federados (Unión, Estados, Municipios y Distrito Federal) tienen competencia para dictar reglas sobre procedimiento administrativo en el ámbito de la respectiva competencia legislativa.

⁷⁰⁶ Podemos ejemplificar con la Ley Federal n. 11.079, de 30 de diciembre de 2004 y la Ley Federal n. 8.987, de 13 de febrero de 1995 que tratan de materia contractual, parcerías público privadas y concesiones públicas respectivamente.

No obstante, entendemos que dicha ley demanda más desarrollo legislativo, sobre todo en el ámbito de cada ente federado, pues los mismos tienen competencia para legislar sobre sus respectivos procedimientos administrativos. Además, como bien destaca MOESSA DE SOUZA, en los comentarios al artículo 32 de la Ley Federal 13.140, de 26 de junio de 2015, dicho artículo y los siguientes no han previsto cualquier referencia a los parámetros de la transacción, sino también cuanto al contenido del acuerdo⁷⁰⁷. Por ello, algunos Estados han publicado normas disciplinando no solo el funcionamiento de dichas cámaras, sino también el procedimiento de mediación⁷⁰⁸.

Después de la publicación de la Ley Federal n. 13.140, de 26 de junio de 2015, otras normas fueron editadas disciplinando la posibilidad de mediación administrativa en el curso de procedimientos administrativos específicos, como Ley Federal n. 13.867, de 29 de agosto, que ha permitido la utilización de la mediación en los procedimientos de expropiación forzosa y la Ley n. 14.133, de 01 de abril de 2021, que permite, expresamente, en el artículo 151, la utilización de la mediación para la solución de las disputas relacionadas a las contrataciones públicas regidas por esta ley.

No obstante, las leyes que disciplinan el procedimiento administrativo en Brasil y en España no contemplan expresamente esta posibilidad de utilización de la mediación, no podemos dejar de referirnos al uso de la mediación para la ejecución de decisiones administrativas. Como hemos visto en las secciones anteriores, el procedimiento de mediación puede ser adoptado en el ejercicio de las potestades discrecionales, una vez que existe más de un camino jurídicamente posible para la Administración, como también en el ejercicio de potestades regladas cuando presente la duda razonable en la interpretación de preceptos legales. En este contexto, la mediación se presenta como un instrumento auxiliar en la ejecución de las decisiones administrativas. El CGPJ, incluso, ha reconocido en su protocolo de mediación administrativa su utilización para la ejecución de decisiones administrativas. Luego, a través de la mediación será posible

⁷⁰⁷ Cfr. MOESSA DE SOUZA. L. (2016). Op. cit, p. 221.

⁷⁰⁸ Vid. Ley Complementar n. 144, de 24 de julio de 2018, que instituye la Cámara de Conciliación, Mediación y Arbitraje de la Administración del Estado de Goiás; Ley Complementar n. 47, de 27 de abril de 2018, que crea en el Estado de Alagoas la Cámara de Prevención y Resolución de Conflictos Administrativos; Ley n. 23.172, de 20 de diciembre de 2018, que crea la Cámara de Prevención y Resolución de Conflictos Administrativos en el Estado de Minas Gerais; Decreto n. 46.522, de 10 de diciembre de 2018, que establece nueva disciplina de la Cámara Administrativa de Solución de Litigios del Estado de Rio de Janeiro; Ley complementaria n. 417, de 09 de diciembre de 2019, que crea la Cámara de Negociación, Conciliación y Mediación de la Administración pública del Estado de Pernambuco.

buscar la mejor forma de ejecución de una decisión administrativa, ya que la comunicación entre las partes será por ella activada.

De hecho, la mediación administrativa, en cualquier de sus modalidades, representa una transformación en la relación jurídica entre el ciudadano y la AP, pues permite crear lazos comunicativos que fomentan la participación ciudadana y permiten ofrecer soluciones más adaptables al interés general y privado. Como herramienta dotada de un carácter preventivo, su utilización debe ser estimulada en cualquier fase del procedimiento administrativo y del proceso judicial, generando respuestas más eficaces y eficientes para la Administración pública y los ciudadanos.

3.7. Resultado del procedimiento de mediación administrativa: el acuerdo

El procedimiento de mediación puede generar distintos resultados, como: la decisión de utilizar otro mecanismo de solución de disputas, la finalización del procedimiento sin cualquier acuerdo, la realización de un acuerdo que pone fin al conflicto o que genere un pacto parcial.

De hecho, el resultado más deseable es el acuerdo que pone fin a la controversia por completo. Como bien registra FREITAS, los principios constitucionales aplicables a la AP, en especial la impersonalidad, proporcionalidad y publicidad, deben conformar el acuerdo realizado⁷⁰⁹. Acuerdos celebrados fuera del paradigma de la juridicidad no cumplen su objetivo y estarán sometidos al control judicial.

Otros puntos de fundamental importancia son: la naturaleza jurídica de este ajuste, su ejecutividad y las consecuencias de su incumplimiento en el ámbito de las relaciones de derecho público.

Sobre a la naturaleza jurídica, el acuerdo libremente celebrado entre las partes tiene índole contractual, constituyendo como bien indica GARCÍA VILLALLUENGA un *“negocio jurídico lícito, nacido a consecuencia de la labor mediadora, constituido generalmente por varias declaraciones de voluntad, tutelado por el Derecho, que le atribuye determinados efectos jurídicos consecuencia de lo que se manifiesta como*

⁷⁰⁹ FREITAS, J. (2017). Op. cit., pp. 34-36.

*querido (ex voluntate)*⁷¹⁰. Esta naturaleza jurídica contractual va a determinar la ejecutividad de los acuerdos obtenidos por medio de la mediación.

No podemos olvidar que este negocio jurídico, concretizado por el acuerdo de mediación y dotado de naturaleza contractual, constituye una transacción que puede ser formalizada en el ámbito judicial o extrajudicial.

En el derecho español, la transacción está recogida en el art. 1809 del Código Civil que dispone: “*la transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado*”. La eficacia de los negocios jurídicos está definida en el art. 1091 del Código Civil que dispone que “*las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos*”. Por ello, la transacción generada por una mediación no posee, por sí misma, fuerza ejecutiva directa y automática, como ocurre, por ejemplo, con el laudo arbitral. Para que se le atribuya carácter de título ejecutivo es necesario que las partes lo eleven a escritura pública ante a un notario o lo homologue en la vía judicial (vid. Art. 517 de la LEC). Esta comprensión también se aplica a las transacciones concertados por la Administración pública, aplicándoseles los matices del régimen de derecho público.

En el derecho brasileño, la ejecutividad del acuerdo de mediación posee algunos matices. Por el Código Procesal Civil Brasileño, la transacción refrendada por la Fiscalía, Defensa Pública, Abogacía Pública, por los abogados de las partes o por el mediador acreditado por el Tribunal constituye título ejecutivo extrajudicial (vid. Art. 784, IV, del CPC). Hay que destacar que la Ley Federal n. 13.140, de 26 de junio de 2015, amplió para la mediación el contenido de lo establecido en el CPC, en la medida que establece, en el párrafo único del artículo 20, que el termo de acuerdo constituye título ejecutivo extrajudicial, sea refrendado por mediador acreditado por el Tribunal o no. En el caso brasileño, cumplido los requisitos legales, no hace falta que el acuerdo sea elevado a escritura pública ante un notario para que tenga fuerza ejecutiva. En la hipótesis de homologación judicial, el acuerdo constituirá título ejecutivo judicial.

En el derecho brasileño esta distinción entre título judicial y extrajudicial se justifica porque la homologación judicial proporciona más seguridad jurídica al negocio

⁷¹⁰ Cfr. GARCÍA VILLALUENGA, L. *Mediación en conflictos familiares: una construcción desde el derecho de familia*. Madrid: Editorial Reus, 2006, p. 494.

celebrado, una vez que el listado de materias susceptibles de impugnación en el proceso de ejecución es más reducido para los títulos ejecutivos judiciales. No obstante, entendemos que la homologación de los acuerdos extrajudiciales es una medida desnecesaria y que revela la falta de confianza de las partes en el procedimiento extrajudicial. Además, en el ámbito de los conflictos administrativos, dicha providencia vulnera el principio de eficiencia, como bien destacan BOCKMANN MOREIRA y CUÉLLAR⁷¹¹. Si la utilización de la mediación extrajudicial también tiene el objetivo de reducir la demanda del poder judicial, la providencia de homologación judicial solamente milita contra la eficiencia, desprestigiando las herramientas extrajudiciales y empeorando la congestión del Poder Judicial.

Otro punto importante es la necesidad de redactar el acuerdo por escrito, solemnizando el compromiso firmado por las partes. Hemos visto que la fuerza ejecutiva del acuerdo depende de la adopción de formalidades que exigen un instrumento por escrito, sea en Brasil o España. En el ámbito del derecho público, la formalización por escrito es de magna importancia, ya que posibilita el control de estos ajustes realizados por la AP. En la sección 2.3.4. de este capítulo, hemos comentado sobre la necesidad de compatibilizar la confidencialidad del procedimiento de mediación con los principios de publicidad y transparencia que rigen la actividad administrativa. En este contexto, la formalización por escrito del acuerdo contribuye para la observancia y respeto a estos principios vectores de la actuación pública, como también garantiza los términos de las convenciones acordadas.

Por fin, es necesario comentar las consecuencias del incumplimiento del acuerdo de mediación. Como ya destacado, el acuerdo de mediación tiene naturaleza jurídica contractual y una vez cumplido los requisitos formales constituirá un título ejecutivo. En la hipótesis de incumplimiento por alguna de las partes, la parte lesionada podrá ejecutar el acuerdo. En los conflictos administrativo, la consecuencia por el incumplimiento del acuerdo es la misma, la posibilidad de ejecución del título por la parte lesionada. Como bien señalan BOCKMAN MOREIRA y CUÉLLAR, los termos de acuerdo de mediación son irrevocables e irrevocables, ya que dicho negocio jurídico constituye un acto jurídico perfecto, valido y eficaz⁷¹². Es decir que en el momento que la AP adhiere a un negocio jurídico que expresamente consigna su irrevocabilidad e irrevocabilidad, ella se vincula

⁷¹¹ Cfr. BOCKMANN MOREIRA, E.; CUÉLLAR, L. (2020). Op. cit., p. 72.

⁷¹² Ibid., p.69.

definitivamente al acuerdo. Una vez celebrado el acuerdo la actuación de la AP no se basará en la discrecionalidad, sino en la legalidad y seguridad jurídica que garantizan la efectividad del acuerdo. Solamente en los casos de nulidad del acuerdo que se podrá deshacer el pacto.

En la hipótesis de mediación como procedimiento preparatorio para un acto administrativo o actuación material de la Administración, entendemos que se aplica la misma conclusión de posibilidad de ejecución del título. Con el acuerdo nace para las partes el derecho subjetivo de exigir el cumplimiento del pacto, incluso en la hipótesis de procedimiento preparatorio. Por tanto, la participación de la AP en los procedimientos de mediación no sustrae la ejecutividad del acuerdo.

Otro punto importante es la posibilidad de repactuar para obtención de la plena satisfacción de las partes, sobre todo en la hipótesis de nuevos hechos que dificultan el cumplimiento del acuerdo. Esta constituye una gran ventaja de la mediación, una vez que posibilita el cambio del acuerdo para ajustes oriundos de nuevos hechos que afectan el pacto.

3.8. Garantías de los administrados en el procedimiento de mediación

Hemos visto en la sección 1 de este capítulo que los ADR son herramientas que facilitan la tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia. En este contexto, para que la mediación administrativa sea una herramienta de realización de la justicia, es necesario que en el procedimiento se observe las siguientes garantías: protección de datos personales, asistencia letrada, derecho a la información de los términos del litigio y del procedimiento.

Sobre la protección de datos, es fundamental señalar su importancia en el contexto social y jurídico contemporáneo, enmarcado por las nuevas tecnologías y la globalización que exigen más protección a la intimidad y privacidad. En el ámbito de las AP, la implementación del gobierno electrónico enfatiza la preocupación con la protección de los datos personales.

En este contexto, distintos países pasaran a regular la protección de datos personales, muchos de ellos inspirados por el RGPD de la UE⁷¹³. En lo que toca las AP, es necesario equilibrar el deber de transparencia con el deber de protección de los datos personales. Por ello, la protección de los datos personales debe ser comprendida como uno de los límites a deber de transparencia, como bien plantea BLANES CLIMENT⁷¹⁴.

El creciente régimen de protección de datos impregna todos los ámbitos, de manera que también alcanza los procedimientos de mediación, ya que estos procedimientos implican en tratamiento de datos. En el ámbito de la mediación administrativa, el reto es más desafiador, una vez que es necesario compatibilizar la protección de los datos personales, la confidencialidad y la transparencia.

En un primero momento, la confidencialidad propia de la mediación suele confundirse con la protección de datos personales. Como bien explica COTINO HUESO existe un paralelismo y afinidad en la interactuación de la confidencialidad de la mediación con las exigencias de la protección de datos, pero en determinadas circunstancias la confidencialidad alcanza información que puede no estar protegida por el régimen de protección de datos, como suele ocurrir con los datos empresariales⁷¹⁵.

La transparencia que debe ser garantizada por la AP, también debe ser observada en los procedimientos de mediación. Sin embargo, será necesario ajustarla a la confidencialidad y protección de los datos personales. Por ello, la publicidad de datos de la mediación debe ocurrir de manera proporcional con atención a la finalidad de interés público. La anonimización o disociación de los datos sería una medida idónea al alcance del propósito de protección de datos personales y de confidencialidad. Este sería, por ejemplo, el mecanismo adecuado para la divulgación de los acuerdos mediación,

⁷¹³ Además de los países que integran la EU que adecuaran sus normativas internas al RGPD, Japón, China, Argentina, Australia, Canadá, Filipinas, Malasia, México y Brasil son ejemplos de países que poseen una normativa específica sobre protección de datos personales.

⁷¹⁴ Cfr. BLANES CLIMENT, M. A. *La transparencia informativa de las Administraciones públicas. El derecho de las personas a saber y la obligación de difundir información pública de forma activa* (Tesis doctoral). [en línea]. Alicante: Universidad de Alicante, 2013, p. 285. [consulta: 17 abril 2021]. Disponible en: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/35719/3/tesis_miguelangel_blanescliment.pdf.

⁷¹⁵ Cfr. COTINO HUESO, L. Confidencialidad y protección de datos en la mediación en la Unión Europea. [en línea]. *Rev. IUS, Puebla*, v. 12, n. 41, p. 311-341, jun. 2018. [consulta: 05 julio 2021]. Disponible en <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S187021472018000100311&lng=es&nrm=iso>.

atendiendo la exigencia de la transparencia e igualdad sin menoscabar la confidencialidad y la protección de datos personales.

No podemos olvidar que el procedimiento de mediación también puede desarrollarse por medios electrónicos, de manera que será necesario más cuidado con los sistemas de intercambio de datos y con las plataformas electrónicas de solución de conflictos. El acceso a dichos sistemas debe ser restringido, como también la actuación de cada sujeto que debe guardar correspondencia con su rol en el procedimiento. Según RAMÓN FERNÁNDEZ, en el caso de la mediación electrónica, para garantizar la protección de la información y de los datos recogidos en el proceso, es necesario garantizar la seguridad de los proveedores y los protocolos de https⁷¹⁶.

Otro punto importante es destacado por SÁEZ DE HEREDIA cuando afirma que *“mientras que la mediación tradicional no produce registros físicos, salvo el acuerdo, la RDL produce un registro electrónico”*⁷¹⁷. Por eso la posibilidad de la parte copiar dichos registros electrónicos, sin la aceptación de la otra, podría generar un problema, pues los intercambios transparentes y honestos podrían ser vulnerados. Por lo tanto, los procedimientos electrónicos exigen más garantías para la preservación de la confidencialidad y protección de los datos que los procedimientos presenciales.

Otra garantía del administrado es la asistencia letrada. En los procedimientos de mediación, la Administración pública necesariamente contará con la asistencia letrada, a través de sus órganos de consultoría y representación jurídica. Para que se garantice efectivamente la igualdad en la mediación, será necesario que el administrado esté asistido por un letrado.

En Brasil, la Ley Federal n. 13.140, de 26 de junio de 2015, por ejemplo, establece la obligatoriedad de asistencia letrada en la mediación intrajudicial, salvo los casos en que sea admitido el *“jus postulandi”* en el ámbito de los Juzgados Especiales (art. 26). Dicha ley también establece que, si una de las partes está asistida por letrado, el mediador extrajudicial suspenderá el procedimiento hasta el momento que todas las partes cuenten con dicha asistencia (art.10). Sin embargo, entendemos que en las mediaciones administrativas se debe siempre garantizar la asistencia letrada, aunque en las hipótesis

⁷¹⁶ Cfr. RAMÓN FERNÁNDEZ, F. La mediación electrónica, la confidencialidad y la protección de datos de carácter personal. *Revista InDret*, núm. 3, p.17.

⁷¹⁷ Cfr. SÁEZ DE HEREDIA, R. A. Mediación en línea. *Revista de Mediación*, año 1, n. 1, 2008, p.15.

que sea posible el “*jus postulandi*” para que se tenga el equilibrio entre las partes necesario a la mediación.

El derecho de información sobre el procedimiento también constituye una garantía del administrado. Es de la esencia del procedimiento de mediación que las partes sean informadas de las etapas de los procedimientos, del rol del mediador y de los demás intervinientes, como también de las consecuencias de la mediación. Por ello, MARQUES CEBOLA plantea que *“informar a las partes sobre el procedimiento de mediación, explicando en qué consiste, sus principios y objetivos, es esencial para cumplir el principio de igualdad de las partes, exigiéndose que los mediados posean el mismo nivel de información”*⁷¹⁸. En los procedimientos de mediación administrativa, dicha garantía facilita el equilibrio de poderes entre Administración pública y administrado y la apertura para una relación más horizontal y pacífica.

Por fin, es necesario garantizar la publicidad del procedimiento para que los terceros afectados puedan presentarse al procedimiento para defender sus derechos como interesado. Aunque el procedimiento de mediación sea caracterizado por la confidencialidad, en el ámbito del Derecho Público, dicha característica tiene de ser mitigada en prestigio al interés general. Por ello, hay que garantizar la publicidad del procedimiento en la medida necesaria a la protección de derechos de terceros afectados.

De hecho, las garantías de protección de datos personales, asistencia letrada y de derecho a la información sobre el procedimiento buscan concretar el principio de igualdad en la mediación. En el caso de la mediación administrativa, en que se busca cambiar la forma de relacionamiento entre Administración y administrado, asegurar dichas garantías es esencial al desarrollo y la efectividad del procedimiento.

3.9. Dificultades en la aplicación de la mediación en el ámbito administrativo

Como hemos visto en las secciones anteriores, la mediación es un procedimiento que tiene su origen en el derecho privado, en especial en las relaciones de derecho civil y mercantil. No obstante, la evolución de la sociedad y del derecho ha permitido la absorción de herramientas de consensualidad, propias del derecho privado, en la rama pública. Por ello, la aplicación de la mediación en el ámbito administrativo presenta

⁷¹⁸ Cfr. MARQUES CEBOLA, C. (2011). Op. cit. p. 271.

peculiares dificultades, como la autotutela administrativa, la burocracia excesiva en la actuación administrativa y la baja confianza del administrado en el Estado.

La autotutela administrativa representa uno de los mayores obstáculos a la mediación en el ámbito administrativo. En el capítulo primero, hemos visto que el privilegio de la ejecutividad de los actos administrativos, justificado por la aplicación pura de la teoría de la separación de poderes, se mantuvo en el Estado de Derecho. Bajo esta justificativa la AP siguió en el control de sus actos sin el auxilio del poder judicial.

No obstante, la autotutela sea una de las bases del derecho administrativo de los países de tradición continental, su aplicación y límites no son unísonos en los distintos sistemas. En España, por ejemplo, hemos visto que la autotutela administrativa tiene su fundamento en un conjunto de privilegios procesales atribuidos a la AP, entre los cuales se destaca la ejecutividad de los actos administrativos⁷¹⁹. Por ello, HUERGO LORA explica que *“la administración no necesita ir a los tribunales, puesto que puede ejecutar sus propias decisiones y producir efectos sobre la esfera jurídica de los ciudadanos, incluido el despojo de su posesión, utilizando el instrumento del acto administrativo”*⁷²⁰. En Brasil, la autotutela está basada en la perspectiva declarativa y constitutiva. Por ello, en la perspectiva ejecutiva, la autotutela se somete a límites más rigurosos, puesto que dicha potestad solamente existe si hay expresa autorización legal o si la ejecución forzosa es la medida necesaria a la preservación del orden jurídico o de los derechos fundamentales.

Las AAPP, en este escenario, presentan poco interés en participar de procedimientos consensuales. Como bien aclara SANTAMARÍA PASTOR, en el caso de España, las Administraciones *“no tienen entre sus pautas de conducta la transacción, ni parece que vayan a tenerla en mucho tiempo, puesto que el privilegio de decisión ejecutoria, unida a la estructura del proceso contencioso, a la concesión gota a gota de medidas cautelares y a la duración desorbitada de los procedimientos no son desde luego, circunstancias que propicien la inclinación a transigir”*⁷²¹.

El temor que la transacción sea interpretada como renuncia a las potestades administrativas también constituyó un factor de resistencia a la mediación, como bien

⁷¹⁹ Vid. MUÑOZ MACHADO, S. (2011). Op. cit. p. 625.

⁷²⁰ Cfr. HUERGO LORA, A. J. (2009). Op. cit., p.107.

⁷²¹ Cfr. SANTAMARÍA PASTOR, J. A. *La Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo. Comentario*. Madrid: Edit. Iustel, 2010, p.778.

señala HERNÁNDEZ GONZÁLEZ⁷²². Por ello, los órganos de representación jurídica del Estado resisten a la adopción de medios consensuales de resolución de conflictos y siguen aplicando mecanismos unilaterales e imperativos, bajo el fundamento de la imposibilidad de renuncia de potestades administrativas.

La burocracia excesiva añade más dificultad a la adopción de la mediación administrativa. Cuando se supera la barrera de la autotutela, el exceso de trámites burocráticos para la realización del acuerdo dificulta la realización de la mediación. En los procedimientos de mediación en que la AP es parte es necesario más que capacidad jurídica para firmar el acuerdo, es fundamental la autorización para hacerlo. Si el procedimiento de autorización es excesivamente burocrático, la mediación queda inviabilizada. Por ello, AVILÉS NAVARRO, al comentar el sistema español de mediación intrajudicial, afirma que *“lo que es cierto es que el régimen jurídico de aprobación nos resulta desproporcionado y supone, en la práctica, la causa de imposibilidad material de alcanzar un acuerdo”*⁷²³.

En Brasil, las leyes que reglan la mediación administrativa en ámbito de cada ente federado buscan desburocratizar el procedimiento de autorización, estableciendo en la propia ley situaciones en que la Abogacía de Estado ya estaría autorizada a adoptar prácticas consensuales. La Ley Federal n. 13.988, de 14 de abril de 2020, que regula la transacción realizada por la Administración pública federal, intenta desburocratizar los procedimientos de autorización para la que se haga más fácilmente las transacciones. Dicha ley permite, por ejemplo, que se haga transacciones por adhesión en la forma indicada en el acto del Procurador General de la Hacienda en las hipótesis previstas en la ley.

Por fin, la baja confianza de los ciudadanos en el Estado y sus instituciones también constituye un obstáculo a la mediación administrativa. Según GÜEMES no es posible pensar en colaboración y cooperación sin confianza⁷²⁴. En este contexto, los recursos consensuales no logran la efectividad esperada.

⁷²² Cfr. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L. (2017). Op. cit., p. 1.741.

⁷²³ Cfr. AVILÉS NAVARRO, M. (2015). Op. cit. p. 247.

⁷²⁴ Cfr. GÜEMES, C. “‘Wish you were here’ confianza en la administración pública en Latinoamérica”. [en línea]. Revista de Administração Pública, V. 53, n. 6, nov-dec 2019. DOI: <https://doi.org/10.1590/0034-761220180230>. [consulta: 15 abril 2022]. Disponible en: <https://www.scielo.br/j/rap/a/LDFZGMndL54m4QxkccjK4WN/>.

La confianza puede ser definida bajo distintas perspectivas, sin embargo, el énfasis en las expectativas positivas que tienen los sujetos sobre las intenciones y los comportamientos de otros sujetos u organizaciones es el elemento común en estas definiciones, como bien aclara GÜEMES⁷²⁵. Transponiendo esta idea para la solución de conflicto, podemos decir que las partes necesitan confiar en el otro, en el sentido de no sentir defraudado, engañado o perjudicado⁷²⁶. Por ello, la baja confianza del administrado en la AP induce la baja adhesión a la mediación o a cualquier otro medio consensual de solución de conflictos.

Los datos de la Encuesta Mundial de Valores (ola 2017-2020) registran en el caso de Brasil y España una baja media de confianza en el gobierno. En Brasil, solamente 3% (tres por ciento) de los encuestados dijeron que confían totalmente en el gobierno y 20% (veinte por ciento) dijeron que confían parcialmente. En España, los resultados no son muy distintos. Solamente 4% (cuatro por ciento) de los encuestados dijeron que confían totalmente en el gobierno y 18% (dieciocho por ciento) dijeron que confían parcialmente. Entre los que no confían en el gobierno, en Brasil el porcentual llega a 53% (cincuenta y tres por ciento) y en España tenemos un porcentual de 39% (treinta y nueve por ciento)⁷²⁷.

En un escenario como esto, es muy difícil desarrollar la mediación administrativa, en que la cultura de la hostilidad entre AP y administrados prevalece y se coloca en contra los principios de impersonalidad, moralidad, confianza recíproca, eficiencia y dignidad⁷²⁸. Primero porque la ciudadanía no tendría la confianza suficiente para participar del procedimiento. Segundo porque difícilmente se llegaría a un acuerdo, una vez que la desconfianza impide que las partes expongan sus posiciones e intereses.

En efecto, para que la mediación administrativa gane impulso es necesario un cambio en el comportamiento estatal, de manera a pautar su conducta en el atendimento del interés general, que puede demandar por un uso mayor de la consensualidad en detrimento de las potestades ejecutorias. Este cambio de comportamiento reverberará en el incremento de confianza del administrado en las organizaciones estatales. Por tanto, la

⁷²⁵ Cfr. GÜEMES, C. Confianza en la administración pública = Trust in the Public Administration. en *EUNOMÍA*. [en línea]. *Revista en Cultura de la Legalidad*, [S.l.], p. 235, oct. 2018. ISSN 2253-6655. [consulta: 10 julio 2021]. DOI: <http://dx.doi.org/10.20318/eunomia.2018.4353>. Disponible en: <<https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/4353/2897>>.

⁷²⁶ *Ibid.*, p. 231-238.

⁷²⁷ Datos disponibles en: <https://www.worldvaluessurvey.org/WVSONline.jsp>. [en línea] [consulta: 01 abril 2022].

⁷²⁸ Vid. FREITAS, J. (2017). Op. cit. p.27.

confianza es la clave para el desarrollo de cualquier mecanismo consensual de resolución de conflictos, sobre todo los de naturaleza autocompositiva. Además, los procedimientos de autorización para la transacción deben ser desburocratizados para que la mediación se haga materialmente posible. La superación de estos obstáculos facilitará el desarrollo de la administración administrativa, como también el alcance de resultados más efectivos.

3.10. Mediación administrativa: ¿realidad del presente o expectativa para el futuro?

Las nuevas prácticas de gobernanza y gestión administrativa, basadas en los fundamentos de gobierno abierto, estimulan la adopción de mecanismos de transparencia, rendición de cuentas y participación. Por ello, APOLINÁRIO DE ALENCAR plantea que *“el desarrollo de la eficiencia depende de nuevos mecanismos de gestión pública en la búsqueda de la satisfacción de los derechos fundamentales de los ciudadanos bajo un análisis multidisciplinario, que puede señalar los parámetros objetivos de comparación y establecer metas razonables”* (traducción propia)⁷²⁹.

Por lo tanto, la modernización de la AP, a través de mecanismos relacionales y del uso de las nuevas tecnologías no es una cuestión del futuro, sino de hoy. Y esta perspectiva reanudada de gestión administrativa llega a los conflictos administrativos, que pasan a exigir un tratamiento más colaborativo y participativo. No podemos olvidar que la litigiosidad administrativa representa un gran embarazo al desarrollo de las políticas públicas gubernamentales, pues impide su ejecución. Así, la idea de colaboración y participación representa un cambio estructural en la forma de gestionar y solucionar dichos conflictos. Por ello, FREITAS plantea que *“el sistema multipuertas juntamente con las nuevas tecnologías y la ciencia de la negociación, experimenta oportunidades inéditas de convertirse en un expediente eficaz de resolución proporcional de disputas”*⁷³⁰.

El mundo contemporáneo exige la adopción de otras formas de realización de justicia que no resulten en pérdida o ganancia absoluta, como suele ocurrir en la respuesta jurisdiccional. Hay que buscar dicha resolución en momento antecedente a judicialización del conflicto, propiciando una solución óptima para ambas las partes. En este contexto la mediación extrajudicial muestra su importancia como mecanismo no sólo de solución de

⁷²⁹ Cfr. APOLINÁRIO DE ALENCAR, L. Z. (2018). Op. cit., p.55.

⁷³⁰ FREITAS, J. (2017). Op. cit., p. 33.

conflictos, sino también de prevención de disputas. Por eso DALLA BERNARDINA DE PINHO destaca que los medios extrajudiciales deben ser la primera opción para la solución de las disputas, dejando la solución judicial como el último recurso en la escalada del conflicto⁷³¹.

En el ámbito administrativo la prevención de disputas es fundamental para el desarrollo de políticas públicas eficientes y económicas. Por ello, MARTÍN DIZ plantea que *“prevenir litigios o reducir su carga contenciosa, proporciona también una Administración más diligente en solucionar problemas al ciudadano, a través de mecanismos más accesibles, comprensibles, sencillos, e incluso participativos, como lo es la mediación, en relación con el volumen de casos y situaciones administradas, en menor plazo, disminuyendo igualmente el volumen de recursos materiales y personales en la Administración pública dedicados a atender su propia litigiosidad”*⁷³².

Tampoco podemos olvidar que los conflictos de la contemporaneidad son dotados de gran complejidad y urgencia, de manera que los mecanismos extrajudiciales de solución se muestran más adecuados y adaptados a dichas urgencias. Además, la masificación social, propia de la época que vivimos, genera conflictos de naturaleza transindividual que exigen un tratamiento más adecuado a este tipo de problemática. Por ello que la mediación colectiva puede ser una de estas herramientas pacificación social y prevención de litigios transindividuales.

Según MOESSA DE SOUZA, la mediación sería un instrumento idóneo para la solución de disputas colectivas debido a su potencial generador del dialogo que facilita aclarar intereses convergentes y divergentes, como también su capacidad de construcción de soluciones por todos los implicados, generando más comprometimiento con su implementación⁷³³.

⁷³¹Cfr. DALLA BERNARDINA DE PINHO, H. A Releitura do Princípio do Acesso à Justiça e o Necessário Redimensionamento da Intervenção Judicial na Resolução dos Conflitos na Contemporaneidade. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 1, set.-dez., 2019, p. 265.

⁷³² Cfr. MARTÍN DIZ, F. *Diez claves para la mediación en el proceso contencioso-administrativo*. Ponencia presentada en el IV Congreso Internacional para el Estudio de la Mediación y el Conflicto (Conferencia Universitaria para el Estudio de la Mediación y el Conflicto (CUEMYC), realizado en los días 03, 04 y 05 de octubre de 2019, en la Universidad de Murcia. [en línea]. [consulta: 14 julio 2021]. Disponible

en: https://eventos.um.es/files/event/28085/editorFiles/file/Documentaci%C3%B3n/Ambito/Comunicacion/Diez_claves_mediacion_c_a_FMD_Congreso_CUEMYC_Murcia_Octubre_2019.pdf.

⁷³³Cfr. MOESSA DE SOUZA, L. *Mediação de Conflitos Coletivos: Aplicação dos meios consensuais à solução de controvérsias que envolvem políticas públicas de concretização de Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012b, p. 99.

Es necesario buscar herramientas que generen la participación ciudadana en los procesos de planificación y toma de decisión. Como la mediación posibilita la apertura del diálogo entre las partes en conflicto, la participación efectiva de los implicados en los conflictos colectivos puede ser facilitada. Por ello, INNES Y BOOHER señalan que la participación para la solución de disputas colectivas tiene que ser colaborativa, con base en el dialogo e interacción para la anticipación y definición de acciones futuras⁷³⁴.

En Brasil, la Ley Federal n. 13.140, de 26 de junio de 2015, ha previsto, expresamente, la posibilidad de mediación colectiva para solución de conflictos relacionados a la prestación de servicios público. No obstante, el avance en la previsión de la mediación colectiva, el legislador brasileño solamente hace referencia a los conflictos relacionados a la prestación de servicio público sin desarrollar ningún aspecto relacionado al procedimiento u otros peculiares a un conflicto colectivo.

En una sociedad compleja y masificada, el Estado tiene que adoptar estrategias más colaborativas y plurales para obtener resultados más efectivos. Entonces, el desarrollo de la mediación colectiva es vital para este cambio de paradigma ya vivenciado por las estructuras gubernamentales.

Por otro lado, las TIC ya no son herramientas del futuro, están presentes en el día a día de la gente y por ello deben integrar la dinámica de la AP. En la sección 2 de este capítulo, hemos visto que la tendencia de las AAPP es la incorporación de las nuevas tecnologías para la transformación de su forma de relacionamiento con el ciudadano. Obviamente que estos cambios deben llegar a la solución de los conflictos administrativos.

En efecto, las TIC pueden ser utilizadas para la solución de determinados conflictos administrativos, proporcionando la creación de un espacio de comunicación activa entre AP y ciudadanía, generando, una actuación administrativa más ágil y eficiente. No podemos olvidar que la eficiencia constituye un elemento que integra la noción de buena administración, de manera que la AP debe utilizar todos los instrumentos disponibles para una prestación eficiente y eficaz, que puedan garantizar los derechos fundamentales. Así,

⁷³⁴ Cfr. INNES, J. E.; BOOHER, D. E. Reframing Public Participation: Strategies for the 21st Century. [en línea]. *UC Berkeley: Institute of Urban and Regional Development*, 2005, p.421. [consulta: 14.07.2021]. Disponible en: <https://escholarship.org/uc/item/4gr9b2v5>.

las herramientas de TIC abren puertas para la eficiencia administrativa y en consecuencia para la realización del derecho a la buena administración y de acceso a la justicia.

Además, como hemos visto en la sección I del presente capítulo, el Estado tiene que garantizar no solo el ejercicio del derecho de acción delante de los órganos jurisdiccionales, sino también garantizar la adecuada resolución del conflicto, que puede ser obtenida por medio de la mediación administrativa electrónica. Sin embargo, la mediación administrativa electrónica no es la solución para todos los problemas estatales, es más un mecanismo de soporte a la AP para cumplimiento de su deber de buena administración y de apertura del acceso a la justicia.

Por todo que hemos visto, podemos concluir que la mediación administrativa no es una expectativa para el futuro de las AAPP, es algo necesario para la solución de los conflictos del pasado, del presente y para la prevención de nuevas disputas en el futuro. Por ello, se debe buscar utilizarla no solo en el ámbito intrajudicial, sino extrajudicialmente como mecanismo de prevención a la litigiosidad administrativa. Además, también es una herramienta actual para la construcción de políticas públicas y adopción de decisiones más plurales y participativas, de manera que la dimensión meta individual debe ser explotada para el alcance efectivo del acceso a la justicia y de la tutela judicial efectiva.

SEGUNDA PARTE

JUSTICIA AMBIENTAL Y ACCESO A LA JUSTICIA

CAPÍTULO PRIMEIRO

LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN EL ESTADO DE DERECHO AMBIENTAL

1. INTRODUCCIÓN

Muchos son los desafíos impuestos a los Estados contemporáneos por la ‘sociedad de riesgo’ (*Risikogesellschaft*) diagnosticada por BECK⁷³⁵. La desigualdad social, los cambios climáticos, la disrupción tecnológica, las pandemias, el terrorismo son algunos ejemplos de hechos que los Estados nacionales, en los días de hoy, tienen que enfrentar para garantizar el bien estar de sus ciudadanos.

En la primera parte de esta investigación, hemos visto que el Estado social ha dejado de cumplir eficazmente su agenda de protección de la dignidad de la persona humana, de manera que se muestra imperativa una nueva reflexión sobre los roles del Estado y del ciudadano en este proceso. Además, la sociedad contemporánea es más exigente y reclama no sólo la expansión y resignificación de los derechos ya reconocidos, sino también la inclusión de un nuevo listado de derechos y valores que están más direccionados a una perspectiva transindividual y colectiva.

En este contexto nace la idea de Estado de Derecho Ambiental⁷³⁶, que significa concretar una existencia humana más digna y sana, bajo los paradigmas de solidaridad

⁷³⁵ Vid. BECK, U. *Sociedade de risco: Rumo a uma outra modernidade*. Segunda edición. São Paulo: Editora 34, 2011.

⁷³⁶ Vid. BENJAMIN, A. H. “Constitucionalização do Ambiente e Ecologização da Constituição Brasileira”, en CANOTILHO, J. J. G.; MORATO LEITE, J. R. (Orgs.). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. Cuarta edición. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 77-226; ARANDA, J. El Estado de Derecho Ambiental: Concepto y perspectivas de desarrollo en Chile. [en línea]. *Justicia Ambiental*, pp. 23-38, 2013. [consulta: 19 septiembre 2021]. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2411763>; MORATO LEITE, J. R.; SIVINI FERREIRA, H. “Tendências e Perspectivas do Estado de Direito Ambiental no Brasil”, en MORATO LEITE, J. R.; SIVINI FERREIRA, H.; VERRI BORATTI, L. (Orgs.). *Estado de Direito Ambiental: tendências*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

humana y desarrollo sostenible, sin desconsiderar el legado de los Estados Liberal y Social. Por ello, HÄBERLE sostiene, con fundamento en los paradigmas de solidaridad y de protección del medio ambiente, el desarrollo de deberes oriundos de la dignidad humana con la finalidad de protección del futuro de la humanidad⁷³⁷. Por eso se dice que el Estado de Derecho Ambiental se ocupa no solo con el bien estar de las generaciones presentes, sino también con las generaciones futuras (responsabilidad intergeneracional). En este escenario, nuevos derechos de naturaleza transindividual y universal son incorporados al Estado Constitucional.

Bajo la perspectiva del Estado de Derecho Ambiental debemos buscar la efectividad de la Justicia Ambiental. Esta será integrada por la tutela judicial, desarrollada en el ámbito de un proceso judicial, como también por la tutela extrajudicial, perfeccionada en la vía administrativa. Además, la Justicia Ambiental, en este contexto, tendrá soporte en la solidaridad, la sostenibilidad y la democracia para la prevención y represión a los daños ambientales.

Por lo tanto, en este capítulo reflexionaremos sobre la protección del medio ambiente en el contexto del Estado de Derecho Ambiental, profundizando el análisis de sus fundamentos, principios informadores y mecanismos de tutela.

2. ESTADO DE DERECHO AMBIENTAL: POSTULADOS, PRINCIPIOS Y MECANISMOS DE TUTELA

Como hemos visto en la sección anterior, el Estado de Derecho Ambiental representa un paso adelante en el intento de garantizar una existencia digna y sana al ser humano. En la doctrina este nuevo paradigma recibe distintas denominaciones como: Estado Post Social⁷³⁸, Estado Socioambiental de Derecho⁷³⁹, Estado Constitucional

⁷³⁷ Cfr. HÄBERLE, P. “A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal”, en SARLET, I. W. (org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 102.

⁷³⁸ Vid. SARMENTO, D. “Os direitos fundamentais nos paradigmas Liberal, Social e Pós-Social (Pós-modernidade constitucional?)”, em SAMPAIO, J. A. L. (Coord.). *Crise e desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp. 375-414.

⁷³⁹ Vid. FENSTERSEIFER, T. *Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

Ecológico⁷⁴⁰, Estado del Ambiente⁷⁴¹. En este trabajo adoptaremos la expresión Estado de Derecho Ambiental, que incluso es la utilizada por la Organización de las Naciones Unidas en el informe “*Environmental Rule of Law: First Report*”⁷⁴².

2.1. Postulados

Según CANOTILHO, el Estado de Derecho Ambiental está basado en cuatro postulados básicos: globalista, que se centra en la idea que la protección ambiental debe ser realizada en el ámbito supranacional; publicista, que busca la institucionalización de los mecanismos jurídicos de protección ambiental; individualista, que prevé el carácter privado de la protección ambiental; y, asociativista, que presupone la participación democrática⁷⁴³.

Estos postulados indicados por CANOTILHO nos direcciona a un fresco entendimiento sobre el Estado de Derecho, que debe pautarse en la cooperación entre los Estados nacionales y entre los Estados y los ciudadanos; en la promoción de políticas públicas sostenibles; en la adopción, por todos, de comportamientos *eco-friendly* y en la responsabilización por daño al medio ambiente.

Aquí es importante señalar que el Estado de Derecho Ambiental no está en contra del desarrollo económico, al revés, este modelo busca la compatibilidad de la actividad económica con la protección del medio ambiente, a través del desarrollo sostenible. Es decir, el parámetro debe ser el desarrollo económico y humano, basado en la utilización razonable y sostenible de los recursos naturales, no en el simple crecimiento económico. Por ello, BESSA ANTUNES sostiene que la preservación y utilización sostenible y racional de los recursos ambientales deben ser entendidos no como un factor de crecimiento económico sino de desarrollo⁷⁴⁴.

⁷⁴⁰ Vid. CANOTILHO, J. J. G. “Estado Constitucional Ecológico e democracia sustentada”, en SARLET, I. W. (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, pp. 493-508.

⁷⁴¹ Vid. HÄBERLE, P. (2005). Op. cit., pp. 89-152.

⁷⁴² Vid. ONU. Informe “*Environmental Rule of Law: First Report*”. [en línea]. [consulta: 19 septiembre 2021]. Disponible en: <https://www.unep.org/resources/assessment/environmental-rule-law-first-global-report>.

⁷⁴³ Cfr. CANOTILHO, J. J. G. (2003). Op. cit. p. 496.

⁷⁴⁴ Cfr. BESSA ANTUNES, P. D. *Direito Ambiental*. Vigésima segunda edición. São Paulo: Atlas, 2021, p.23.

Además, la construcción de un Estado de Derecho Ambiental exige la incorporación de dichos postulados y valores en el texto constitucional. Por eso, PÉREZ LUÑO destaca que *“la opción constitucional representa un expreso rechazo de la lógica del ‘tener’, centrada en la acumulación exclusiva y excluyente de los productos de una explotación ilimitada de los recursos humanos y naturales; a favor del modelo del ‘ser’, que exige el goce compartido (o inclusivo) de los frutos de un progreso selectivo y equilibrado. De que tal propósito no sea traicionado, o relegado al limbo de las buenas intenciones, depende el inmediato futuro de nuestra calidad de vida”*⁷⁴⁵. Por tanto, la protección ambiental tiene que ser un principio fundamental del orden económico en las cartas constitucionales.

En el caso brasileño, la CFB/1988 expresa claramente esta idea de compatibilización de la actividad económica con la protección ambiental, en la medida que conforma el derecho de propiedad y la libre iniciativa con el desarrollo sostenible. La previsión de la previa evaluación de impacto ambiental, en el artículo 225, §1º, IV de la CFB/1988, es un ejemplo evidente del reconocimiento constitucional de la protección ambiental en el orden económico.

En el ámbito de la UE, la protección ambiental fundamentada en el desarrollo sostenible puede justificar restricciones de carácter económico. Esto, incluso, es el posicionamiento del TJUE, que en la Sentencia de 07 de febrero de 1985 (Procurador de la República Francesa v. Asociación de defensa de fabricantes, comerciantes y usuarios de calefactores que utilizan como combustible fuel o aceites usados, asunto 240/183) concluyó que *“la Directiva debe ser vista en la perspectiva de la protección del medio ambiente, que es uno de los objetivos esenciales de la Comunidad. [...] También se desprende de las disposiciones de la directiva en su conjunto que se ha garantizado que los principios de proporcionalidad y no discriminación serían observados si ciertas restricciones resultasen necesarias”*.

La CE/1978, influenciada por la normativa internacional, consagró en el artículo 45 tanto derecho al medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona cuanto el deber individual y colectivo de conservarlo. Desde el punto de vista económico, la conformación constitucional no es distinta, una vez que la protección del medio ambiente constituye

⁷⁴⁵ Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Quinta edición. Madrid: Editorial Tecnos, 1995, p.478.

uno de los principios rectores de la política económica y social, inspirando la actuación pública y privada⁷⁴⁶. Además, como explica JORDANO FRAGA, las disposiciones de la CE/1978 reconocen el medio ambiente no sólo como derecho-deber (bien jurídico) sino también como función administrativa⁷⁴⁷. En el ámbito autonómico, las Leyes Orgánicas, modificadas a partir de 2006, introducen el desarrollo sostenible como principio o fin de la Administración Autonómica⁷⁴⁸.

Sin embargo, el desarrollo sostenible no está reducido a la armonización entre economía y ecología. Según MARTÍN MATEO, el concepto de desarrollo sostenible, que fundamenta el Estado de Derecho Ambiental, incluye también valores relacionados a solidaridad, conduciendo el orden económico a una producción social y ambientalmente compatible con la dignidad de las personas⁷⁴⁹. Por ello, LEME MACHADO enfatiza que el derecho ambiental y el derecho al desarrollo existen no como alternativas, sino como conceptos que se integran, de manera a alcanzar el bienestar de la humanidad⁷⁵⁰.

Esto, incluso, es el sentido empleado por el Informe Brundtland de 1987, “*Nuestro futuro común*”, de la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo que comprende el desarrollo sostenible como aquel que “satisface las necesidades esenciales de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades”⁷⁵¹. La Declaración de Río, por su vez, consolida, en el Principio 4, la idea de desarrollo sostenible, una vez que todos los textos posteriores a Río evidencian la necesidad conjunta de protección del medio ambiente y

⁷⁴⁶ Sobre el tema véase: STC 1/1982, 28 de enero.

⁷⁴⁷ Cfr. JORDANO FRAGA, J. *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1995, pp. 53-54. Sobre el derecho ambiental como función administrativa, ESCRIBANO COLADO y LÓPEZ GONZÁLEZ señalan la tendencia de los textos constitucionales consideraren la protección y conservación del medio ambiente como misión del Estado y por lo tanto una función de la Administración pública. Según dichos autores, el protagonismo de la acción preventiva es el destaque de esta función administrativa, de manera que este ha sido el sentido empleado por la CE/1978 en el artículo 45. Vid. ESCRIBANO COLLADO, P.; LÓPEZ GONZÁLEZ, J. I. El medio ambiente como función administrativa. *Revista Española de Derecho Administrativo – REDA*, n. 26, julio-septiembre, 1980, pp. 367-385.

⁷⁴⁸ Vid. Estatuto de Andalucía, Estatuto de Aragón, Estatuto de Castilla y León, Estatuto de Cataluña, Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, Estatuto de Extremadura y Estatuto de las Islas Baleares.

⁷⁴⁹ Cfr. MARTÍN MATEO, R. *Manual de Derecho Ambiental*. Tercera edición. Navarra: Editorial Thomson/Arazandi, 2003, p. 38.

⁷⁵⁰ Cfr. LEME MACHADO, P. A. *Direito Ambiental Brasileiro*. 23ª Edición. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 78.

⁷⁵¹ Texto completo disponible en: http://www.ecominga.uqam.ca/PDF/BIBLIOGRAPHIE/GUIDE_LECTURE_1/CMMAD-Informe-Comision-Brundtland-sobre-Medio-Ambiente-Desarrollo.pdf. [en línea] [consulta en: 08 noviembre 2021].

desarrollo, como bien señala LÁZARO CALVO⁷⁵². La Declaración de Johannesburgo sobre desarrollo sostenible de 2002 ratifica los principios y acciones acordados en Río 1992, señalando que “*el desarrollo sostenible exige una perspectiva a largo plazo y una amplia participación en la formulación de políticas, la adopción de decisiones y la ejecución de actividades a todos los niveles*”. En definitiva, el desarrollo no es un simple crecimiento cuantitativo, incluye el equilibrio entre desarrollo social, económico y protección al medio ambiente, generando una mejora cualitativa de la vida de las personas. Por ello, FRANCO DEL POZO plantea que “*la noción de desarrollo sostenible nos debe conducir hacia una economía más ecológica, más humana, una economía que se adecue verdaderamente a las necesidades más apremiantes del individuo y de los pueblos más pobres del planeta*”⁷⁵³.

En el ámbito de la UE, el Tratado de la UE establece en su artículo 3º que el desarrollo sostenible constituye un objetivo transversal de la UE, relacionándose con los objetivos sociales y económicos. Este incluso es el sentido empleado por el artículo 11 del Tratado de Funcionamiento de la UE que se refiere expresamente a la integración de la protección ambiental y la inserción del desarrollo sostenible en todas sus políticas y acciones⁷⁵⁴. Además, el artículo 35 de la CDFUE exhorta que “*en las políticas de la Unión se integrarán y garantizarán, conforme el desarrollo sostenible, un nivel elevado de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad*”. Para cumplir dicho mandamiento, el Consejo de la UE ha aprobado las estrategias de desarrollo sostenible⁷⁵⁵.

Con base en estos conceptos y postulados podemos indicar algunos de los principios que informan el Estado de Derecho Ambiental: solidaridad, participación democrática, responsabilidad ambiental y sostenibilidad. Es importante destacar que estos principios no son aplicados de manera aislada, están en interacción recíproca, constituyendo la

⁷⁵² Cfr. LÁZARO CALVO, T. *Derecho Internacional del medio ambiente*. Barcelona: Atelier, 2005, p. 403.

⁷⁵³ Cfr. FRANCO DEL POZO, M.. El derecho humano a un medio ambiente adecuado. *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, n. 8. Bilbao: Universidad de Deusto, 2000, p. 31.

⁷⁵⁴ Vid. RODRÍGUEZ BETANCOR, A. *Derecho Ambiental*. Primera edición. Madrid: La Ley, 2014, p. 450-451.

⁷⁵⁵ Vid. UNIÓN EUROPEA. Comunicación de la Comisión de 15 de mayo de 2001 «Desarrollo sostenible en Europa para un mundo mejor: estrategia de la Unión Europea para un desarrollo sostenible (Propuesta de la Comisión ante el Consejo Europeo de Gotemburgo)» [[COM \(2001\) 264 final](#) – no publicada en el Diario Oficial]. Y también: UNIÓN EUROPEA. Comunicación de la Comisión de 13 de diciembre de 2005 relativa a la revisión de la Estrategia para un desarrollo sostenible - Plataforma de acción [[COM \(2005\) 658 final](#) – no publicada en el Diario Oficial].

base para la protección del medio ambiente y del consecuente desarrollo digno de las personas. En el próximo epígrafe examinaremos cada uno de ellos.

2.2. Principios

2.2.1. Solidaridad

El principio de solidaridad tiene fundamento en la dignidad de la persona humana, en la medida que plasma la idea de construcción de una sociedad basada en el bien común. Según FENSTERSEIFER, *“la solidaridad expresa la necesidad fundamental del ser humano en el cuerpo social, formateando una red de relaciones intersubjetivas y sociales que se trazan en el espacio de la comunidad estatal”*⁷⁵⁶. Por lo tanto, la solidaridad, para alcanzar sus objetivos, estará siempre en interacción con los principios de igualdad material, dignidad de la persona humana y justicia social.

Como bien explica REAL FERRER, *“la solidaridad ha funcionado como elemento cohesionador de los grupos, como vínculo que hace que los individuos sean partícipes, bien de la posición de otro u otros individuos, bien de los intereses colectivos del grupo”*⁷⁵⁷. A partir de la solidaridad se crea una relación de pertenencia común entre los grupos y los individuos haciendo efectivo los ideales de igualdad material y fraternidad. Este, incluso, es el sentido empleado por el actual Papa, en la Encíclica ‘*Laudato Sí*’, sobre el cuidado de la Casa Común, considerando el medio ambiente como bien común a toda humanidad y exhortando la responsabilidad de todos en su preservación⁷⁵⁸.

⁷⁵⁶ Car. FENSTERSEIFER, T. (2008). Op. cit. p. 114. (traducción propia).

⁷⁵⁷ Cfr. REAL FERRER, G. “El principio de Solidaridad en la Declaración de Río”, en en PRIEUR, M.; DOUMBE-BILLÉ, S. *Droit de l' Environnement et Développement Durable*, Pulim, Limoges, 1994, p.78.

⁷⁵⁸ En la Encíclica *Laudato Sí*, el Papa Francisco hace una llamada a la defensa del medioambiente. En el texto el pontífice enfatiza que *“nuestra casa común es también como una hermana, con la cual compartimos la existencia, y como una madre bella que nos acoge entre sus brazos”*. Sigue afirmando que *“esta hermana clama por el daño que le provocamos a causa del uso irresponsable y del abuso de los bienes que Dios ha puesto en ella. Hemos crecido pensando que éramos sus propietarios y dominadores, autorizados a expoliarla. La violencia que hay en el corazón humano, herido por el pecado, también se manifiesta en los síntomas de enfermedad que advertimos en el suelo, en el agua, en el aire y en los seres vivientes”*. La manifestación del Papa Francisco en dicha encíclica exhorta la solidaridad, como elemento esencial a la preservación del medio ambiente: *“Necesitamos una conversación que nos una a todos, porque el desafío ambiental que vivimos, y sus raíces humanas, nos interesan y nos impactan a todos. El movimiento ecológico mundial ya ha recorrido un largo y rico camino, y ha generado numerosas agrupaciones ciudadanas que ayudaron a la concientización. Lamentablemente, muchos esfuerzos para buscar soluciones concretas a la crisis ambiental suelen ser frustrados no sólo por el rechazo de los poderosos, sino también por la falta de interés de los demás. Las actitudes que obstruyen los caminos de*

Según la teoría de VASAK⁷⁵⁹, desarrollada en la Conferencia del Instituto de Derechos Humanos de Estrasburgo de 1979, los derechos humanos estarían ordenados en tres generaciones que se relacionan con los principios de libertad, igualdad y fraternidad de la Revolución Francesa⁷⁶⁰. De esta manera, los derechos de primera generación son derechos de libertad (individuales, civiles y políticos); los derechos de segunda generación se identifican con los derechos de igualdad (sociales, culturales y económicos); y los derechos de tercera generación se conectan con los derechos de fraternidad, cuya titularidad es de la sociedad. Notamos, por lo tanto, una evolución en el rol de derechos humanos, de manera que podemos afirmar que la incorporación del principio de solidaridad en la comprensión de las relaciones entre los Estados, los distintos niveles de gobierno y la sociedad constituye, sin dudas, un avance importante en el progreso civilizatorio.

Las Constituciones de índole social democrática incorporan en sus textos estos derechos fundamentales de tercera dimensión que tienen una connotación más difusa y colectiva y tienen su base en el principio de solidaridad.

En la CFB/1988, el principio de solidaridad está presente en el preámbulo cuando se establece *“un Estado Democrático, destinado a garantizar el ejercicio de los derechos sociales e individuales, la libertad, la seguridad, el bien estar, el desarrollo, la igualdad y la justicia como valores supremos de una sociedad fraterna, plural y sin prejuicios”*. Además, el principio de solidaridad tiene asiento en el art. 3º de la Constitución, como uno de los objetivos de la República Federativa de Brasil. Por tanto, el Estado Brasileño está direccionado a la construcción del bien común con apoyo en la idea de solidaridad. En materia medio ambiental, la solidaridad está recogida en el art. 225.

solución, aun entre los creyentes, van de la negación del problema a la indiferencia, la resignación cómoda o la confianza ciega en las soluciones técnicas. Necesitamos una solidaridad universal nueva”.

⁷⁵⁹ Sobre la teoría de VASAK, véase: BELLVER CAPELLA, V. *Ecología: de las razones a los hechos*. Granada: Ecorama, 1994, p. 270.

⁷⁶⁰ En la doctrina algunos autores rechazan la denominación generaciones de derechos humanos, una vez que dicha nomenclatura expresa la idea de aislamiento de los núcleos de derechos humanos. Por ello, BONAVIDES sostiene la utilización de la expresión “dimensiones” de los derechos humanos para transmitir una idea de indivisibilidad e interdependencia de dichos derechos. Tampoco podemos olvidar del reconocimiento de dicha indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos en distintos documentos internacionales como en la Declaración de Teherán de 1968, la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo de 1986 y la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993. Sobre el tema véase: BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*, 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

La CE/1978 también contempla el principio de solidaridad. El artículo 2º de la CE/1978, por ejemplo, la solidaridad es uno de los principios esenciales a la organización territorial del Estado, una vez que reconoce la solidaridad entre regiones y nacionalidades. Sobre el tema, el TC en la STC 135/192, de 5 de octubre, destaca que la solidaridad es *“un factor de equilibrio entre la autonomía de las nacionalidades o regiones y la indisoluble unidad de la Nación española”*. El artículo 138.1 ratifica el principio de solidaridad territorial, en la medida que dispone que *“El Estado garantiza la realización efectiva del principio de solidaridad consagrado en el artículo 2 de la Constitución, velando por el establecimiento de un equilibrio económico, adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español, y atendiendo en particular a las circunstancias del hecho insular”*. En materia medio ambiental, la solidaridad está presente en los artículos art. 45.1 y 45.2.

El derecho al medio ambiente sano y adecuado al desarrollo digno de las personas constituye uno de estos derechos de tercera dimensión, que demandan el empleo de la solidaridad para su efectiva implementación. En materia ambiental medio ambiental hay que tratar de la solidaridad bajo dos perspectivas: intergeneracional e internacional. Por ello, MARTÍN MATEO señala que *“este principio tiene intrínseca validez y operatividad por lo que debería razonablemente esperarse su efectividad en círculos sociales progresivamente ampliados. Su transcendencia para la tutela del medio ambiente opera en una doble dimensión: intercomunitaria e intergeneracional”*⁷⁶¹.

La solidaridad intergeneracional suele estar recogida en los os ordenamientos jurídicos que reconocen el Estado de Derecho Ambiental, significando el deber y el compromiso de las generaciones presentes en garantizar condiciones ambientales dignas para las generaciones futuras. Sin embargo, como bien advierte LEME MACHADO, la solidaridad intergeneracional debe estar calibrada por los principios de razonabilidad y proporcionalidad para evitar arbitrariedades en su aplicación⁷⁶².

La CFB/1988 y la CE/1978, por ejemplo, reconocen en sus textos la solidaridad intergeneracional en materia medio ambiental, en los artículos 225 y 45, respectivamente. El artículo 225 de la CFB/1988 dispone que *“todos tienen el derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, bien de uso común de las personas y esencial para una*

⁷⁶¹ Cfr. MARTÍN MATEO, R. (2003). Op. cit. p. 44.

⁷⁶² Cfr. LEME MACHADO, P. A. (2015). Op. cit. pp. 155-156.

calidad de vida saludable, imponiendo al Poder Público y la comunidad el deber de defenderlo y preservarlo para las generaciones presentes y futuras". Ya el artículo 45.1 de la CE/1978 la trata en los siguientes términos: *"todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo"*. En el artículo 45.2, la CE/1978 dispone que *"los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva"*.

Esta idea de solidaridad entre generaciones presentes y futuras para la protección y preservación del medio ambiente también está presente en documentos internacionales. La Declaración de Río, por ejemplo, en el Principio 3 que conforma la idea de desarrollo sostenible refrenda la necesidad de atendimento equitativo de las demandas sociales, económicas y ambientales de las generaciones presentes y futuras. Es decir, la propia idea de desarrollo sostenible tiene como elemento fundamental la solidaridad entre generaciones, de manera que no se puede hablar de sostenibilidad si se compromete las necesidades de las generaciones futuras. La solidaridad intergeneracional está presente en otros documentos internacionales como la Convención marco sobre cambio climático, la Convención sobre diversidad biológica, la Agenda 21 y la Declaración de Principios de los Bosques.

Cuanto, a la perspectiva internacional, la solidaridad demanda una colaboración entre todos los países del globo. Esto porque las acciones realizadas en determinado país pueden repercutir más allá de la frontera de dicho país. Existe una interconexión entre los distintos ecosistemas, de manera que la solidaridad internacional se muestra necesaria a la protección del medio ambiente. Por ello, MARTÍN MATEO destaca que *"más allá de los límites que se acotan las soberanías de los Estados nacionales, la solidaridad debe ser un imperativo no sólo ético, sino también práctico, impuesto por la base internacional de la mayoría de los sistemas naturales y por la necesidad de limitar, en aras del desarrollo sostenible, un excesivo uso de los recursos, lo que requiere obligadamente de asistencias transvases"*⁷⁶³.

Esta idea de cooperación internacional que abarque a todos los Estados y las Organizaciones internacionales está puesta en la Declaración de Estocolmo de 1972 que

⁷⁶³ Cfr. MARTÍN MATEO, R. (2003). Op. cit., p. 44.

dispone que *“todos los países grandes o pequeños deben ocuparse, con espíritu de cooperación y en pie de igualdad, de las cuestiones internacionales relativas a protección y mejoramiento del medio”*. La Carta de los derechos y deberes económicos de los Estados también trata de la cooperación internacional desde esta perspectiva, en la medida que establece que *“todos los Estados deben cooperar en la elaboración de normas y reglamentaciones internacionales en la esfera del medio ambiente”*.

La Agenda 2030 de la ONU es otro documento internacional que adopta este sentido de solidaridad internacional, en la medida que prevé en el ODS 17 la alianza mundial para el desarrollo sostenible. Por ello la Agenda 2030 propone el establecimiento de alianzas globales para la acción orientada para combatir el cambio climático y reducir la pobreza y las desigualdades. Por lo tanto, para que sea posible lograr el reto de no dejar a nadie para atrás, hay que invertir en una solidaridad internacional.

Es cierto que la crisis generada por el COVID-19 ha dificultado el reto de construcción de alianzas globales ya que los Estados se direccionan para la solución de los problemas internos e inmediatos. Sin embargo, la pandemia también genera la oportunidad de cooperación internacional para hacer frente a la crisis generada por el COVID-19. Por ello, el secretario general de la ONU, GUTERRES, ha se manifestado en los siguientes términos: *“y sin más demora tenemos que dejar de adoptar estrategias sanitarias a escala nacional, cada país por su cuenta, y en cambio garantizar, con total transparencia, una respuesta mundial coordinada, en la que también se ayude a los países menos preparados para hacer frente a la crisis”*⁷⁶⁴.

El Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del Mercado Común del Sur (en adelante, MERCOSUR), aprobado por la “XX Cumbre Presidencial de MERCOSUR celebrada en año de 2001, también fomenta la construcción de alianzas externas, en la medida que reconoce *“la importancia de la cooperación entre los Estados Parte con el objetivo de apoyar y promover la implementación de sus compromisos en materia ambiental”*.

Hay también que considerar la solidaridad en un nivel más concreto, como bien registra Ferreiro⁷⁶⁵. Sería la solidaridad interterritorial, practicada entre las regiones de

⁷⁶⁴ Cfr. GUTERRES, A. *Esta es, sobre todo, una crisis humana que llama a la solidaridad*. [en línea] [consulta: 08 noviembre 2021]. Disponible en: <https://www.un.org/es/coronavirus/articles/humanitarian-crisis-coronavirus-solidarity>.

⁷⁶⁵ Vid. FERREIRO, D. *Medio Ambiente y solidaridad*. [en línea] {consulta: 28 octubre 2021}. Disponible en: https://elpais.com/diario/1990/06/05/sociedad/644536804_850215.html.

cada país. Exactamente como articulado en el art. 2º de la CE/1978, que exhorta la solidaridad entre regiones y nacionalidades. Incluso, el TC ratifica la idea de solidaridad interterritorial en materia medioambiental, una vez que en un mismo espacio territorial pueden actuar distintas Administraciones⁷⁶⁶. Por ello, SÁNCHEZ SÁEZ exhorta que “*con base en la colaboración administrativa como hemos de construir el derecho ambiental del futuro, intentando articular mecanismos de aproximación de voluntades y de resolución paccionada de conflictos*”⁷⁶⁷.

La CFB/1988 también trata de esta perspectiva de solidaridad en el párrafo único del art. 23, cuando dispone que: “*las leyes complementarias establecerán normas de cooperación entre la Unión y los Estados, el Distrito Federal y los Municipios con el objetivo de equilibrar el desarrollo y el bienestar a nivel nacional*”.

Como bien plantea MARTÍN MATEO, para la defensa del medio ambiente es necesaria la voluntad de asociarse en la defensa del colectivo, para conservar un patrimonio enmarcado entre coordenadas interterritoriales e intergeneracionales⁷⁶⁸. Por tanto, el principio de solidaridad, en sus distintas perspectivas, es esencial a la estructuración del Estado de Derecho Ambiental, constituyendo el elemento esencial para la construcción de un modelo de justicia ambiental efectivo, inclusivo y sostenible.

2.2.2. Participación democrática

Como hemos visto en la primera parte de esta investigación, la democracia está centrada en la dignidad humana, de manera que, para garantizar la libertad, la justicia y la igualdad, hay que reconocer el derecho del ciudadano de participación en los asuntos públicos.

El derecho de participación ciudadana está reconocido en distintos documentos internacionales (v.g. Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención

⁷⁶⁶ Vid. STC 102/1995, de 26 de junio (RTC 1995, 102); STC 194/2004, de 10 de noviembre (RTC 2004, 194).

⁷⁶⁷ Cfr. SÁNCHEZ SÁEZ, A. El Nuevo Derecho Ambiental: Cambios y posibilidades de Futuro en torno a las técnicas convencionales. [en línea]. *Revista Electrónica de Derecho Ambiental*, número 2, Universidad de Sevilla, 1999. [consulta: 19 noviembre 2021]. Disponible en: https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/61786/el_nuevo_derecho_ambiental.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

⁷⁶⁸ Cfr. MARTÍN MATEO, R. *Nuevos instrumentos para la tutela ambiental*. Madrid: Editorial Trivium, 1994, p. 14.

Interamericana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos) y debe ser comprendida bajo la óptica del principio democrático, es decir, no solamente como el derecho a la participación política, sino que extendida a todos los asuntos de interés general.

En la perspectiva medioambiental, el derecho de participación también está reconocido internacionalmente. La Declaración de Estocolmo de 1972 lanzó las primeras semillas sobre la necesidad de participación ciudadana en la protección ambiental. Esta idea fue desarrollada más adelante en la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992, que constituye la norma internacional referencial para la conformación del principio de participación en materia ambiental. El Convenio de Aarhus (1998) e el Acuerdo de Escazú (2018), por su vez, desarrollan los elementos del Principio 10 de la Declaración de Río (acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia), que conforman la democracia ambiental. Otros documentos internacionales también incorporan la idea de participación en materia ambiental, como la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático de 1992 y el Convenio sobre la Diversidad Biológica de 1992.

El derecho de participación ciudadana también está albergado en las constituciones democráticas.

En Brasil, la CFB/1988 establece en el artículo 1º que la República Federativa de Brasil es un Estado democrático de derecho que tiene como fundamentos la ciudadanía, el pluralismo, la dignidad de la persona humana, la soberanía, los valores sociales del trabajo y la libre iniciativa. De este artículo, que consagra el principio democrático, se extrae el fundamento constitucional para la participación ciudadana en todos los sentidos. En el ámbito ambiental, el derecho de participación tiene que ser comprendido a la luz del artículo 225 de la Constitución Brasileña, que dispone que: *“toda persona tiene el derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, bien de uso común de las personas y esencial para una calidad de vida saludable, imponiendo a los poderes públicos y la comunidad el deber de defenderlo y preservarlo para las generaciones presentes y futuras”*. En este contexto, la participación ciudadana debe ser entendida no solamente como un derecho, sino como un deber inherente a la condición político-jurídica

del ciudadano, lo que lleva a la construcción de una ciudadanía ambiental o ecológica, como bien indican SARLET y FENSTERSEIFER⁷⁶⁹.

En España, el derecho a la participación, como hemos visto en la primera parte de esta investigación está radicado en los artículos 9.2 y 23 de la CE/1978. No obstante, estos artículos no tratan de la participación ambiental de manera específica, sirven de fundamento para ella, una vez que el art. 45 acoge al máximo nivel de protección ambiental. Además, estos artículos constitucionales que tratan de participación deben ser leídos a la luz de la Declaración de Río para incluir la perspectiva ambiental. En el contexto español, la normativa comunitaria ha impulsado la legislación ambiental interna. En el ámbito estatal, debemos destacar el Texto Refundido de la Ley de Aguas (en adelante, TRLA) que dispone sobre la participación pública en todo el proceso de planificación hidrológica y la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en medio ambiente, que establece la evaluación ambiental estratégica caracterizada por la información y participación en su formación. En el ámbito autonómico, merece destaque la Ley gallega 1/1995, de 2 de enero, de Protección ambiental de Galicia; la Ley valenciana de 2/1989, de 3 de marzo de Estudios de Impacto Ambiental; la Ley catalana 3/1998, de 27 de febrero de intervención integral de la Administración Ambiental; la Ley vasca 3/1998, de 27 de febrero, de Protección del Medio Ambiente.

Tampoco podemos olvidar de la jurisprudencia del TEDH, que no obstante la ausencia de disposición específica sobre medio ambiente en el CEDH se ha mostrado sensible a la temática. Cuestiones relacionadas al derecho a la información ambiental, a la participación y al acceso a la justicia han sido estimadas por el TEDH⁷⁷⁰.

En el marco del Estado de Derecho Ambiental, se consolida una ciudadanía ambiental, en el sentido de la participación ciudadana en la protección del medio ambiente. Esta participación de la ciudadanía en cuestiones ambientales se acopla a la actuación del Poder público en la protección ambiental.

⁷⁶⁹Cfr. SARLET, I. W.; FENSTERSEIFER, T. *Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente*. Quinta edición. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p.345.

⁷⁷⁰ STEDH de 19 de febrero de 1988 [TED 1998,2], asunto Guerra contra Italia. SSTEDH de 20 de mayo de 1999 [TEDH 199,22] caso Tomso y Stensaas contra Noruega. STEDH de 8 de julio de 2003 [TEDH 2003,40], asunto Hattton y otros contra Reino Unido.

Sobre la participación ciudadana en materia ambiental, es necesario fijar que ella no se refiere solamente al ciudadano individualmente considerado, sino también a los colectivos, organizaciones no gubernamentales, movimientos sociales, pueblos indígenas, etc. Con relación a las ONG (en adelante, Organización No Gubernamental), estas desarrollan un rol fundamental en la implementación de la democracia ambiental participativa, como reconocido en la Agenda 21 de la ONU. Por lo tanto, la participación ciudadana debe ser entendida con este espectro más amplio.

Según FENSTERSEIFER, la participación democrática y ciudadana en la defensa del medio ambiente se basa en cuatro elementos fundamentales: participación popular; acceso a la información ambiental, educación ambiental y consumo sostenible⁷⁷¹. A través de la conjugación de estos cuatro elementos, se facilita al ciudadano los mecanismos necesarios a la defensa y protección del medio ambiente, concretando una verdadera ciudadanía ambiental.

Para que el ciudadano pueda participar de forma efectiva de las cuestiones medio ambientales es imprescindible garantizar el derecho a la información ambiental. Solamente bien informado, el ciudadano podrá influir cualitativamente en el proceso de toma de decisión. Por ello, el Convenio de Aarhus establece que *“las autoridades públicas pongan a disposición del público, en el marco de su legislación nacional, las informaciones sobre el medio ambiente que les soliciten”* (art.4.1). La misma directriz es seguida por el Acuerdo de Escazú, que fija que los países parte deberán *“garantizar el derecho del público de acceder a la información ambiental que está en su poder, bajo su control o custodia, de acuerdo con el principio de máxima publicidad”* (art.5.1).

De hecho, el derecho a la información ambiental es esencial al ejercicio de la participación ambiental, por eso MARTÍN MATEO destaca que dicho derecho busca perfeccionar los mecanismos participativos de los ciudadanos en las tareas del Estado⁷⁷². Para una mejor comprensión del derecho a la información ambiental, es necesario examínalo bajo dos perspectivas.

Primero, relativamente al acceso a los datos e información ambiental, como enunciado en los artículos 4.1 e 5.1 del Convenio de Aarhus y Acuerdo de Escazú, respectivamente. En este sentido AGUILERA VAQUÉS y CERRILLO MARTÍNEZ

⁷⁷¹ Cfr. FENSTERSEIFER, T. (2008). Op. cit. p. 121.

⁷⁷² Cfr. MARTÍN MATEO, R. (1994). Op. cit., p. 167.

plantean que garantizar dicho acceso fortalece la participación ciudadana y exige nuevos modelos de relación entre los poderes públicos y la ciudadanía⁷⁷³. Esto también es el sentido empleado por la Directiva 2003/4/CE del Parlamento Europeo y Consejo, de 28 de enero de 2003 que considera que *“un mayor acceso del público a la información medioambiental y la difusión de tal información contribuye a una mayor concienciación en materia de medio ambiente, a un intercambio libre de puntos de vista, a una más efectiva participación del público en la toma de decisiones medioambientales y, en definitiva, a la mejora del medio ambiente”*. Además, como bien señalan RAZQUIN LIZARRAGA y RUIZ DE APODACA ESPINOSA *“la difusión de la información ambiental es aún más importante en una sociedad de riesgo como la actual, en la que no basta con reconocer un derecho a la información previa solicitud de los interesados, sino que además es necesario que las Administraciones difundan sin la necesidad de solicitud alguna toda aquella información ambiental de interés para los ciudadanos y de los riesgos que en algunos casos puedan derivarse de la misma”*⁷⁷⁴.

Tampoco podemos olvidar de la conexión del derecho de acceso a la información ambiental a las políticas de gobierno abierto. Como hemos visto en la primera parte de esta investigación, las políticas de gobierno abierto exigen más transparencia del poder público, a través de la apertura de los datos públicos, como también un nuevo relacionamiento entre el Estado y la ciudadanía, facilitando la participación en los procesos de toma de decisión y el control social. Por ello, LORENZETTI y LORENZETTI señalan que *“el concepto de ‘Gobierno Abierto’ aporta una nueva perspectiva al sistema democrático de convivencia, mediante el recurso de mecanismos que procuran la transparencia de los gobiernos, así como espacios permanentes de colaboración y participación de los ciudadanos”*⁷⁷⁵. No obstante, la difusión en las AAPP contemporáneas de los principios y objetivos de gobierno abierto, dichos autores también indican que en la praxis se nota mucha resistencia a la difusión informativa y a la participación en los casos de proyectos de inversión con impacto ambiental⁷⁷⁶.

⁷⁷³ Cfr. AGUILERA VAQUÉS, M.; CERRILLO MARTÍNEZ, A.” La Protección Estatal del Medio Ambiente”, en AGUILERA VAQUÉS, M., et all. *Derecho del Medio Ambiente – Material docente de la UOC*. Barcelona: Universitat Oberta de Catalunya, 2014, p. 42.

⁷⁷⁴ Cfr. RAZQUIN LIZARRAGA, J. A.; RUIZ DE APODACA ESPINOSA, A. *Información, Participación y Justicia en Materia de Medio Ambiente. Comentario sistemático a Ley 27/2006, de 18 de julio*. Navarra: Aranzadi, 2007, p.181.

⁷⁷⁵ Cfr. LORENZETTI, L. R.; LORENZETTI, P. *Principios e instituciones de Derecho ambiental*. Madrid: Wolters Kluwer, 2019, p. 78.

⁷⁷⁶ *Ibid.*, p.78.

En España, el derecho de acceso a la información ambiental está garantizado y desarrollado en la Ley 27/2006, de 18 de julio⁷⁷⁷. Esta norma también trata del derecho de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medioambiente. Dicha ley es una consecuencia de la obligatoria transposición de la Directiva 2003/4/CE del Parlamento Europeo y Consejo, de 28 de enero de 2003⁷⁷⁸, que establece como objetivo en el art. 1º *“garantizar el derecho a recibir información sobre el medio ambiente y a acceder a la información ambiental que obre en poder de las autoridades públicas o en el de otros sujetos que la posean en su nombre, así como garantizar la difusión y puesta en a disposición del público de la información ambiental de manera paulatina y con el grado de amplitud, de sistemática y de tecnología lo más amplia posible”*.

En Brasil, la Ley Federal n. 6.938, 31 de agosto de 1981, que dispone sobre la política nacional del medioambiente, sus fines y mecanismos de formulación y aplicación, trata del derecho de acceso a la información pública ambiental en el art. 4º, cuando dispone que la política nacional del medioambiente buscará la divulgación de datos e información ambiental. Este comando legal fue desarrollado posteriormente, de manera restricta, en la Ley Federal n. 10.650, de 16 de abril de 2003, que dispone sobre el acceso a los datos e información existente en los órganos o entidades del Sistema Nacional del Medio Ambiente (en adelante, SISNAMA). Es importante destacar que dicha ley (Ley Federal n. 10.650, de 16 de abril de 2003) no garantiza el derecho a la información ambiental por completo, ya que solamente trata de la información y datos de los órganos y entidades del SISNAMA. Tampoco podemos dejar de citar la Ley de Acceso a la Información Pública, Ley Federal n. 12.527, de 18 de noviembre de 2011⁷⁷⁹, que tiene aplicación supletoria frente a la regulación especial.

Además, el derecho a la información ambiental también se refiere a la calidad de dicha información, hay que ser veraz y completa. No es suficiente suministrar la información ambiental, hay que garantizar integralmente su calidad. La CE/1978, por

⁷⁷⁷ Es importante destacar que la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, tiene carácter supletorio frente a la Ley 27/2006, de 18 de julio, que es una regulación especial.

⁷⁷⁸ El derecho a la información ambiental fue tratado por primera vez, en el ámbito europeo, en la Directiva 90/313, del Consejo, que restringía dicho derecho a la información que dispusiese las Administraciones públicas. La Directiva 2003/4 del Parlamento Europeo y del Consejo derogó la Directiva 90/313 y expandiendo su ámbito de aplicación a “cualquier otra persona física o jurídica que asuma responsabilidades o funciones públicas o preste servicios públicos relacionados con medio ambiente bajo la autoridad de una Administración pública”.

⁷⁷⁹ Sobre el tema véase: SALGADO, E. D. *Lei de Acesso à Informação (LAI)*. São Paulo: Atlas, 2015.

ejemplo, reconoce en el art. 20.1.d el derecho de recibir libremente información veraz y esto debe incluir la información suministrada por el poder público en el ejercicio de la transparencia. Por ello, BLANES CLIMENT plantea que “*el derecho fundamental a recibir información veraz no se circunscribe a recibir información a través de los medios de comunicación, de forma exclusiva y excluyente, sino que incluye el derecho de ascender a la información en manos de los poderes públicos, tanto de forma activa como pasiva*”⁷⁸⁰. Esta comprensión tiene que ser trasladada para la información ambiental de manera a garantizar la libre y efectiva participación del ciudadano en las cuestiones medioambientales.

Otro elemento que conforma la participación ciudadana es la educación ambiental. Es necesario crear una conciencia pública para la protección del medio ambiente y esto solamente se muestra posible a través de la educación. Según MILARÉ, la educación ambiental constituye un derecho del ciudadano, similar a los derechos fundamentales, no obstante, estrictamente vinculado a los derechos y deberes constitucionales de la ciudadanía⁷⁸¹. Siguiendo la misma línea, JORDANO FRAGA enfatiza que “*en un Estado Ambiental ha de existir educación ambiental con carácter obligatorio (en todos los niveles educativos hasta el universitario, introduciéndose el derecho ambiental en los planes de estudio de la licenciatura de Derecho y en las carreras técnicas de los operadores ambientales*”⁷⁸².

La educación ambiental es un derecho componente del derecho de acceso a la información pública y por lo tanto esencial a la participación ciudadana. Por ello, el Libro Blanco de la Educación Ambiental en España (1999) registra que “*la educación ambiental, es antes de todo, educación para la acción*”. Esta necesidad de fomento a la educación ambiental fue tratada en la Declaración de Estocolmo de 1972, que establece en el Principio 19 que “*es indispensable una labor de educación en cuestiones ambientales, dirigida tanto a las generaciones jóvenes como a los adultos y que preste la*

⁷⁸⁰ Cfr. BLANES CLIMENT, M. A. (2013). Op. cit., p. 155.

⁷⁸¹ Cfr. MILARÉ, E. *Direito do ambiente: A gestão ambiental em foco. Doutrina, jurisprudência, glossário*. Séptima edición, rev., atual., e reform. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011, p. 548.

⁷⁸² Cfr. JORDANO FRAGA, J. El Derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado: elementos para su articulación expansiva. [en línea]. *Medio Ambiente & Derecho: Revista electrónica de derecho ambiental*, n.0, 1998. [consulta: 11 mayo 2022]. Disponible en: https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/17294/file_1.pdf?sequence=1

debida atención al sector de población menos privilegiado, para ensanchar las bases de una opinión pública bien informada y de una conducta de los individuos, de las empresas y de las colectividades inspirada en el sentido de su responsabilidad en cuanto a la protección y mejoramiento del medio en toda su dimensión humana". La Agenda 21 también dedicaba todo un capítulo a la educación ambiental, elaborando una serie de propuestas para su desarrollo.

En Brasil, la educación ambiental está ubicada en la Ley de Directrices y Bases de la Educación (adelante, LDB), Ley Federal n. 9.394, de 20 de diciembre de 1996, que entrelaza la educación ambiental, en la enseñanza primaria y media, al concepto de ciudadanía. Al lado de la LDB, la Ley Federal n. 9.795, de 27 de abril de 1999, también dispone sobre la educación ambiental, en la medida que la considera un instrumento de la política ambiental.

En España, la educación ambiental direccionada al desarrollo sostenible ha ingresado en el sistema educativo en los años 90, con la Ley Orgánica 1/1990, de 03 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo (adelante, LOGSE). El Libro Blanco de la Educación Ambiental en España de 1999 también constituye un marco jurídico importante sobre la materia, cuyo objetivo fuera potenciar la educación ambiental en los distintos ámbitos: en la actuación administrativa, en el sistema educativo, en la gestión empresarial y en las organizaciones ciudadanas. La Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, por su vez, derogó la LOGSE, pero mantuvo la idea de desarrollo sostenible en el art. 2 que trata de los fines del sistema educativo español.

Por tanto, la educación ambiental es el instrumento para efectivizar la participación ciudadana, una vez que *"busca, por medio de la acción colectiva organizada, encontrar una comprensión de los problemas ambientales y la superación de las causas estructurales de estos conflictos o desigualdades"*⁷⁸³. Además, a través de la educación ambiental se fortifica la tutela preventiva, alcanzando la verdadera finalidad del Derecho Ambiental. Por ello, CASTAÑÓN DEL VALLE plantea que *"la represión o el castigo a veces no son la solución para la adecuada protección del medio ambiente, pues éste debe conjugarse con grandes dosis de prevención, gestionada por eficaces órganos*

⁷⁸³ Cfr. GODOY DOTTA, Al. "El desarrollo de la política pública de educación ambiental en Brasil", en SÁNCHEZ BRAVO, A.; GABARDO, E. (Coeditores). *Estudios sobre desarrollo socioambiental*. España: Punto Rojo, 2015, p.94.

administrativos en los distintos niveles de gestión (municipal, autonómico, estatal, comunitario e internacional)”⁷⁸⁴.

El consumo sostenible también debe ser considerado para componer la noción de participación ciudadana. Según FENSTERSEIFER las prácticas de consumo sostenible también sirven de base para la participación y la construcción de una ciudadanía ambiental⁷⁸⁵. Esto porque la actuación consciente del consumidor constituye un potente instrumento de control social. Por ello JORDANO FRAGA sostiene la necesidad de mantener la ciudadanía bien informada en los actos de consumo, para que se pueda combatir eficazmente la dañosidad ambiental⁷⁸⁶. El Principio 8 de la Declaración de Río nos conduce a esta conclusión en la medida que dispone que “*para alcanzar el desarrollo sostenible y una mejor calidad de vida para todas las personas, los Estados deberían reducir y eliminar las modalidades de producción y consumo insostenibles y fomentar políticas demográficas apropiadas*”.

Resta evidente que es necesario expandir la noción de participación ciudadana de forma que esta también alcance la actividad administrativa y genere más efectividad. Dicho de otra manera, la participación ciudadana, así concebida, es factor de fortalecimiento de las democracias y también la base de los nuevos métodos de gobernanza y gestión administrativa. Y como destacamos en la primera parte de esta investigación, urge la incorporación de una nueva visión de gobernabilidad basada en la articulación de los procesos de comunicación interna y externa.

Así, la Administración pública relacional, que hemos desarrollado en la primera parte de este estudio, es la clave para el incremento de la participación democrática en las cuestiones medioambientales. A través de ella es posible la interacción interadministrativa permanente (entre los distintos niveles) y la aproximación colaborativa con los administrados. La gobernanza relacional busca involucrar distintos actores, estatales o no estatales, en la construcción y ejecución de políticas públicas, en un esquema de corresponsabilidad. Sin la participación y la colaboración de todos no es

⁷⁸⁴ Cfr. CASTAÑÓN DEL VALLE, M. “Responsabilidad Administrativa Ambiental”, en VERCHER NOGUEIRA, A.; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, G.; CASTAÑÓN DEL VALLE, M. *Responsabilidad Ambiental: Penal, Civil y Administrativa*. Madrid: ECOIURIS, 2003, p. 179.

⁷⁸⁵ Cfr. FENSTERSEIFER, T. (2008). Op. cit. p.131.

⁷⁸⁶ Cfr. JORDANO FRAGA, J. La Administración en el Estado ambiental de Derecho. *Revista de Administración Pública*, n. 173, 2007, p.141.

posible fornecer respuestas eficaces a los retos de la contemporaneidad, sobre todo los que tratan del medioambiente en una sociedad de riesgo.

La tendencia actual es justamente la ampliación de la participación para la solución de las demandas complejas de la sociedad de la información y de riesgo. Por ello, el Estado de Derecho Ambiental reclama una justicia ambiental eficaz y sostenible y para esto es necesaria la adopción de instrumentos de tutela ambiental, basados en la participación y en el consenso, tanto en el ámbito judicial como extrajudicial.

2.2.3. *Responsabilidad ambiental*

Como ya destacado, el Estado de Derecho Ambiental busca alcanzar el fin de protección de los bienes ambientales y de desarrollo humano sostenible. Para efectuar dicha protección los ordenamientos jurídicos disponen de normas ambientales de carácter preventivo y de represivo, hábiles al cumplimiento de distintas funciones, entre ellas la responsabilidad ambiental. Por tanto, el daño o deterioro ambiental debe generar la correspondiente responsabilidad.

En ámbito europeo, la responsabilidad ambiental está normatizada en la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y Consejo, que especifica la prevención y reparación de daños ambientales. Según dicha directiva, la prevención y reparación de los daños medioambientales debe desarrollarse mediante el fomento del principio “quien contamina paga” y con base en el principio de desarrollo sostenible.

La Declaración de Río (1992) también trata de la responsabilidad medio ambiental en el principio 13, recomendando a los países que desarrollen “*la legislación nacional relativa a la responsabilidad y la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales*”. También anima para que los países cooperen de manera más decidida en la elaboración de nuevas leyes internacionales sobre responsabilidad e indemnización por los efectos adversos de los daños ambientales.

La CE/1978 dispone en el art. 45.2 que los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales de manera que existe para los poderes públicos un deber de protección al medio ambiente. Por ello, GALERA RODRIGO señala que la interpretación doctrinal y jurisprudencial de dicho artículo reconoce una obligación

positiva, de actuación, dirigida a los poderes públicos⁷⁸⁷. Este deber de protección conlleva para la AP la tarea de fiscalización y control con la utilización de herramientas preventivas y represivas. Debido a este deber las administraciones públicas, en el ejercicio de sus competencias, deben buscar siempre la preservación del medio ambiente bajo pena de responsabilización. Además, el art. 45.3 dispone sobre el sistema de reparación del medio ambiente, en los siguientes términos: “*para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado*”. Por tanto, la CE/1978 reconoce expresamente un sistema complejo de responsabilidad compuesto por los ámbitos civil, administrativo y penal.

La CFB/1988 también trae para los poderes públicos, en el artículo 225, el deber de protección del medio ambiente, conllevando a las tareas de control y fiscalización, como también a la responsabilización en caso incumplimiento del mandato constitucional. Dichos dispositivos constitucionales aún reconocen el deber de la sociedad de proteger al medio ambiente. Por lo tanto, la responsabilidad ambiental, en el contexto de la CFB/1988, alcanza las Administraciones públicas y los administrados. Además, en el § 5º del artículo 225, la CFB/1988 también reconoce un sistema de responsabilidad en los ámbitos civil, penal y administrativo, en la medida que prescribe que “*las conductas y actividades consideradas nocivas para el medio ambiente someterá a los infractores, personas naturales o jurídicas, a sanciones penales y administrativas, independientemente de la obligación de reparar los daños causados*”.

La responsabilidad ambiental, desde el punto de vista principiológico, extrae su fundamento de los principios de prevención, de precaución y de ‘quien contamina paga’.

Según BETANCOR RODRÍGUEZ, el principio de prevención “*se traduce en la exigencia de una acción que ha de servir para evitar que el daño ambiental se produzca*”⁷⁸⁸. Es decir que el objetivo del principio de prevención es evitar la ocurrencia del daño ambiental a través de la evaluación de las actividades determinando sus peligros, como también por medio de la gestión de los riesgos asociados.

⁷⁸⁷ Cfr. GALERA RODRIGO, S. *La Responsabilidad de las Administraciones públicas en la prevención de daños ambientales*. Madrid: Editorial Montecorvo, 2001, pp.28-29.

⁷⁸⁸ Cfr. BETANCOR RODRÍGUEZ, A. *Instituciones de Derecho Ambiental*. Madrid: La Ley, 2001, p. 155.

Este principio está recogido en la Declaración de Río que establece en el principio 17 que “*deberá emprenderse una evaluación del impacto ambiental, en calidad de instrumento nacional, respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente haya de producir un efecto negativo o considerable al medio ambiente y que esté sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente*”. Para el alcance completo de la prevención es necesario no solo evaluar los riesgos y peligros, sino también gestionarlo para que sea posible eliminarlos o reducirlos.

El principio de precaución, por su vez, está relacionado con la incertidumbre y actúa como un refuerzo al principio de prevención⁷⁸⁹. El primer documento internacional que se refirió, aunque implícitamente, a la idea de precaución fue la Carta mundial de la naturaleza (1982), que dispone en su Principio 11 que “*se controlarán las actividades que pueden tener consecuencias sobre la naturaleza y se utilizarán las mejores técnicas disponibles que reduzcan al mínimo los peligros graves para la naturaleza y otros efectos perjudiciales*”.

Dicho principio solamente fue incorporado expresamente en un documento internacional en 1990, en la Declaración ministerial de Bergen sobre desarrollo sostenible, que concretamente dispone que “*en orden a conseguir el desarrollo sostenible, las políticas deben basarse en el principio de precaución. Las medidas medioambientales deben anticipar, prevenir y atacar las causas de la degradación medioambiental. Cuando haya amenazas de daño serio e irreversible, la falta de completa certidumbre científica no debería ser utilizada como razón para posponer las medidas de prevención de la degradación medioambiental*”.

Aunque exista una conexión con el principio de prevención, el principio de precaución tiene un contenido que va más allá de la prevención. Como hemos visto, la prevención se basa en la adopción de medidas destinadas a prevenir eventos supervenientes y probables. En la precaución, la adopción de medidas protección se acopla a la incertidumbre y el peligro. Por ello, COLAÇO ANTUNES señala que la

⁷⁸⁹ Sobre el principio de precaución véase: CARRILLO DONAIRE, J. A. Derecho, técnica y riesgo: el principio de precaución en el ámbito medioambiental. *Revista de Fomento Social*, 2016, pp.247-259; ESTEVE PARDO, J. Principio de precaución. El derecho ante la incerteza científica. *Revista jurídica de Catalunya*, v. 102, n. 3, 2003, pp. 689-700; CIERCO SEIRA, C. El principio de precaución: reflexiones sobre su contenido y alcance en los derechos comunitario y español. *Revista de administración pública*, n. 163, 2004, pp. 73-126; WEDY, G. *O princípio constitucional da precaução como instrumento de tutela do meio ambiente e da saúde pública: (de acordo com o direito das mudanças climáticas e o direito dos desastres)*. Tercera edición. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2020; SARLET, I. W.; FENSTERSEIFER, T. *Princípios do Direito Ambiental*. Segunda edición. São Paulo: Saraiva, 2017b.

importancia del principio de la precaución está en la idea de prevención de riesgos ambientales especialmente graves para el medio ambiente, tornándose una forma más exigente del principio de prudencia en la compleja relación entre derecho y ciencia⁷⁹⁰. Esto también es el planteamiento de JAQUENOD DE ZSÖGÖN cuando afirma que *“la falta de pruebas científicas firmes y concluyentes no debe ser obstáculo para la implementación y puesta en práctica de este Principio, sino que precisamente por elevado grado de emergencia ambiental global, éste debe significar paso previo a la aplicación del principio de prevención. De esta manera se anticipa en previo estadio y se prepara la vía preventiva, evitando que los resultados a que arribe la comunidad científica lleguen demasiado tarde, una vez que se ha producido el deterioro ambiental”*⁷⁹¹.

Este principio también está previsto en la Declaración de Río (1992), en el principio 15 que dispone que *“con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”*. Este principio también se encuentra reflejado en la Convención sobre el Cambio Climático de 1992, que dispone que *“las partes deberán tomar medidas precautorias para anticiparse, prevenir o minimizar las causas del cambio climático y mitigar sus efectos adversos”*⁷⁹². Por tanto, la incertidumbre no nos libera de la responsabilidad, al revés ella nos compromete aún más frente a la potencialidad de riesgo o de peligro al medio ambiente.

Por fin, el principio de “quien contamina paga más”. Este es un principio que tiene su origen en la OCDE, reconocido a través de la Recomendación C (72) 128, de 26 de mayo de 1972, denominada de *“Guiding Principles Concerning International Economic Aspects of Environmental Policies”* cuyo objetivo era armonizar los costos de la producción con la protección del medio ambiente. Como bien indican SANTANA GORDILHO y LYRIO PIMENTA, en un primero momento, el principio de “quien contamina paga más” buscaba atribuir al contaminador los costos de las medidas

⁷⁹⁰ Cfr. COLAÇO ANTUNES, L. F. *Direito Público do Ambiente: Diagnose e Prognose da tutela processual da paisagem*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 162.

⁷⁹¹ Cfr. JAQUENOD DE ZSÖGÖN, S. *Derecho Ambiental*. 2ª Edición. Madrid: Dykinson, 2013, p. 435.

⁷⁹² Ibid.

preventivas adoptadas por el Poder público⁷⁹³. Más adelante, hubo una ampliación del alcance del principio, de manera que los costos relativos a la reparación del daño y las indemnizaciones también pasaran a ser atribuidas al contaminador.

Una interpretación equivocada del principio de “quien contamina paga más” puede conducir a la comprensión de que dicho principio significa una autorización para contaminar. En realidad, el principio de “quien contamina paga más” constituye un mecanismo complejo de atribución de los costos de reparación, prevención y exclusión del daño ambiental. Por ello, MILARÉ plantea que el principio no busca tolerar la contaminación por un precio, ni limitarse solamente a la compensación de los daños causados, sino busca evitar el daño al medio ambiente⁷⁹⁴.

En el ámbito internacional, el principio de “quien contamina paga más” está recogido en el principio 16 de la Declaración de Río (1992) que dispone que *“las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en PRINCIPIO, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales”*.

En el contexto europeo, como hemos visto, dicho principio está reconocido en la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y Consejo que fundamenta la responsabilidad ambiental, en el art.1º, en el principio de “quien contamina paga más”. Dicha directiva fue transpuesta en España a través de la Ley 26/2007, de 23 de octubre.

En Brasil, el fundamento para la aplicación del principio de “quien contamina paga más” está en la propia Constitución Federal que prevé en los §§ 2º y 3º del art. 225 que *“aquel que explotar recursos minerales queda obligado a recuperar el medio ambiente degradado, según la solución técnica exigida por el órgano público competente, en la forma de la ley”* y *“que las conductas y actividades consideradas lesivas al medio ambiente someterán a los infractores, personas físicas o jurídicas, a las sanciones penales y administrativas, independientemente de la obligación de reparar los daños*

⁷⁹³ Cfr. SANTANA GORDILHO, H. D.; LYRIO PIMENTA, P. R. Fins do princípio do poluidor-pagador. [en línea]. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 14, n. 1, abr. 2018, p.367. ISSN 2238-0604. DOI: <https://doi.org/10.18256/2238-0604.2018.v14i1.2080>. [consulta 05 noviembre 2011]. Disponible en: <https://seer.imes.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2080>.

⁷⁹⁴ Cfr. MILARÉ, Edis. (2011). Op. cit., pp. 771.

causados”. Además, en el inciso VII del art. 4º de la Ley Federal n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, también se extrae dicho principio, una vez que dispone que “*la Política Nacional del Medio Ambiente buscará imponer al contaminador y al predador la obligación de recuperar y/o indemnizar los causados y al usuario la contribución por la utilización de los recursos ambientales con fines económicos*”.

Por tanto, la aplicación del principio de “quien contamina paga más” debe conducirnos a la efectucción de la prevención del daño ambiental, jamás deberá ser considerado un permiso para contaminar. La idea es que la actividad de preservación y conservación de los recursos naturales produzca menos cargos que su explotación.

Una vez sedimentada la base principiológica de la responsabilidad ambiental, avanzaremos para el examen de las distintas dimensiones de dicha responsabilidad.

Los daños ambientales pueden generar distintas lesiones, de manera que la responsabilidad ambiental podrá repercutir en tres ámbitos distintos: penal, civil y administrativo⁷⁹⁵.

La responsabilidad penal tendrá lugar cuando el daño ambiental tenga origen en un hecho que constituya ilícito penal que, en general, también genera la obligación de reparación civil por el daño causado (responsabilidad civil *ex delicto*). En el ordenamiento jurídico español, la responsabilidad penal con relación al medio ambiente está recogida en Código Penal, en el título decimosexto (“Los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente”). En el ordenamiento jurídico brasileño, los delitos ambientales están previstos en la Ley n. 9.605, de 12 de febrero de 1998, que permite, incluso, la responsabilización penal de la

⁷⁹⁵ En Brasil, un mismo hecho puede generar la responsabilidad en los tres ámbitos simultáneamente, es decir las responsabilidades civil, penal y administrativa son independientes (vid. art. 92, I, del Código Penal y arts. 63 y 64 del Código Procesal Penal). Sin embargo, una resolución judicial penal repercutirá en los otros ámbitos cuando comprobada la negativa de autoría del hecho criminoso o la inexistencia del propio hecho (vid. art. 935 del Código Civil y art. 126 de la Ley Federal n. 8.112, de 11 de diciembre de 1990). En el caso de resolución penal absolutoria con fundamento en la escasez de pruebas de la culpabilidad, esta abolición no generará cualquier efecto en los ámbitos civil y administrativo. En España, el ordenamiento jurídico impone una clara preferencia a la jurisdicción penal frente a la civil y a la administrativa, como demuestra el art. 10.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio. Además, el art. 133 de la LRJPAC dispone sobre la prohibición del *non bis in idem*, en la medida que no se podrá haber doble sanción (administrativa y penal) cuando haya identidad de sujeto y del fundamento. No obstante, el Tribunal Constitucional de España ha matizado la interpretación de dicho principio, comprendiendo que la resolución judicial penal absolutoria basada en la inexistencia del hecho, o en la negativa de autoría del acusado, o en la extinción de la responsabilidad penal, vincula la vía administrativa (STC de 27 de noviembre de 1985). Otra matice es en el sentido de la excepcionalidad de la doble sanción (penal y administrativa) cuando haya una relación de supremacía especial entre la Administración pública y el sancionado (SSTC 2/1981, de 30 de enero y STS 13/2006, de 20 de enero).

persona jurídica⁷⁹⁶. Sea en el ordenamiento jurídico español o en el brasileño, la responsabilidad penal se basa siempre en un criterio de imputación subjetiva (dolo o culpa).

La responsabilidad civil, por su vez, busca que el responsable por el daño pague una indemnización por los gastos de su reparación. El fundamento de esta responsabilidad está en el principio de que todo aquel que comete un daño tiene el deber de repararlo. En el ámbito europeo, el Libro verde sobre reparación del daño ecológico, de 14 de mayo de 1995, fue el primer documento comunitario a tratar del tema de reparación civil de daños ambientales. Dicho libro verde apunta los puntos de deficiencia de este sistema de responsabilidad, como también busca soluciones para las fallas.

La Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales, busca tratar de la responsabilidad civil con vistas a la prevención del daño, solventando algunas de las deficiencias apuntadas en el Libro verde sobre reparación del daño ecológico. Dicha Directiva ha creado un sistema de responsabilidad de carácter administrativo, a la vez que atribuye a las AAPP nacionales la competencia para decidir sobre la determinación de los daños y las personas responsables, bajo ulterior control judicial. Frente dichas circunstancias, BELTRÁN CASTELLANOS plantea que el legislador europeo ha optado por un régimen administrativo para obtener una mayor efectividad y homogeneidad en la aplicación de

⁷⁹⁶ Es importante destacar que la responsabilidad penal de la persona jurídica es un tema todavía controvertido en la doctrina penal brasileña. No obstante, la Ley n. 9.605, de 12 de febrero de 1998, prevenga dicha responsabilidad, algunos autores entienden que no hay fundamento constitucional para ello. ANDRADE MOREIRA, por ejemplo, sostiene que el artículo 225, §5º de la CFB/1988 no autoriza la responsabilidad penal de la persona jurídica, solamente la imputación de sanciones administrativas. Además, según dicho autor, la doctrina mayoritaria brasileña y extranjera, plantea la incompatibilidad de la teoría del delito y de la teoría de la pena con la responsabilidad penal de la persona jurídica. Véase en: ANDRADE MOREIRA, R. O STF e a Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. Perdemos a batalha, mas não a guerra. [en línea]. *Revista Jus Navigandi*. Teresina, año 19, n. 3845, 10 de enero de 2014. [consulta: 2 noviembre 2021]. Disponible en: <https://jus.com.br/artigos/26358>. En la doctrina extranjera, BAIGÚN registra que “*son muchas las razones que históricamente se suman en contra de la recepción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no sólo en el ámbito normativo sino también en el sociológico y político*”. Cfr. BAIGÚN, D. *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*. Buenos Aires: Depalma, 2000. En la doctrina brasileña, RÉGIS PRADO también se opone a la responsabilidad de la persona jurídica y plantea que “*falta ao ente coletivo o primeiro elemento do delito: a capacidade de ação ou omissão (típica)*”. RÉGIS PRADO, L. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Vol. I, Octava edición. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. Sin embargo, la jurisprudencia del STF reconoce dicha responsabilidad, véase en HC83554/PR (Rel. Min. Gilmar Mendes) y RE548.181/PR (Rel. Min. Rosa Weber).

dicha normativa⁷⁹⁷. Esta reparación del daño ecológico en la vía administrativa no impide la responsabilidad administrativa por infracción a la normativa administrativa.

En España, la responsabilidad civil por daño ambiental está recogida en la Ley 26/2007, de 23 de octubre⁷⁹⁸, que transpone la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y Consejo. El objetivo de dicha ley es la prevención y reparación de los daños que recaigan sobre ciertos recursos naturales. El régimen de responsabilidad adoptado por la Ley 26/2007, de 23 de octubre, es doble, una vez que para las actividades económicas o profesionales enumeradas en el Anexo III la modalidad adoptada es la objetiva, basada en la teoría del riesgo; ya para las actividades que no se ajustan al Anexo III, la modalidad adoptada es la subjetiva, por la cual es necesaria la comprobación de dolo o culpa⁷⁹⁹.

En Brasil, la responsabilidad civil por daño ambiental está recogida de manera general en la Ley Federal n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispone en la primera parte del §1º del artículo 14 que *“sin que ello impida la aplicación de las sanciones previstas en este artículo, el contaminador está obligado, independientemente de la existencia de culpa, a indemnizar o reparar los daños causados al medio ambiente y a los terceros afectados por su actividad”* (traducción propia). Por tanto, el legislador estableció el régimen de responsabilidad objetiva en ámbito civil. Algunos diplomas sectoriales también tratan de la responsabilidad civil por daño ambiental, como la Ley de Bioseguridad (Ley Federal n. 11.105 de 24 de marzo de 2005), la Ley de Residuos Sólidos (Ley Federal n. 12.305, de 2 de agosto de 2010) y el Código Forestal (Ley Federal n. 12.651, de 25 de mayo de 2012).

Cuanto, a la responsabilidad administrativa, esta ocurre cuando el hecho dañoso ambiental ocurre por infracción a normativa administrativa, generando el ejercicio del poder sancionador de las AAPP. Dentro del sector ambiental, la AP asume funciones de control y vigilancia que permite la imposición de sanciones administrativas por incumplimiento de la normativa ambiental.

AGUILERA VAQUÉS y CERRILLO MARTÍNEZ también destacan que, en general, la falta administrativa apurada en la actuación administrativa va a generar la

⁷⁹⁷ Cfr. BELTRÁN CASTELLANOS, J. M. Instrumentos para la efectividad del Régimen de la Responsabilidad Medioambiental. Navarra: Aranzadi, 2018, p.94.

⁷⁹⁸ Véase también el Real Decreto 2090/2008, de 22 de diciembre que desarrolla parcialmente a Ley 26/2007, de 23 de octubre.

⁷⁹⁹ Sobre el tema véase: LOZANO CUTANDA, B. (Coord.). *Comentarios a la ley de responsabilidad medioambiental*. Pamplona: Aranzadi. 2008.

responsabilidad civil y también la obligatoriedad de adoptar medidas para impedir o reducir el riesgo de cometimiento de nueva falta⁸⁰⁰.

En España, la responsabilidad administrativa por daño ambiental está extremadamente sectorizada, de manera que los diplomas legales que reglan las distintas actividades y recursos naturales traen una disposición específica sobre dicha responsabilidad. En Brasil, la base para la responsabilidad administrativa ambiental está en la Ley Federal n. 9.605, de 12 de febrero de 1998, que la define la infracción administrativa, en el art. 70, como “*toda acción u omisión que vulnere las reglas jurídicas de uso, gozo, promoción, protección y recuperación del medio ambiente*”. Dicha ley también disciplina el procedimiento y el sistema de sanciones. La jurisprudencia del STJ ha sedimentado la orientación en el sentido de que la responsabilidad administrativa por daño ambiental está sometida al régimen subjetivo, de manera que es necesaria la comprobación de dolo o culpa⁸⁰¹. No obstante, algunos autores sostienen la aplicación de la responsabilidad objetiva como regla general⁸⁰².

También es importante el registro de la posibilidad de responsabilidad de los agentes públicos por daño ambiental. Esto porque la actuación o la inactividad administrativa también puede generar daño ambiental. No podemos olvidar que las AAPP, sea en el ordenamiento jurídico brasileño o español, tienen el deber de actuar para la protección del medio ambiente. En este contexto, es posible la responsabilidad administrativa o penal del agente público, como también la responsabilidad civil del Estado.

Por lo tanto, la responsabilidad ambiental es otro principio fundamental a la configuración del Estado de Derecho Ambiental, debiendo ser tomada no solo en la perspectiva de reparación del daño ambiental, sino también en el marco de la prevención y precaución.

2.2.4. *Sostenibilidad*

De acuerdo con la Real Academia Española, la palabra sostenibilidad significa “la cualidad de sostenible”, al paso que sostenible significa “que se puede sostener”. En

⁸⁰⁰ Cfr. AGUILERA VAQUÉS, M.; CERRILLO MARTÍNEZ, A. (2014). Op. cit. p. 65.

⁸⁰¹ Véase: REsp 1.251.697/PR, AgRg no Agravo em REsp 62.584/RJ y REsp 1.318.051/RJ.

⁸⁰² En este sentido véase: LEME MACHADO, P. A. (2015). Op. cit., p.405.

portugués la palabra sostenibilidad posee el mismo origen (sostenible), de manera que el significado no es distinto del castellano⁸⁰³. Desde el punto de vista etimológico, la palabra sostenible (sea en portugués o castellano) tiene su origen del latín “*sus tenere*” que significa defender. Con fundamento en el sentido y en el origen etimológico de la palabra sostenible, podemos comprender el principio de sostenibilidad como un mecanismo de defensa del bienestar humano permanente. Por ello, FREITAS define la sostenibilidad como “*un deber ético y jurídico- político de facilitar el bienestar en el presente, sin prejuicio del bien estar futuro, propio o de terceros*”⁸⁰⁴. En estos términos, la sostenibilidad se vincula a la existencia de condiciones de favorables para una vida humana digna para las generaciones presentes y futuras.

Por estos conceptos iniciales podemos concluir que comprender la sostenibilidad no es una tarea fácil. SACHS, por ejemplo, la examina bajo ocho dimensiones: social, económica, ecológica, espacial, territorial, cultural, política nacional y política internacional⁸⁰⁵. FREITAS, por su vez, vislumbra cinco dimensiones de la sustentabilidad: ambiental, social, ética, económica y jurídico-política⁸⁰⁶. Por tanto, la sustentabilidad es un concepto aún en construcción teórica. Sin embargo, la doctrina, de una manera general, apunta su tridimensionalidad: económica, social y ambiental⁸⁰⁷. SANZ LARRUGA apunta en la legislación española manifestaciones explícitas de estas otras dimensiones, destacando las cláusulas sociales de sostenibilidad previstas en la Ley 30/2007, 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que expresan la sostenibilidad social; el Real Decreto 13/2009, de 26 de octubre, del Fondo Estatal para el Empleo y la Sostenibilidad Local, que manifiesta la sostenibilidad económica y financiera⁸⁰⁸. Por tanto, la sostenibilidad tiene un carácter multidimensional y no está restringida al ámbito

⁸⁰³ Según el Diccionario Michaelis la palabra sostenibilidad (*sustentabilidade*) en portugués significa “*qualidade, característica ou condição de sustentável*”. Además, la palabra “*sustentabilidade*” deriva de sostenible (*sustentável*), que tiene origen en el latín, “*sustentare*”. Cfr. DA CUNHA, A. G. Dicionário Etimológico Nova Fronteira da Língua Portuguesa. Segunda edición. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996.

⁸⁰⁴ Cfr. FREITAS, J. *Sustentabilidade: Direito ao futuro*. Cuarta edición. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2020, p. 20 (traducción propia).

⁸⁰⁵ Vid. SACHS, I. *Caminhos para o Desenvolvimento Sustentável*. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

⁸⁰⁶ Cfr. FREITAS, J. (2021). Op. cit., p. 25.

⁸⁰⁷ Sobre el tema véase: FERRANDIZ MARTÍNEZ, A. A propósito del desarrollo sostenible: origen, evolución y teorías alternativas. [en línea]. *Terra*, 2016, núm. 2, pp.74-96. ISSN: 2386-9968. DOI: 10.7203/terra.2.8216. [consulta 16 abril 2022]. Disponible en: <https://ojs.uv.es/index.php/TERRA/article/view/8216>.

⁸⁰⁸ SANZ LARRUGA, F.J. Sostenibilidad ambiental y Derecho Administrativo: ¿nuevo remedio ante la crisis económica o una exigencia constitucional? A propósito de la nueva Ley de Economía Sostenible. *Actualidad Jurídica Ambiental*, n. 2, mayo/2011, pp. 14-15.

ambiental. En otras palabras, para que se alcance la sostenibilidad es necesario buscar el equilibrio entre sus diversas dimensiones⁸⁰⁹.

Otro elemento importante en la comprensión de la sostenibilidad es el principio de no regresión. El principio de no regresión tiene fundamento en la progresividad de la protección ambiental. Es decir, la no regresión significa no retroceder en los estándares de protección ambiental ya alcanzados. Por lo tanto, admitir la posibilidad de regresión ambiental implica en dificultar el desarrollo sostenible y la garantía de los derechos de las futuras generaciones.

Además, para la comprensión de dicho principio debemos considerar que el deber de protección del medio ambiente no permite que el Estado deje de actuar o actúe de manera insuficiente en el rol de protección del medio ambiente⁸¹⁰. En este contexto, con fundamento en la proporcionalidad, el principio de no regresión significa la prohibición de insuficiencia de protección ambiental, debiendo el Estado garantizar un nivel mínimo de protección.

El reconocimiento internacional del principio de no regresión en el ámbito ambiental ocurrió en la Conferencia Rio+20, significando que la normativa y jurisprudencia ambiental no pueden retroceder, afectando negativamente los niveles de protección ya alcanzados. Por tanto, el principio de no regresión dialoga con el principio de sostenibilidad, como también otros principios que fundamentan el Estado de Derecho Ambiental. Este principio expresa, en realidad, el valor de la sociedad contemporánea: de mantenimiento del nivel de protección ambiental alcanzado. Por tanto, limita la actuación de los poderes públicos.

Sin embargo, no se debe adoptar una aplicación inflexible de dicho principio que puede, incluso, conducir a la insostenibilidad. No podemos olvidar que la sostenibilidad en la perspectiva multidimensional busca justamente el balance entre sus distintas dimensiones. Por ello, AMAYA ARIAS sostiene que es necesario considerar los cambios y transformaciones de la vida económica, social y jurídica para que no se petrifique el

⁸⁰⁹ Vid. LOPERENA ROTA, D. *Desarrollo Sostenible y Globalización*. Navarra: Thomson Aranzadi, 2003.

⁸¹⁰ Vid. SARLET, I. W.; FENSTERSEIFER, T. “Breves considerações sobre o Princípio da Proibição de Retrocesso em matéria ambiental à Luz do atual cenário de flexibilização da Legislação Ecológica Brasileira”, en MORATO LEITE, J.R.; DINNEBIER, F. F. (org.). *ESTADO DE DIREITO ECOLÓGICO: Conceito, Conteúdo e Novas Dimensões para a Proteção da Natureza*. São Paulo: Instituto O direito por um planeta verde, 2017a, p. 424.

ordenamiento jurídico sin otras consideraciones que no sea la protección del medio ambiente⁸¹¹.

Esta noción de sostenibilidad, inicialmente desarrollada en la ecología, fue transpuesta para el ámbito económico. Los primeros estudios bajo esta perspectiva originaron el informe al Club de Roma denominado “Los límites del crecimiento”, publicado en 1972, que ya alertaba para el ritmo de incremento de la población mundial, de la industrialización, de la producción de alimentos y la explotación de los recursos naturales.

Sin embargo, el primero documento oficial internacional a tratar de sostenibilidad y desarrollo fue el Informe Brundtland, de 1987. En este documento se detalla el concepto de desarrollo sostenible y asienta las premisas para el perfeccionamiento de teorías económicas desvinculadas de la idea de simple crecimiento económico. El enfoque dado por el Informe Brundtland generó la necesidad de creación de una agenda global más propositiva y direccionada para una economía más imaginativa y basada en el uso menos agresivo de los recursos naturales, en el control de los contaminantes y en la garantía del bienestar humano permanente⁸¹².

Las directrices fijadas en el Informe Brundtland fueron desarrolladas más adelante en la Cumbre de la Tierra celebrada en la ciudad de Río de Janeiro en el año de 1992, oportunidad en que fueron aprobados cinco documentos: Declaración de Río, Agenda 21, Convenio sobre Diversidad Biológica, Convenio Marco sobre el Cambio Climático y la Declaración sobre los Bosques. Estos documentos internacionales desarrollan aspectos de la sostenibilidad, creando una agenda global basada en la idea de desarrollo sostenible y cooperación internacional.

Aunque la política internacional, en algunos momentos no ha cooperado para la obtención de resultados más eficientes con base en la sostenibilidad, el compromiso con la misma fue mantenido en la Cumbre del Milenio (2000), en la Cumbre de la Tierra de Johannesburgo (2002), en la Rio+20 (2012), en la Cumbre sobre el Clima de Nueva York (2014) y en la Cumbre de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (2015).

⁸¹¹ Cfr. AMAYA ARIAS, A. M. *El principio de no regresión en el derecho ambiental*. Madrid: Iustel, 2016, p. 231.

⁸¹² Vid. CORREA, R. A dimensão econômica e o desenvolvimento sustentável sob a ótica de Juarez Freitas. [en línea]. *Revista Direito à Sustentabilidade*, v. 1, n. 2, 2015. [consulta: 25 diciembre 2021]. Disponible en: <https://e-revista.unioeste.br/index.php/direitoasustentabilidade/article/view/12354>.

Actualmente está vigente el compromiso firmado en la Cumbre de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (2015), por el cual 193 países integrantes de la ONU firmaron el reto de desarrollo humano y sostenible a través de un plan de acción para el período de 2016 al 2030 denominado de AGENDA 2030. Este plan de acción desarrollado en el documento *“Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”* se sustenta en cinco elementos esenciales e interrelacionados: Personas, Planeta, Prosperidad, Paz y Alianza⁸¹³. Por tanto, la noción multidimensional de sostenibilidad es aplicada en este documento internacional para la definición de los objetivos de desarrollo sostenible.

En el ámbito europeo, la sostenibilidad fue tratada en la Carta de Aalborg (1994), también denominada de Carta de las ciudades europeas hacia la sostenibilidad. Dicha carta desarrolla nociones y principios de sostenibilidad, comprendiéndola a través de su multidimensionalidad⁸¹⁴. Otro documento comunitario importante es la Declaración de Hannover de los Líderes Municipales en el Umbral del Siglo XXI (2000), que establece un compromiso con la sostenibilidad, a través de la lucha contra la pobreza y la exclusión social, como también por medio del desarrollo de un medio ambiente sano y habitable. La Estrategia Territorial Europea hacia un desarrollo equilibrado y sostenible también es un documento comunitario que desarrolla la sostenibilidad en una perspectiva multidimensional, una vez que combina las políticas para el desarrollo sostenible desde el punto de medioambiental, económico y social.

⁸¹³ El elemento Personas busca erradicar la pobreza y el hambre en todas sus formas y dimensiones, como también garantizar que todos puedan desarrollar su potencial con dignidad e igualdad en un medio ambiente saludable; el elemento Planeta se enfoca en la protección del planeta de la degradación, principalmente mediante la producción y el consumo sostenibles, facilitando la gestión sostenible de los recursos naturales y medidas urgentes sobre el cambio climático para que el planeta pueda sustentar las necesidades de las generaciones presentes y futuras; el elemento Prosperidad busca asegurar que todos disfruten de una vida próspera y plena, y que el progreso económico, social y tecnológico se produzca en armonía con la naturaleza; el elemento Paz objetiva promover sociedades pacíficas, justas e inclusivas; y el elemento Alianza tiene la finalidad de movilizar los recursos necesarios para implementar la agenda 2030 a través de una alianza mundial revitalizada para el desarrollo sostenible, basada en un espíritu de mayor solidaridad mundial, centrada especialmente en las necesidades de los más pobres y vulnerables. Por medio de estos elementos, que en interacción recíproca conforman las dimensiones ambiental, social y económica del desarrollo sostenible, se busca lograr el propósito global de “no dejar a nadie atrás”.

⁸¹⁴ De la Carta de las ciudades europeas hacia la sostenibilidad destacamos el siguiente fragmento que ilustra la concepción multidimensional de la sostenibilidad: *“Nosotras, ciudades, comprendemos que el concepto de desarrollo sostenible nos ayuda a basar nuestro nivel de vida en la capacidad transmisora de la naturaleza. Tratamos de lograr una justicia social, unas economías sostenibles y un medio ambiente duradero. La justicia social pasa necesariamente por la sostenibilidad económica y la equidad, que precisan a su vez de una sostenibilidad ambiental”*.

España también posee una estrategia de desarrollo sostenible basada en la perspectiva multidimensional de sostenibilidad. En 2018, el Consejo de Ministros aprobó el Plan de Acción para la implementación de la Agenda 2030 denominado de “*Hacia una Estrategia Española de Desarrollo Sostenible*”. Tres años después, el Consejo de Ministros aprueba la Estrategia de Desarrollo Sostenible 2030, articulada en ocho ejes: acabar con la pobreza y la desigualdad; hacer frente a la emergencia climática; cerrar la brecha de género y poner fin a la discriminación; superar las ineficiencias del sistema económico; poner fin a la precariedad laboral; revertir la crisis de los servicios públicos; poner fin a la injusticia global y a las amenazas a los derechos humanos y revitalizar el medio rural afrontando el reto demográfico. Por tanto, la sostenibilidad y los derechos de las personas están en el centro de la acción de la estrategia española. Además, la jurisprudencia española ya en los ochenta ya invocaba el desarrollo sostenible, como bien señala JORDANO FRAGA⁸¹⁵. El TC, por ejemplo, ha considerado, en la STC 64/1982, de 4 de noviembre, que el medio ambiente y el desarrollo son bienes jurídicos constitucionalizados, de manera que “*el desarrollo sostenible es la forma de desarrollo constitucionalizado siendo bien, valor o principio directo o indirecto como consecuencia de la constitucionalización del derecho a un medio ambiente adecuado como principio rector de la política económica y social (art. 45 y 53.3 CE)*”⁸¹⁶. Por ello, BUSTILLO BOLADO destaca que el desarrollo sostenible constituye parte del acervo jurídico de la jurisprudencia constitucional y de la contenciosa-administrativa española, “*configurándose (en la línea inicialmente marcada por las Naciones Unidas) como un equilibrio dinámico entre desarrollo económico y la conservación del medio ambiente*”⁸¹⁷

En el ámbito autonómico no podemos dejar de mencionar la Ley 7/2007, de 9 de julio, de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Dicha ley, según su exposición de motivos, busca “*dar respuestas a las tres dimensiones del concepto de desarrollo sostenible –ambiental, social y económica–*

⁸¹⁵ En fundamento jurídico, dicha sentencia dispone que “*la conclusión que se deduce del examen de los preceptos constitucionales lleva a la necesidad de compaginar en la forma que en cada caso decida el legislador competente la protección de ambos bienes constitucionales: el medio ambiente y el desarrollo*”. Cfr. JORDANO FRAGA, J. Desarrollo sostenible: El reto del derecho ambiental. [en línea]. *Medio Ambiente & Derecho: Revista electrónica de derecho ambiental*, n. 38, 2021, p.3. [consulta 16 abril 2022]. Disponible en: <https://huespedes.cica.es/gimadus/>.

⁸¹⁶ JORDANO FRAGA, J. Loc. cit.

⁸¹⁷ BUSTILLO BOLADO, R. O. “El desarrollo sostenible como concepto jurídico y como principio constitucional”, en BUSTILLO BOLADO, R. O.; GÓMEZ MANRESA, M. F. (dir). *Desarrollo sostenible: análisis jurisprudencial y de políticas públicas*. Navarra: Aranzadi, 2014, p. 42.

superando las originarias normas sectoriales para la protección de un medio ambiente limpio, hoy insuficientes". La norma andaluza intenta, con base en la sostenibilidad, ofrecer un marco normativo más adecuado a las nuevas formas de gestión y planificación, mejorando la calidad de vida de los ciudadanos y la protección del medio ambiente.

En el ámbito del MERCOSUR, la sostenibilidad está presente en el Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente de MERCOSUR (2001), que en el artículo 4º define que el objeto del acuerdo es *"el desarrollo sustentable y la protección del medio ambiente, mediante la articulación de las dimensiones económicas, sociales y ambientales, contribuyendo a una mejor calidad del ambiente y de la vida de la población"*. Por tanto, el Acuerdo Marco también adopta esta comprensión multidimensional de desarrollo sostenible (ambiental, social y económico).

En Brasil, a través del Decreto Federal n. 8.892, de 27 de octubre de 2016, fue creada la Comisión Nacional para los Objetivos de Desarrollo Sostenible, cuyo objetivo era internalizar, difundir y dar transparencia al proceso de implementación de la Agenda 2030 en el país. Ocurre que dicho decreto fue revocado por el Decreto Federal n. 10.179, de 18 de diciembre de 2019, extinguiendo la Comisión Nacional para los Objetivos de Desarrollo Sostenible sin la conclusión de los trabajos. En 2020, a través del Decreto Federal 10.531, de 26 de octubre de 2020, es instituida la Estrategia Federal de Desarrollo para Brasil en el período de 2020 a 2031.

Esta estrategia de desarrollo debería linearse a los documentos internacionales firmados por Brasil, que crean el compromiso de desarrollo sostenible en una perspectiva multidimensional, no obstante, dicha estrategia está sostenida en parámetros casi que exclusivos de crecimiento económico, representando un retroceso para el país. Además, la estrategia deja de contemplar de forma significativa la participación de los gobiernos subnacionales en el esfuerzo para el alcance de los objetivos y metas. Por tanto, dicho documento desviase de los objetivos de desarrollo sostenibles fijados en la Agenda 2030 como también del concepto multidimensional de sostenibilidad construido por la doctrina ambientalista y reafirmado por la jurisprudencia.

De todo que hemos visto, podemos concluir que la sostenibilidad en el paradigma del Estado de Derecho Ambiental debe ser concebida en una perspectiva multidimensional, englobando, básicamente, los aspectos económicos, sociales y ambientales. El Estado de Derecho Ambiental busca el equilibrio de estas dimensiones

de sostenibilidad, de manera a garantizar los derechos de las generaciones presentes y futuras.

2.3. Mecanismos de tutela ambiental jurídica

Para que se garantice el medio ambiente, es necesario desarrollar mecanismos eficientes de tutela ambiental⁸¹⁸. Tenemos que considerar para la tutela del medio ambiente la mutabilidad inherente a estas cuestiones. Por ello PÉREZ MORENO destaca que “*las técnicas de tutela ambiental tienen un carácter relativo e histórico*”⁸¹⁹. Esto porque el desarrollo tecnológico ha contribuido tanto para la superación de determinados factores de riesgos, como para el surgimiento de nuevos factores que demandan la reformulación o la construcción de otros mecanismos de tutela.

Tratándose de tutela ambiental, podemos concebirla en distintas perspectivas: política, económica, social, cultural y jurídica. Sin embargo, en este epígrafe, centraremos nuestros estudios en la perspectiva jurídica.

En este contexto, el Estado de Derecho Ambiental exige la construcción de normas, políticas públicas y mecanismos de tutela para que se posibilite la efectiva protección del medio ambiente. Por ello, SARLET y FENSTERSEIFER destacan que el Estado tiene el rol de desarrollar medidas que garanticen la efectiva protección del medio ambiente, de manera que el Estado-Legislator tiene que adoptar medidas legislativas; el Estado-Administrador tiene que ejecutar las medidas de forma adecuada y suficiente a la tutela ambiental; y el Estado-Juez podrá ser llamado para impedir y corregir vulneraciones a los parámetros de protección constitucionalmente establecidos⁸²⁰.

En el ámbito europeo, el art. 37 de la CDFUE establece que las políticas de la UE deben integrar un alto nivel de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad. En complemento, el art. 47 de la CDFUE protege los derechos de acceso a la justicia en

⁸¹⁸ Según CANOTILHO, al lado del derecho al medio ambiente está el derecho de protección al medio ambiente, que se expresa en el deber del Estado de combatir los peligros sobre el medio ambiente y de protección de la calidad de vida del ciudadano. Cfr. CANOTILHO, J. J. G. “O direito ao ambiente como direito subjetivo”, en CANOTILHO, J. J. G. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora. 2004, p. 188.

⁸¹⁹ Cfr. PÉREZ MORENO, A. Instrumentos de tutela ambiental. [en línea]. *Revista Electrónica de Derecho Ambiental*, número 1, Universidad de Sevilla, 1998, pp. 01-08. [consulta: 19 noviembre 2021]. Disponible en: <http://hdl.handle.net/11441/17295>.

⁸²⁰ Cfr. SARLET, I. W.; FENSTERSEIFER, T. (2017a). Op. cit., p. 420.

relación con todos los derechos garantizados por el Derecho de la UE. Además, el TEDH confirma que determinados derechos de la CEDH están afectados en cuestiones ambientales reclamando protección en dicha jurisdicción, como el derecho a la vida (art.2º) y el derecho al respeto de la vida privada y familiar (art. 8º). Por tanto, la efectiva tutela del medio ambiente es un objetivo perseguido por la UE no sólo en la perspectiva jurídica.

Sobre la tutela ambiental jurídica, MELLO MONTEIRO plantea que estos mecanismos pueden tener el carácter represivo— buscando la reparación del daño y garantizando que los daños inminentes no ocurran; o preventivo— buscando prevenir el daño⁸²¹.

La tutela represiva se efectiva cuando ya existe un daño ambiental y se concreta por medidas administrativas promovidas por órganos con competencia para la protección de los intereses ambientales y por medidas judiciales, incluso en el ámbito penal. En general, la tutela represiva tiene lugar cuando las medidas de carácter preventivo fallan. Así, frente a la ineficiencia de la prevención, la tutela represiva debe ser accionada.

Las medidas administrativas de carácter represivo tienen fundamento en el poder sancionatorio del Estado, en especial, en el ejercicio de las actividades de fiscalización ambiental. Las medidas judiciales de carácter represivo, por su vez, son adoptadas frente a la inactividad administrativa o cuando las medidas administrativas no son suficientes para evitar la ocurrencia del daño ambiental. Como bien señala MELLO MONTEIRO la vía judicial debe constituir la última alternativa para alcanzar el reto de protección del medio ambiente⁸²². Sin embargo, no podemos ignorar el potencial preventivo de las medidas judiciales represivas, en la medida que pueden inducir comportamientos y abstenciones.

La tutela preventiva tiene su fundamento en los principios de prevención y precaución, constituyendo el núcleo central de la protección ambiental. Esto porque reaccionar una vez realizado el daño no garantiza la recomposición de los ecosistemas afectados, ni la debida reparación a las víctimas del daño ambiental. Actuar preventivamente significa adoptar una postura sostenible frente a las cuestiones

⁸²¹ Cfr. MELLO MONTEIRO, A. L. S. *Métodos Consensuais e Tutela Ambiental Efetiva*. Curitiba: Alteridade Editora, 2021, p. 38.

⁸²² *Ibid.*, p. 55.

ambientales. Dicha tutela es efectivada con la actuación extrajudicial de órganos administrativos y de regulación, como también puede ser accionada en la vía judicial, a través de las medidas cautelares⁸²³. El objetivo de la tutela preventiva sea en el ámbito extrajudicial o judicial es justamente evitar la ocurrencia del daño al medio ambiente, en especial aquellos de naturaleza gravosa e irreversible.

En este ámbito de la tutela ambiental, preventiva o represiva, observamos cada vez más la utilización de mecanismos más flexibles y prácticas consensuales. Por ello, PÉREZ MORENO señala que la participación ingresa como fundamento de los instrumentos de tutela ambiental componiendo el Estatuto del “contaminador-colaborador”⁸²⁴. En este sentido debe avanzar las AAPP y el Poder Judicial en el rol de protección del medio ambiente, incorporando la participación y colaboración de los administrados en este proceso.

Una vez fijadas las premisas de la tutela ambiental, haremos una panorámica de las medidas judiciales y extrajudiciales de tutela ambiental en Brasil y España.

2.3.1. *Medidas de tutela judicial*

Como hemos visto en el epígrafe anterior, la tutela ambiental judicial es predominantemente represiva, pero también es posible la utilización de medidas preventivas de naturaleza cautelar. En seguimiento examinaremos los principales instrumentos judiciales de protección ambiental presentes en los ordenamientos jurídicos de Brasil y España.

2.3.1.1. *En Brasil*

La CFB/1988 dispone de dos instrumentos judiciales, de carácter colectivo, para la defensa del medio ambiente y efectividad del contenido del art. 225: la Acción Popular (en adelante, APO), la Acción Civil Pública (en adelante, ACP) y el “*Mandado de Segurança Coletivo*” (en adelante, MSC). Sin embargo, la tutela de intereses individuales afectados por daños ambientales también está garantizada en la vía judicial, a través de

⁸²³ Sobre el tema véase: MIRRA, A. L. V. Tutelas jurisdicionais de prevenção e de precaução no processo coletivo ambiental. *Revista do Advogado: Direito Ambiental*. N. 133, mar./2017, p. 09.

⁸²⁴ Cfr. PÉREZ MORENO, A. (1998). Op. cit. p. 04.

las acciones civiles de reparación de daño, el “*Mandado de Segurança Individual*”, las acciones declaratorias de nulidad, la tutela cautelar y otras acciones ordinarias.

La APO está prevista en el inciso LXXIII del art. 5° de la CFB/1988 y en la Ley Federal n. 4.717, de 29 de junio 1965. Este tipo de acción permite que cualquier ciudadano ingrese con demanda buscando proteger el patrimonio público, los principios administrativos y los bienes jurídicos de naturaleza difusa, como el medio ambiente y el patrimonio histórico y cultural. Dicha acción es idónea para promover la anulación o la declaración de nulidad del acto lesivo al patrimonio público de carácter ambiental, como también la reparación oriunda de dicha anulación o declaración de nulidad (tutela represiva).

La ACP está prevista expresamente en el inciso III del art. 129 de la CFB/1988, como una de las competencias de la Fiscalía. Según el texto constitucional la ACP objetiva proteger el patrimonio público y social, el medio ambiente y otros intereses difusos y colectivos. Además, esta acción colectiva tiene disciplina en la Ley Federal n. 7.347, de 24 de julio de 1985, que permite la apuración de la responsabilidad por daño patrimonial y moral causado al medio ambiente.

Un punto de la ACP que merece destaque es la legitimación para proponerla. Según la Ley Federal n. 7.347, de 24 de julio de 1985, no solo la Fiscalía detiene legitimación para proponer dicha acción, sino también la Defensoría Pública, los entes federados, las entidades de la Administración indirecta y la asociación que esté constituida por el mínimo de un año y que su finalidad institucional sea una de las indicadas en el art. 5°, V, b. Cuanto al objeto de acción, de acuerdo con el art. 3° de la Ley Federal n. 7.347, de 24 de julio de 1985, la condena en dinero o el cumplimiento de obligación de hacer o no hacer pueden constituirlo (tutela represiva). Sin embargo, el Código de Defensa del Consumidor (Ley Federal n. 8.078, de 11 de septiembre de 1990) ha expandido el objeto de la ACP, admitiendo no sólo acciones condenatorias como también de conocimiento, ejecución y cautelares⁸²⁵.

Otra acción constitucional colectiva es el MSC que está previsto en el inciso LXX del art. 5° de la CFB/1988 y en la Ley Federal n. 12.016, de 07 de agosto de 2009. Esta acción constitucional colectiva se destina a combatir un acto practicado por agente público o por quien esté en el ejercicio de una función típicamente pública que vulnere

⁸²⁵ Sobre el tema véase: MILARÉ, E. (2011). Op. cit. p. 511.

derecho subjetivo colectivo⁸²⁶. Esta medida judicial proporcionará una determinación correctiva o impeditiva de la ilegalidad que debe ser cumplida pela autoridad infractora (tutela preventiva).

Cuanto a la legitimación para proponer el MSC, de acuerdo con el art. 21 de la Ley Federal n. 12.016, de 07 de agosto de 2009, son legitimados los partidos políticos con representación en el Congreso Nacional e los sindicatos, entidades de clase y asociaciones que estén en funcionamiento en el país por el mínimo de un año y para la defensa de sus miembros y asociados. Además, la doctrina y jurisprudencia también incluyen la Fiscalía y la Defensoría Pública, debido a sus funciones institucionales. En la protección del medio ambiente, derecho de carácter difuso, la ventaja del MSC es la garantía de un procedimiento preferente y más célere, una vez que si exige la demostración documental del derecho vulnerado.

A las acciones constitucionales colectivas es posible la tutela cautelar lo que permite la utilización preventiva de estas medidas judiciales. En se tratando de cuestiones vinculadas al medio ambiente en que el daño puede ser irreversible o de difícil reparación, las medidas cautelares son esenciales para el refuerzo de la tutela preventiva.

Aunque existan en Brasil mecanismos judiciales propios para la tutela ambiental colectiva en la vía judicial, algunos factores de índole procesal dificultan la tutela ambiental efectiva. MELLO MONTEIRO señala que el costo de la producción de la prueba técnica, la inadecuación de algunos mecanismos procesuales a los conflictos colectivos y las dificultades con la carga de la prueba son ejemplos de factores procesales que vulneran la tutela ambiental efectiva en la vía judicial⁸²⁷. Por ello, la autora brasileña plantea la necesidad de investigar otros medios para la solución de los conflictos ambientales.

2.3.1.2. *En España*

En el ordenamiento jurídico español, la vía judicial es utilizada predominantemente para la protección de derechos individuales afectados por daños ambientales. La

⁸²⁶ Sobre el tema véase: MEIRELLES, H. L. *Mandado de segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data, Ação direta de Inconstitucionalidade, Ação declaratória de constitucionalidade e Arguição de descumprimento de preceito fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2003.

⁸²⁷ Cfr. MELLO MONTEIRO, A. L. S. (2021). Op. cit., p. 65.

protección judicial en el ámbito individual puede ocurrir en la vía contencioso-administrativa, por medio de acciones de reparación de daños basada en la responsabilidad extracontractual y otras acciones en este ámbito; como también en la vía civil, a través de acciones civiles para la defensa de derechos privados. La vía del recurso de amparo también es posible para esta defensa individual, siempre que sea posible relacionar el derecho al medio ambiente con otros derechos fundamentales que gocen del recurso de amparo⁸²⁸.

En el ámbito colectivo, las opciones para la defensa del medio ambiente son más reducidas. Es posible accionar la vía contencioso-administrativo en las cuestiones que impliquen las AAPP, a ejemplo de las acciones para la declaración de nulidad de un acto administrativo, para el cese de actividad administrativa dañosa y para la protección de derechos debido a la inactividad administrativa. Sin embargo, conforme explica LOZANO CUTANDA, la vía contencioso-administrativa no reconoce de manera general las acciones públicas, dicha acción solamente ocurrirá en las hipótesis previstas en ley, debido al dispuesto en el artículo 19.1.h de la LJCA. Por tanto, algunas normas autonómicas poseen previsión para la utilización de la acción pública para la defensa de su ordenación, como también algunas normas sectoriales de la legislación estatal básica⁸²⁹.

⁸²⁸ Cfr. LOZANO CUTANDA, B. (2009). Op. cit., p. 267. Véase también: APODACA ESPINOSA, A. R. D. El Acceso a la Justicia Ambiental a nivel comunitario y en España veinte años después del Convenio de Aarhus. [en línea]. *Revista Catalana de Dret Ambiental*, Vol. IX, n.1, 2018, p. 01-53. DOI: <https://doi.org/10.17345/rcda9.1> [consulta: 16 abril 2022]. Disponible en: <https://www.semanticscholar.org/paper/El-acceso-a-la-justicia-ambiental-a-nivel-y-en-a%C3%B1os-Espinosa/595984bc78890cc8267acf71a08ed212123a4fae>.

⁸²⁹ Son ejemplos de normas autonómicas con previsión de utilización de acción pública para la protección de su ordenación: Ley de la Región de Murcia de Protección Ambiental (Ley 1/1995, de 8 de marzo); Ley de la Comunidad Autónoma de Castilla y León de Intervención Ambiental (Ley 11/2003, de 8 de abril); Ley de Intervención para la Protección Ambiental de Navarra (Ley 4/2005, de 22 de marzo); Ley de la Comunidad Valenciana de prevención a la contaminación y calidad ambiental (Ley 2/2006, de 5 de mayo); y Ley General de Protección al Medio Ambiente del País Vasco (Ley 3/1998, de 27 de febrero). En el ámbito estatal, algunas normas ambientales también proveen la acción pública como: Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (art. 5.e), aprobado por el Real Decreto Legislativo 07/2015 de 30 de octubre; Ley de Costas (Ley 22/1998, de 28 de julio– art. 109); Ley de Caza (Ley 1/1970, de 4 de abril – art. 47.b); Ley del Patrimonio Histórico Español (Ley 16/1985, de 25 de junio – art. 8º) y Ley de la Red de Parques Nacionales (Ley 30/2014, de 3 de diciembre – art. 39). Es importante destacar el comentario de LOZANO CUTANDA referente a la previsión de acción pública en la legislación autonómica: “La acción pública se inserta claramente en el ámbito de la legislación procesal por lo que no puede entenderse, a nuestro juicio, que su reconocimiento, donde la legislación básica no la prevea responda al concepto de “normas adicionales de protección” y pueden plantearse dudas sobre su constitucionalidad, puesto que estamos en una materia que es de competencia exclusiva estatal (ex. art.149.1.6º CE)”. Cfr. LOZANO CUTANDA, B. (2009). Op. cit., p.271. Sobre el tema, JORDANO FRAGA explica que es posible cuestionar la competencia de las CCAA para legislar sobre este tema, una vez que la acción popular

En complemento, la Ley 27/2006, de 18 de julio, reconoce en el artículo 3º la acción popular⁸³⁰ en asuntos medioambientales referentes al acceso a la justicia y la tutela administrativa para denunciar actos y omisiones imputables a las autoridades públicas que constituyan vulneraciones de la legislación ambiental en los términos de dicha ley. En lo que toca a la vulneración a las normas indicadas en el art. 18.1, la Ley 27/2006, de 18 de julio, establece que las personas jurídicas sin ánimo de lucro que reúnan los requisitos establecidos en el art.23 podrán interponer acción popular. Dicha acción popular es denominada por LOZANO CUTANDA de “acción pública de carácter corporativo”, una vez que restringida a las corporaciones que cumplan el requisito legal. Por ello, JORDANO FRAGA afirma que el régimen establecido en la Ley 27/2006, de 18 de julio, no fija *“una verdadera acción popular/pública que, por definición, supondría la desaparición de los requisitos legitimación”*⁸³¹. Según dicho autor español, la previsión de la Ley 27/2006, de 18 de julio, establece *“una legitimación restringida a sujetos colectivos y no a todos los sujetos colectivos”*⁸³². CARBONELL PORRAS también llama la atención para este punto cuando afirma que esta acción popular *“no es equiparable a los otros supuestos de acción pública ya que no incluye a las personas físicas, sólo las jurídicas que cumplan los requisitos legalmente establecidos”*⁸³³. Sin embargo, algunas normas sectoriales regulan la acción popular de manera más amplia, permitiendo la legitimación del ciudadano. Es lo que ocurre en el artículo 109 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas; en el artículo 8 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio

es tema de derecho procesal de competencia exclusiva del Estado, como también es posible sostener que la acción popular es una medida adicional de protección al medio ambiente con base en el artículo 149.1 de la CE/1978. Cfr. JORDANO FRAGA, J. “El Contencioso Ambiental: la larga marcha por el *standing to sue* en el Estado Ambiental de Derecho”, en LOPÉZ RAMÓN, F.; VALERO TORRIJOS, J. (Coords.). *20 años de la Ley de lo Contencioso-Administrativo*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 2019, p. 44.

⁸³⁰ JORDANO FRAGA destaca que las leyes estatales y autonómicas ambientales utilizan indistintamente las expresiones “acción pública” y acción popular” y esto podría generar dudas en su aplicación. Sin embargo, el autor español sostiene con fundamento en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS de 28 de enero, 9 y 24 de febrero de 1888) que los términos “pública” y “popular” son sinónimos, con el mismo valor técnico. Por lo tanto, no hay relevancia en la distinción entre acción pública y acción popular. Vid. JORDANO FRAGA, J. (1995). Op. cit., p. 304.

⁸³¹ Ibid., p. 34.

⁸³² JORDANO FRAGA, J. Loc. cit.

⁸³³ Cfr. CARBONELL PORRAS, E. “Los intereses colectivos en la jurisdicción contenciosa-administrativa”, en CARBONELL PORRAS, E. (Dir.). CABRERA MERCADO, R. (Coord.). *Intereses colectivos y legitimación activa*. Navarra: Aranzadi, 2014, p.94.

Histórico; y el artículo 5, f del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana⁸³⁴.

También tenemos que señalar la previsión del art. 20 de la Ley 27/2006, de 18 de julio, que permite interponer recurso contencioso-administrativo para combatir acto u omisión de autoridad pública que vulnere los derechos de información y participación reconocidos en dicha ley. Destacamos que el recurso contencioso-administrativo puede ser manejado en el ámbito de la tutela individual y colectiva, una vez que dicho artículo se refiere “al público” como sujeto activo del recurso.

También es posible, en el ámbito de la tutela judicial colectiva, interponer recurso de amparo siempre que sea posible relacionar el derecho al medio ambiente con otro derecho fundamental que goce de recurso de amparo. Así, con fundamento en el artículo 162.1.b de la CE/1978, los particulares, las asociaciones civiles, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal pueden hacer uso de esta vía para la defensa de los derechos difusos establecidos en el art. 45.5 de la CE/1978.

Como bien destaca SALAZAR ORTUÑO, en el ámbito de la tutela ambiental, cobra especial relevancia la adopción de medidas cautelares que garanticen la efectividad de una sentencia estimatoria de la demanda en defensa de intereses colectivos ambientales⁸³⁵. La legislación española no contempla reglas específicas de tutela cautelar para la protección del medio ambiente, de manera que se aplican las reglas del sistema general. JORDANO FRAGA destaca que uno de los problemas de la Ley 27/2006 ha sido no establecer una regulación expresa sobre las fianzas y cauciones en medidas cautelares⁸³⁶. Esta circunstancia dificulta el acceso a la justicia ambiental, en especial a la prevención del daño ambiental.

No obstante, exista en el ordenamiento jurídico español algunos mecanismos para la tutela ambiental colectiva en la vía judicial, FIGUERUELO BURRIEZA señala la necesidad reconocer nuevos instrumentos procesales para la defensa de dichos intereses, como ocurre en los Estados Unidos con las “Class Actions”, en Brasil con las distintas

⁸³⁴ En el ámbito autonómico, podemos observar que algunas normas reconocen la acción popular para las cuestiones ambientales, como la a Ley Vasca 3/1998, de 27 de febrero y la Ley Foral 17/2020, de 16 de diciembre, reguladora de las actividades de incidencia ambiental en Navarra.

⁸³⁵ Cfr. SALAZAR ORTUÑO, E. El acceso a la justicia ambiental a partir del Convenio de Aarhus: Justicia ambiental de la transición ecológica. Primera edición. Navarra: Editorial Aranzadi, 2019, p.197.

⁸³⁶ Cfr. JORDANO FRAGA, J. (2019). Op. cit., p. 54.

acciones colectivas y en Argentina con el amparo colectivo⁸³⁷. Además, en el ámbito de la tutela en la vía judicial, SALAZAR ORTUÑO destaca la necesidad de atención al costo del proceso que representa un gran obstáculo a la tutela ambiental colectiva, sea por las tasas, por la asistencia letrada, por la necesidad de contratación de expertos o por las fianzas o cauciones⁸³⁸. Esta es una preocupación que de cierta manera está plasmada en la COM(2016) 316 final de la Comisión Europea, de 27 de mayo de 2016, que destaca la necesidad de adopción de medidas para garantizar que el coste de las acciones legales referentes a la legislación ambiental de la UE no sea prohibitivo y de acuerdo con el Derecho de la UE y Convenio de Aarhus.

La reducción de los costes del proceso colectivo mitiga las desigualdades del acceso a la justicia en los distintos sectores sociales, fortaleciendo el pluralismo y la participación en las cuestiones ambientales. Por fin, la restricción de la legitimación ante la jurisdicción contenciosa-administrativa también se presenta como un problema, ya que la busca por reparación del daño ambiental no puede quedar exclusivamente en las manos de las AAPP o de las asociaciones. Por ello, JORDANO FRAGA sostiene la necesidad superación de los límites actuales del sistema de legitimación ante la jurisdicción contencioso-administrativa con fundamento en el derecho a un medio ambiente adecuado, de manera que la acción popular sería un mínimo para combatir las decisiones de las AAPP⁸³⁹.

2.3.2. *Medidas de tutela extrajudicial*

La tutela ambiental también es desarrollada en la vía extrajudicial. En realidad, con base en el principio de prevención y precaución esta debería ser primera vía para hacer frente a los riesgos y amenazas al medio ambiente y garantizar la tutela ambiental efectiva. Por ello, BAÑO LEÓN registra que *“la mejora en los instrumentos preventivos y de planificación rendirá siempre mucho mejores frutos que el recurso a los tribunales,*

⁸³⁷ Cfr. FIGUERUELO BURRIEZA, A. “Aspectos constitucionales del Derecho al Medio Ambiente”, en BUJOSA VADELL, L. (Dir.); BUENO DA MATA, F. *Drones, Investigación y Medio Ambiente*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2021, p. 27.

⁸³⁸ Cfr. SALAZAR ORTUÑO, E. (2019). Op. cit., pp. 209-210. Véase también: APODACA ESPINOSA, A. R. D. (2018). Op. cit., pp. 01-53.

⁸³⁹ Vid. JORDANO FRAGA, J. (1995). Op. cit. pp. 337-342.

*que es, al cabo, un reconocimiento del fracaso de la normativa o de la escasa aceptación social de las decisiones administrativas*⁸⁴⁰.

Por tanto, en el próximo epígrafe pasaremos a examinar las principales medidas de tutela ambiental extrajudicial adoptadas en Brasil y España.

2.3.2.1. *En Brasil*

En Brasil, la política medioambiental es llevada a cabo por los órganos que componen el SISNAMA, que además de otras atribuciones, tienen como función el control y la fiscalización de las actividades que pueden causar deterioro ambiental. Es decir que una de las medidas extrajudiciales prevista en la legislación ambiental brasileña es la imposición de penalidades administrativas por infracción a las normas ambientales. La Ley n. 9.605, de 12 de febrero de 1998, además de otros temas, también disciplina las reglas generales referentes a las infracciones administrativas de naturaleza ambiental. Dicha norma trae la posibilidad de conversión de la multa simple en servicios de preservación, mejora y recuperación de la calidad del medio ambiente, que refuerza el carácter no solo represivo del sancionamiento administrativo, sino también preventivo y consensual, ya que se trata de medida educativa y que demanda dialogo entre el infractor y el órgano de fiscalización, posibilitando la reparación integral del daño sin recoger al Poder Judicial.

Otra normativa importante relacionada a la sanción administrativa por infracción a la legislación ambiental es el Decreto Federal n. 9.760, de 11 de abril de 2019, que modifica el Decreto Federal n. 6.514, de 22 de julio de 2008. Dicho decreto inserta la conciliación en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador ambiental federal. Aunque la inserción de mecanismos consensuales sea la tendencia para la solución de conflictos ambientales, podemos indicar dos problemas en esta disposición legal. Primero, el decreto federal no dispone sobre la limitación de los asuntos o infracciones ambientales que podrían ser objeto de conciliación. Es decir que infracciones ambientales graves también pueden ser sometidas a la sesión de conciliación. Segundo, la falta de estructuración del órgano ambiental responsable por la realización de las

⁸⁴⁰ Cfr. BAÑO LEÓN, J. M. “La Tutela Judicial del Medio Ambiente y la Defensa de los Intereses Municipales”, en ESTEVE PARDO, J. (Coord.). *Derecho del Medio Ambiente y Administración Local*. 2ª ed. Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local, 2006, p. 384.

conciliaciones que puede generar la impunidad de los infractores ambientales⁸⁴¹. Los mecanismos consensuales deben ser utilizados para ampliar el dialogo entre la Administración y el administrado, para facilitar la reparación y prevenir el daño ambiental, pero, jamás deberán ser utilizados como herramienta de retraso de los procedimientos administrativos sancionatorios y de promoción de la impunidad.

Los “*Termos de Ajustamento de Conduta*” (en adelante, TAC) también constituyen mecanismos extrajudiciales de tutela ambiental previstos en la Ley Federal n. 7.347, de 24 de julio de 1985, que disciplina la Acción Civil Pública de responsabilidad por daños causados al medio ambiente, al consumidor, a los bienes y derechos de valor artístico, estético, histórico, turístico y paisajístico. Según PANICACCI, el compromiso de ajustamiento de conducta constituye un “*acertamiento consensual y extraprocesal de obligaciones preexistentes, oriundas de vulneraciones (o amenaza de vulneración o riesgo de vulneración) de deberes referentes a intereses supraindividuales o individuales indisponibles, tomados por órgano público legitimado a interposición de la acción civil pública (tomador), e instrumentalizado en título ejecutivo extrajudicial que se denomina de ‘termo de ajustamento de conduta’*”⁸⁴². ASSIS RODRIGUES explica que el TAC enlaza tres elementos fundamentales: la tutela de los derechos transindividuales; la solución extrajudicial de los conflictos; y la preservación del principio democrático en la definición de las decisiones políticas⁸⁴³. Por lo tanto, el TAC consiste en una alternativa a la intervención judicial en el contexto de la acción civil pública, que objetiva ajustar la conducta del infractor a la legalidad, constituyendo más un mecanismo consensual de tutela ambiental⁸⁴⁴. Este también es el sentido empleado por FERRAZ cuando plantea que el TAC objetiva “*aplicar el consenso en las relaciones administrativas, tornando la resolución de los conflictos con la AP y la corrección de las actuaciones más pragmáticas y efectivas*”⁸⁴⁵.

⁸⁴¹ Sobre el tema véase: <https://www.hrw.org/news/2020/05/22/375153>. [en línea] [consulta: 22 noviembre 2021].

⁸⁴² Cfr. PANICACCI, F. L. *Compromisso de ajustamento de conduta: teoria, prática, vantagens da solução negociada e meio ambiente*. São Paulo: Saraiva, 2017, p.39.

⁸⁴³ Cfr. ASSIS RODRIGUES, G. D. *Ação Civil Pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 3.

⁸⁴⁴ MORATO LEITE sostiene que el TAC constituye un nuevo instrumento de tutela de los intereses transindividuales, de carácter preventivo e inhibitorio, en concepción distinta de los institutos de derecho civil, no obstante, represente una renovación de ellos. Vid. MORATO LEITE, J. R. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. (Tesis doctoral). [en línea]. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 1999, p.270-272. [consulta: 17 abril 2022]. Disponible en: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/80511>.

⁸⁴⁵ Cfr. FERRAZ, L. (2019). Op. cit., p. 173.

Aunque en Brasil existan mecanismos extrajudiciales de tutela ambiental, algunos incluso basados en la tendencia de consensualidad, entendemos que es necesario invertir más en consenso y participación, sobre todo por medio de la utilización de los medios adecuados de resolución de conflictos en cualquier fase del procedimiento administrativo. Estos mecanismos son útiles no solo en el ámbito de la reparación civil del daño, sino también en el ámbito administrativo sancionador como herramientas de prevención y precaución del daño ambiental. Además, dichas herramientas permiten el diálogo colectivo, ampliando el pluralismo de ideas y soluciones, como también la responsabilidad por la protección del medio ambiente.

2.3.2.2. *En España*

En el derecho español, las sanciones administrativas son el principal medio de tutela ambiental en el ámbito extrajudicial⁸⁴⁶. Aunque se trate de medida de carácter represivo, el sancionamiento administrativo tiene también una perspectiva preventiva. Según LOZANO CUTANDA, dichas medidas cumplen el rol de prevención general, en la medida que disuade aquellos que estén próximos de transgredir la norma ambiental; como también, el rol de prevención especial, ya que busca que el sujeto transgresor no vuelva a infringir nuevamente la norma ambiental⁸⁴⁷.

En el sistema español, la potestad sancionadora está regulada en la LRJPA, que trae en el Título IX los principios básicos de sometimiento de dicha potestad. Algunas CCAA han procedido a la regulación de la potestad sancionadora en el ámbito de sus competencias, como Cataluña, Asturias, Madrid y Extremadura. La medida sancionadora más aplicada para reprimir las infracciones ambientales en los procedimientos administrativos sancionatorios es la multa. La legislación también prevé la aplicación de sanciones complementares o accesorias como la suspensión o clausura de establecimiento o actividad, la publicidad de las sanciones impuestas y la exclusión de la posibilidad de obtener ayudas o subvenciones, que son medidas también poseen un carácter preventivo.

⁸⁴⁶ También son mecanismos de tutela ambiental extrajudicial la potestad de inspección y la de restitución del orden jurídico perturbado propia del Derecho urbanístico.

⁸⁴⁷ Cfr. LOZANO CUTANDA, B. (2009). Op. cit., p. 491.

En el ámbito del procedimiento sancionador, es importante registrar la posibilidad de utilización de los mecanismos adecuados de resolución de conflictos como forma de terminación convencional del procedimiento administrativo, con fundamento en artículo 86.1 de la LPACAP, como también como medida sustitutiva del recurso de alzada o de reposición, en la forma del art. 112.2 de la misma norma. La utilización de mecanismos consensuales de resolución de conflictos en el procedimiento sancionador permite la realización de la justicia restaurativa, facilitando incluso la reparación del daño sin la necesidad de intervención judicial. Este es el sentido empleado por la Ley 3/2022, de 24 de febrero, de convivencia universitaria, cuya exposición de motivos señala que *“las normas de convivencia pacífica consensuadas en la comunidad universitaria son un elemento para la mejora del sistema universitario en su conjunto”*. En materia medioambiental, algunas normas autonómicas proveen la utilización de herramientas consensuales, en la forma de los arts. 86.1 y 112.2 de la LPACAP⁸⁴⁸, como la Ley 3/1998, de 27 de febrero, General de Protección del Medio Ambiente del País Vasco, que regula

⁸⁴⁸ Debemos señalar que el art. 85 de la LPACAP dispone sobre la terminación en los procedimientos sancionatorios sin tratar de la utilización de los mecanismos adecuados de solución de conflictos para este fin. Por ello, es posible comprender que en el ámbito sancionatorio sería necesaria normativa específica, como ocurre en la Ley de Convivencia Universitaria, para la aplicación de los mecanismos adecuados de solución de conflictos. Sin embargo, entendemos que el art. 86.1, que trata de la terminación convencional, posibilita su utilización sin la necesidad de regulación sectorial específica. Además, las normas sectoriales podrían disponer sobre la terminación convencional, tratando de sus efectos y del alcance de dichos procedimientos. Así también plantea SÁNCHEZ SÁEZ, al examinar el art. 88 de la revocada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, cuando afirma que por dicho artículo no es *“necesaria una norma sectorial que expresamente permita la terminación convencional de cada concreto procedimiento, lo que ocurre también con los convenios de colaboración”*. Cfr. SÁNCHEZ SÁEZ, A. J. *Los convenios administrativos para la protección ambiental*. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2004, p. 178. También siguen este entendimiento RAMS RAMOS y CARBALLO MARTÍNEZ. Vid. RAMS RAMOS, L. *“La terminación anticipada del procedimiento sancionador con reducciones en la cuantía de la sanción ¿una verdadera forma de terminación del procedimiento administrativo?”*, EN GUILLÉN CARAMÉS, J; LAVILLA RUBIRA, J. J.; JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, F. J. (Aut.). *Los nuevos desafíos del Derecho. Homenaje al profesor José Manuel Sala Arquer*. Madrid: Congreso de Diputados, 2019, pp. 1173-1221. Y también: CARBALLO MARTINEZ, G. *“La mediación administrativa sancionadora como instrumento de convivencia de la ciudadanía en la Administración local”*, en LLORIA GARCÍA, P. (Dir.). *Convivencia ciudadana: mediación, conciliación y técnicas de prevención y resolución del conflicto ciudadano*. Madrid: Iustel, 2018, pp. 25-55. En la jurisprudencia, dicho entendimiento es avalado por la la SSTSJ de Castilla la Mancha de 22 de noviembre de 2018 (n.º rec. 384/2017), que dispone: *“Con las debidas cautelas dado el ámbito de derecho público en que nos movemos, debe invocarse el espíritu del principio pacta sunt servanda y la prohibición de que el cumplimiento y eficacia de los acuerdos queden al arbitrio de una de las partes (arts. 1256, 1258 Cc). En un ordenamiento jurídico que contempla la conformidad incluso en materia penal para determinados delitos, no es desencaminado afirmar que la figura del art. 85 incorpora un elemento de concierto de voluntades que, aunque la materia pareciera no ser en principio apta para la transacción (art. 86 LPAC) sí implica una real y efectiva transacción en este caso sencillamente porque así la permite la Ley, y en la forma y con los límites en que la Ley así lo permite. Siendo así, y llamemos o no a esta figura, con mayor o menor propiedad, negocio jurídico, y afirmemos o no que, si es tal, es o no bilateral, es lo cierto que, en cualquier caso, la figura incorpora indudablemente un elemento de ofrecimiento y aceptación que reclama que se le apliquen principios generales propios del ámbito negocial como los que hemos señalado”*.

en el art. 19 la terminación convencional del procedimiento a través de acuerdos ambientales, en los siguientes términos: *“Los procedimientos administrativos derivados de la aplicación de esta ley, exceptuando, en todo caso, aquellos que versen sobre materias no sujetas a transacción, podrán concluir mediante acuerdo entre el solicitante y la Administración competente. A tal fin, podrá optarse por la negociación directa o a través de mediadores o conciliadores nombrados de común acuerdo”*.

Aún en el procedimiento administrativo sancionador, la adopción de medidas provisionales también conforma la tutela ambiental extrajudicial. Estas medidas pueden ser adoptadas en cualquier momento del procedimiento con el objetivo de garantizar la eficacia de la resolución final y cesar los efectos de la actividad infractora, en la forma del art. 136 de la LRPJA. Como explica LOZANO CUTANDA, dichas medidas provisionales son ejecutadas directamente por la propia AP y en el caso de incumplimiento la AP podrá utilizar los medios de ejecución forzosa previstos en la LRPJA⁸⁴⁹.

La Ley 27/2006, de 18 julio, trae dos mecanismos de tutela ambiental extrajudicial en los art. 20 y 21. En el art. 20, dicha ley reconoce “al público” el derecho a recurrir en la vía administrativa para combatir cualquier acto u omisión que vulnere los derechos de participación y a la información ambiental. Aquí, también entendemos que es posible la tutela colectiva, una vez que el legislador se refiere “al público”, lo que no excluí las asociaciones y organizaciones. En el art. 21, por su vez, regula una reclamación específica para las vulneraciones realizadas por sujetos privados sometidos al deber legal de suministrar información medioambiental.

En España también es necesario desarrollar más mecanismos extrajudiciales de tutela ambiental, sobre todo en la perspectiva colectiva. Como hemos señalado, para que tengamos la tutela ambiental efectiva es necesario invertir en medidas preventivas. La sanción penal, no obstante, tenga un rol de prevención, es una medida predominantemente represiva que poco evita el daño ambiental. Lo mismo debe ser dicho sobre la potestad sancionadora de las AAPP españolas que predominantemente imputan solamente la multa a los infractores ambientales. Hay que buscar mecanismos de diálogo y consenso para que se llegue a la protección ambiental efectiva.

⁸⁴⁹ Cfr. LOZANO CUTANDA, B. (2009). Op. cit., p. 523.

Los medios adecuados de solución de conflictos pueden contribuir para la renovación de la tutela ambiental extrajudicial, incluso en la perspectiva colectiva, induciendo el diálogo y el consenso. Esta perspectiva debe ser fomentada también en la actuación de las AAPP. Por ello, PÉREZ MORENO, ya en los años noventa, planteaba que la cuestión ambiental obliga al avance de los Poderes públicos *“en las actitudes abiertas a la colaboración en la gestión, basándose en la concurrencia de esfuerzos públicos y privados, en las fórmulas paccionadas y consensuadas, en la utilización de los acuerdos-normativos, en la mediación y en arbitraje que se vislumbran como una nueva dimensión para la eficaz composición de intereses en el Derecho Público”*⁸⁵⁰. Así, entendemos que los ADR, en especial la mediación, son mecanismos que deben ser adoptados por Brasil y España para la renovación y fortificación de la tutela ambiental extrajudicial.

⁸⁵⁰ PÉREZ MORENO, A. (1998). Op. cit., p. 07.

CAPITULO SEGUNDO

LA RENOVACION DE LA TUTELA AMBIENTAL A TRAVÉS DE LOS ADR

1. INTRODUCCIÓN

El derecho de acceso a la justicia constituye una de las conquistas del Estado social y Democrático de Derecho y, como hemos visto en la primera parte de este trabajo, impone una serie de obligaciones a los Estados. Así, en la actualidad es necesario comprender dicho derecho en una perspectiva más amplia, de carácter sustantivo, de forma que permita la apertura de la justicia a otros tipos de soluciones, incluso, aquellas que están fuera del aparato judicial.

En el ámbito de las cuestiones medioambientales, la celeridad en la adopción de medidas de protección y prevención es determinante para garantizar la efectiva tutela ambiental. Como hemos visto, en la sección anterior, la prevención es el elemento clave para la efectiva protección del medio ambiente, una vez que muchas veces el daño ambiental es de difícil o imposible reparación.

Además, los problemas vividos por la sociedad de riesgo demandan no sólo soluciones céleres, sino también más flexibles y participativas. En este escenario, de baja efectividad de los órganos judiciales para la solución de los conflictos ambientales, sea por su formalidad, rigidez excesiva o por la inexistencia de un espacio para amplios debates entre los afectados, urge reflexionar sobre la utilización de los ADR para la solución de este tipo de disputa.

Los ADR representan un cambio en la forma de comprender las relaciones y los conflictos que pueden añadir más efectividad y sostenibilidad a la justicia medioambiental. Para reflexionar sobre la aplicabilidad de los ADR para la solución de conflictos medioambientales, en las secciones siguientes, examinaremos las peculiaridades del conflicto ambiental, la tutela de los derechos difusos relacionados al medio ambiente, la aplicación de los ADR en el mundo, como también sus ventajas y obstáculos.

2. EL CONFLICTO AMBIENTAL

Como hemos visto en la primera parte de esta investigación, la palabra conflicto significa combate, lucha, pelea, enfrentamiento. Por tanto, el conflicto presupone el acto de relacionarse y en consecuencia tratase de un fenómeno natural y humano. Por ello, RODRÍGUEZ CAMARENA y BARBOSA MUÑOZ explican que el conflicto es resultado de la diversidad y debe siempre ser visto desde una perspectiva positiva, una vez que la tensión inherente a él lleva al diálogo, a la negociación o a la solución del problema⁸⁵¹. Por lo tanto, podemos decir que el conflicto, es un fenómeno propio de sociedades democráticas y plurales⁸⁵², de manera que ni siempre será algo negativo que necesita ser eliminado.

Para que podamos indicar mecanismos apropiados para la solución de un conflicto, es necesario conocer el origen y las especificidades de la disputa. Por ello, pasaremos al examen de estas peculiaridades del conflicto ambiental.

Según el Libro Blanco de Mediación de Cataluña, el conflicto ambiental se refiere a la controversia que versa sobre la calidad de vida de las personas o sobre las condiciones ambientales que afecta, al menos, dos grupos interdependientes. En este contexto, los conflictos medioambientales tienen matices que generan más complejidad a su gestión y solución. Para MILARÉ dichos conflictos tienen su origen básicamente en la conjugación de dos factores: la disputa de los bienes ambientales que son, por naturaleza, limitados; y la necesidad humana que es siempre ilimitada⁸⁵³. Así, en el contexto de una sociedad compleja y de riesgo, este binomio es potencializado, ya que los conflictos son ampliados en número y grado de complejidad⁸⁵⁴.

⁸⁵¹ Cfr. RODRÍGUEZ CAMARENA, C. S.; BARBOSA MUÑOZ, P. A. La solución de conflictos ambientales fuera del ámbito judicial. Una aproximación teórica. *Revista de investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica*, año 13, n. 26, octubre 2019 - marzo de 2020, ISSN 1870-6924 2594 p. 214.

⁸⁵² FISHER y URY también sostienen que el conflicto no constituye un fenómeno negativo, sino una oportunidad para la transformación del conflicto. Por ello, el conflicto integra las sociedades democráticas. Dichos autores explican que “*democracies surface rather than suppress conflict, which is why democracies often seem so quarrelsome and turbulent when compared with more authoritarian societies. The goal cannot or should not be to eliminate the conflict. Conflict is inevitable— and useful— part of life*”. Cfr. FISHER, R.; URY, W. (2011). Op. cit., p. XI.

⁸⁵³ MILARÉ, E. (2011). Op. cit., p. 33.

⁸⁵⁴ Este también es el sentido empleado por SUSSKIND y WEINSTEIN que plantean que “*at the same time that the number and intensity of environmental disputes-controversies in which the use of natural resources or the choice of appropriate standards for environmental protection are involved-have been growing, the ability of our social, political, and legal institutions to resolve these disputes in a timely, efficient, and decisive manner has diminished*”. Cfr. SUSSKIND, L.; WEINSTEIN, A. Towards a theory of environmental dispute resolution. [en línea]. *Boston College Environmental Affairs Law Review*, vol. 9 , 1980, p.312. [consulta: 19 noviembre 2021]. Disponible en: <https://lawdigitalcommons.bc.edu/ealr/vol9/iss2/4/>.

No obstante, podemos indicar algunos matices importantes para la comprensión del conflicto ambiental.

Primero, el carácter multi partes de dichos conflictos, sea por la pluralidad de actores o por las consecuencias de naturaleza transindividual. Sobre la transindividualidad, es importante señalar que el conflicto ambiental hui de la comprensión individual de conflicto basada exclusivamente en la oposición de intereses individuales y en la mentalidad adversarial⁸⁵⁵. Por ello, JORDANO FRAGA sostiene que los conflictos ambientales han impactado los sistemas jurídicos procesales de los distintos ordenamientos, una vez que dichos sistemas fueron pensados y diseñados para la protección de derechos clásicos y relaciones jurídicas basadas en los derechos subjetivos, no alcanzando las nuevas relaciones jurídicas y generaciones de derechos⁸⁵⁶. Este también es el sentido de la reflexión de PÉREZ CONEJO cuando afirma que *“las estructuras procesales tradicionales se muestran insuficientes o inadecuadas, al estar concebidas sobre la base de esquemas individualistas, por lo que no están preparadas para procurar la tutela de los intereses plurisubjetivos, en su doble modalidad de intereses colectivos y difusos, rigiendo entre aquéllos y éstos una relación de género-especie, entre los que destacan los intereses (legítimos-plurisubjetivos-grupales-difusos)”*⁸⁵⁷. En complemento, COSTA MOREIRA plantea que esta categoría de conflictos supera no sólo la noción tradicional de interés individual y derechos subjetivos, sino también la noción de grupo, clase o categoría, frente a la indeterminación del sujeto y la indivisibilidad del objeto⁸⁵⁸.

⁸⁵⁵ La doctrina de CARNELUTTI influyó no sólo el sistema procesal italiano sino también el sistema de otros países, a ejemplo de Brasil en el Código Procesal de 1973. La concepción de proceso de CARNELUTTI se vincula a la idea de conflictos de intereses bajo una perspectiva individual. Así, para el mantenimiento de la paz social y de las estructuras del Estado, la resolución del conflicto se muestra imprescindible. Pero la resolución de conflictos, en la perspectiva de CARNELUTTI, es de carácter binario, o sea, la solución reconoce la razón de un de los lados de la disputa (win – lose), lo que se muestra incompatible con los conflictos ambientales de carácter policéntrico e intertemporal. Sobre la teoría de CARNELUTTI véase: CARNELUTTI, F. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. V. 1. Padova: CEDAM, 1986.

⁸⁵⁶ Cfr. JORDANO FRAGA, J. “El Contencioso Ambiental: la larga marcha por el *standing to sue* en el Estado Ambiental de Derecho”, en LOPÉZ RAMÓN, F.; VALERO TORRIJOS, J. (Coord.). *20 años de la Ley de lo Contencioso-Administrativo*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 2019, p. 30.

⁸⁵⁷ Cfr. PÉREZ CONEJO, L. *La defensa judicial de los intereses ambientales*. Valladolid: Lex Nova, 2022, p. 19.

⁸⁵⁸ Cfr. COSTA MOREIRA, R. M. *Acordos Ambientais e os limites do inegociável*. Londrina: Editora Thoth, 2021, p. 101.

Segundo, el carácter policéntrico de dichos conflictos, puesto que una única situación de conflicto ambiental se extrae una multiplicidad de objetivos y posiciones, como bien elucida MARQUES CEBOLA⁸⁵⁹. En este ambiente de multiplicidad de posiciones y objetivos también suele ocurrir relaciones desequilibradas de poder, sea debido a desigualdad económica o con relación al acceso a la información, por ejemplo.

Tercero, el contenido multi e interdisciplinar del conflicto ambiental que exige intervención e interconexión entre las distintas disciplinas para su gestión y solución⁸⁶⁰. El conflicto ambiental implica en especificidades técnicas y científicas complejas, de manera que otras ramas del conocimiento científico son llamadas a ayudar a solventar este tipo de disputa.

Cuarto, la urgencia en el empleo de medidas preventivas o precautorias para impedir o mitigar el daño ambiental irreversible o significativo, también es una nota importante en este tipo de disputa. Por ello, MONDÉJAR PEDREÑO señala que dicha categoría de conflicto exige rápida respuesta para evitar males mayores y viabilizar la pronta reparación del daño⁸⁶¹.

Por fin, la intergeneracionalidad inherente a esta categoría de disputas, una vez que el conflicto ambiental trasciende el presente, generando repercusiones al bienestar de las futuras generaciones. Por ello, la sostenibilidad cumple un importante rol, en la medida que impone la necesidad de garantizar el equilibrio de bienestar entre las generaciones presentes y futuras.

La junción de estos factores potencializa la complejidad del conflicto ambiental, dificultando no solo su solución, sino su gestión.

Tampoco podemos olvidar del alto contenido social del conflicto ambiental que genera, en determinadas ocasiones, la intervención de las AAPP. Según SUSSKIND y WEINSTEIN, la intervención del Poder público en los conflictos ambientales suele ser

⁸⁵⁹ Cfr. MARQUES CEBOLA, C. La Mediación ambiental: un nuevo método de resolución de conflictos urbanísticos y ambientales (Ponencia). [en línea]. *VIII Conferencia Internacional Foro Mundial de Mediación*, Valencia, España, octubre 2012, p. 177. [consulta 10 abril 2022]. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10400.8/763>. Véase también: MARQUES CEBOLA, C.; LOPES, D.; VASCONCELOS, L.; CASER, U. *Mediação Ambiental Da Lei à Prática: À luz dos princípios da Lei n. 29/2013*. Coimbra: GestLegal, 2020.

⁸⁶⁰ VID. MONDÉJAR PEDREÑO, R. *Los conflictos ambientales y su tratamiento a través de la mediación*. Madrid: Editorial Dykinson, 2015, p. 59.

⁸⁶¹ Cfr. MONDÉJAR PEDREÑO, R. *Mediación Ambiental: Recursos y experiencias*. Madrid: Editorial Dykinson, 2015, p. 06.

poco satisfactoria, sea porque el Estado muchas veces es parte del conflicto o debido a la postura de reacción por parte del Estado frente a las demandas de los administrados⁸⁶². En este contexto, observamos la confrontación entre interés público e interés privado que exige un abordaje en el sentido del equilibrio de los intereses a la luz de los valores constitucionales implicados.

Por tanto, en el conflicto ambiental está presentes múltiples actores con diferentes objetivos e intereses. Podemos destacar los siguientes actores del conflicto ambiental: el Estado, que como poder público tiene el deber de protección del medio ambiente, de manera que deberá fiscalizar la actuación privada y promover políticas públicas y podrá también figurar como parte del conflicto; las empresas, que también tienen el rol de protección del medio ambiente, de manera que deben actuar con observancia a las normas medioambientales, como también colaborar junto a los demás actores en la protección del medioambiente; el ciudadano, que tiene no solo derecho al medioambiente sano, sino también tiene el deber de protegerlo en colaboración con los demás actores; las asociaciones y organizaciones, que al lado del ciudadano luchan en favor de los derechos difusos y colectivos relacionados a la protección del medio ambiente.

Estas características demuestran que la tutela judicial no puede ser considerada como la única forma de garantizar el acceso a la justicia y la protección ambiental efectiva. Por ello, MELLO MONTEIRO plantea que la solución adjudicada muchas veces trae más dificultades que resultados de protección de los bienes ambientales⁸⁶³. Esta también es la línea empleada por VALENZUELA RENDÓN en la defensa de la conciliación para la solución de controversias medioambientales. Según la autora mexicana las partes implicadas en una controversia medio ambiental conocen mejor el conflicto y el daño que se está ocasionando al medio ambiente, de manera que generan una solución mucho más apropiada a la controversia que aquella proporcionada por un tercero ajeno⁸⁶⁴. Además, en la hipótesis de solución pactada, por lo menos en teoría, las partes estarían más satisfechas con ella que en la hipótesis de una solución impuesta, sea

⁸⁶² Cfr. SUSSKIND, L.; WEINSTEIN, A. (1980). Op. cit., p. 312.

⁸⁶³ Cfr. MELLO MONTEIRO, A. L. S. (2021). Op. cit., pp. 84-85.

⁸⁶⁴ Cfr. VALENZUELA RENDÓN, A. I. Ventajas y Desventajas de la Conciliación en la Resolución de Conflictos Sobre Reparación del Daño al Medio Ambiente. [en línea]. *Revista Internacional Consinter de Direito*, año II, v. 3, 2016. DOI: [10.19135/revista.consinter.00003.05](https://doi.org/10.19135/revista.consinter.00003.05). [consulta: 16 abril 2022]. Disponible en: <https://revistaconsinter.com/es/revistas/ano-ii-volume-iii/parte-1-direito-e-sustentabilidade/ventajas-y-desventajas-de-la-conciliacion-en-la-resolucion-de-conflictos-sobre-reparacion-del-dano-al-medio-ambiente/>.

en la vía judicial o administrativa, por lo tanto, sería más fácil implementar la solución pactada.

Los conflictos ambientales, dada su naturaleza, reclaman soluciones flexibles, participativas y adaptables en el transcurso del tiempo, lo que no es posible con una tutela individual y exclusivamente judicial. En este contexto, los ADR representan una alternativa de refuerzo a la tutela ambiental preventiva, ampliando el acceso a la justicia ambiental.

3. EL MEDIO AMBIENTE COMO DERECHO HUMANO Y DIFUSO: ESPECIFICIDADES DE SU TUTELA

Los intereses de carácter difuso tienen su origen en las conquistas sociales y por ello implican una multiplicidad de personas. Aunque estos intereses sean enmarcados por la multiplicidad de personas, parte de la doctrina brasileña suele distinguirlos de los intereses colectivos⁸⁶⁵. Según PELLEGRINI GRINOVER, dicha categoría de intereses comprende aquellos “*que no están apoyados en una base bien definida, reduciéndose el vínculo entre las personas a factores conjeturales o extremamente genéricos, a datos de facto frecuentemente accidentales o mutables*”⁸⁶⁶. Por tanto, los intereses difusos son aquellos que pertenecen a todos sin pertenecer a alguien en particular, de manera que pueden ser invocados por cualquier individuo o por todos los afectados⁸⁶⁷.

VILLONE señala que la característica básica de los derechos difusos parece estar en su carácter meta individual, no obstante, ni todo derecho meta individual sea

⁸⁶⁵ En este sentido véase: BASTOS, C. “A tutela dos interesses difusos no direito constitucional brasileiro”, en Revista de Processo, n.23, São Paulo: RT, jul-sept. 1981; BARBOSA MOREIRA, J. C. “A proteção jurisdiccional dos interesses coletivos e difusos”, en PELLEGRINI GRINOVER, A. *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Editora Max Limonad, 1984; MANCUSO, R. D. C. *Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir*. 7ª edición. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Además, el derecho positivo brasileño ha incorporado dicha distinción, a ejemplo de la CFB/1988 en el art. 129, III; la Ley de la Acción Civil Pública, en el art. 1º, IV; la Ley 10.741, de 1º de octubre de 2003, en el art. 78; y la Ley 12.153, de 22 de diciembre de 2009. Esta distinción también está presente en la doctrina italiana, Massimo Severo Giannini afirma que “*gli interessi diffusi no sono però interessi nè pubblici nè collettivi: sono interessi adespoti, cioè interessi che non hanno un loro portatore*”. Cfr. SEVERO GIANNINI, M. La tutela degli interessi collettivi nei procedimenti amministrativi. *Rivista di Diritto Processuale*, 1974. En la doctrina española véase: CARBONELL PORRAS, E. (2014). Op. cit., pp.33-99.

⁸⁶⁶ Cfr. PELLEGRINI GRINOVER, A. “A problemática dos interesses difusos”, en PELLEGRINI GRINOVER, A. (coord). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Editora Max Limonad, 1984. p.30.

⁸⁶⁷ FERRAZ destaca que los intereses difusos no son “*res nullius*”, sino constituyen “*res omnium*” – cosa que pertenece a todos. Cfr. FERRAZ, S. Responsabilidade civil por dano ecológico. *Revista de Direito Público*, n.49-50. São Paulo: RT, 1979, p. 34.

considerado difuso⁸⁶⁸. Por lo tanto, se trata de una figura compleja que exige una tutela adecuada para la solución de los problemas de hoy.

En una sociedad globalizada y de masas, como la contemporánea, esta categoría de interés se aflora. Por ello, MANCUSO señala que *“la vida moderna resalta la importancia de dichos derechos que no tienen titular cierto, pero repercuten decididamente sobre el bienestar o asimismo a la sobrevivencia de los individuos en los distintos segmentos sociales que pertenecen”*⁸⁶⁹.

Los intereses difusos son dotados de algunas características básicas. MANCUSO señala las siguientes: la indeterminación del sujeto, la indivisibilidad del objeto, la intensa litigiosidad interna y la transición o mutación en el tiempo y en el espacio.

Sobre la primera característica, MANCUSO destaca que los intereses difusos son aquellos invocados por cualquier individuo o por todos los individuos por ellos afectados, de manera indistinta y al mismo tiempo. Son intereses que no son susceptibles de apropiación exclusiva y por esto se vinculan a un número indeterminable de sujetos.

La segunda característica de los intereses difusos es una consecuencia de la primera. Dicha categoría de intereses es indivisible, en el sentido de que no es posible establecer fragmentos de su objeto a determinados individuos o colectividades. Por ello, BARBOSA MOREIRA plantea que la satisfacción de un individuo implica en la satisfacción de todos los afectados⁸⁷⁰.

La tercera característica es señalada por la doctrina italiana, que considera que los intereses difusos tienen una *‘intrínseca conflitualità’*⁸⁷¹. Es decir que en esta categoría hay un choque entre intereses de masas, en una contraposición de segmentos que no permite la adopción de las herramientas tradicionales de solución individual de conflictos. Esta conflictividad interna ocurre porque dichos intereses están siempre vinculados a la ejecución de políticas públicas. Por ello, MANCUSO plantea que en el caso de los intereses difusos que conllevan a una elección política no existe una evaluación axiológica preliminar sobre la posición correcta o equivocada. Por tanto, las soluciones

⁸⁶⁸ Cfr. VILLONE, M. “La collocazione istituzionale dell’interesse diffuso: considerazioni sul sistema statunitense”, en GAMBARO, A. (org.). *La tutela degli interessi difusi nel diritto comparato: con particolare riguardo alla protezione dell’ambiente e dei consumatori*. Milano: Giuffrè, 1976, p.73.

⁸⁶⁹Cfr. MANCUSO, R. D. C. (2011). Op. cit., p.91.

⁸⁷⁰ Cfr. BARBOSA MOREIRA, J. C. A legitimação para a defesa dos interesses difusos no direito brasileiro. *Revista Forense*, v. 276, 1981, p.1.

⁸⁷¹ Vid. VILLONE, M. (1976). Op. cit., p.81.

adjudicadas son poco efectivas para la solución de esta categoría de conflictos. Por ejemplo, una expropiación que objetiva la construcción de una usina hidroeléctrica. Dicha obra proporcionará el abastecimiento de energía eléctrica, pero afectará la fauna y la flora local. En este ejemplo, hay fundamento para la pretensión de protección del medio ambiente, como también para la realización de la obra. Otras cuestiones de naturaleza no jurídica deben ser consideradas para la solución de la controversia.

Por fin, la cuarta característica de los intereses difusos, la transición o mutación en el tiempo o espacio. Es decir que los intereses difusos siguen las transformaciones fácticas que les fundamentan, de manera una de las consecuencias de la violación de dichos intereses es la imposibilidad de reparación integral del daño. Por ello, para la protección de los intereses difusos es imprescindible garantizar la tutela de urgencia para evitar la perpetuación del daño o para acautelarse de su amenaza. Por eso que SALAZAR ORTUÑO, examinando el acceso a la justicia ambiental, registra que la dificultad de obtención de medidas cautelares constituye una barrera efectiva a la protección ambiental⁸⁷².

La infungibilidad de los intereses difusos también constituye una de las causas de la imposibilidad de su reparación integral, como bien apunta MANCUSO cuando plantea que dichos intereses no son fungibles y por ello el derecho debe buscar mecanismos compensatorios⁸⁷³. Por eso, ZANUTTIGH, cuando examina el sistema estadounidense, sostiene que la irreversibilidad del daño en un interés difuso debe ser compensada con la utilización de las formas ordinarias de indemnización⁸⁷⁴.

Los intereses difusos, como intereses que trascienden al individuo, integran la tercera dimensión de los derechos humanos, enmarcada por los principios de fraternidad y solidaridad⁸⁷⁵. Por ello, CAPPELLETTI y GARTH explican que la segunda ola de reformas para garantizar el acceso a la justicia tiene foco en la protección de dichos

⁸⁷² Cfr. SALAZAR ORTUÑO, E. (2019). Op. cit., p. 197.

⁸⁷³ Cfr. MANCUSO, R. D. C. (2019). Op. cit., p. 107.

⁸⁷⁴ Cfr. ZANUTTIGH, L. “Proceso e tutela dell’ambiente nell’esperienza nordamericana”, en GAMBARO, A. (org.). *La tutela degli interessi difusi nel diritto comparato: con particolare riguardo alla protezione dell’ambiente e dei consumatori*. Milano: Giuffrè, 1976, p. 427.

⁸⁷⁵ DA SILVA JUNIOR comentando la inserción de la protección del medio ambiente entre los derechos humanos de tercera dimensión destaca que “*la complejidad permeada por la cuestión ambiental se inserta en el mismo contexto de las demás temáticas presentadas en esta nueva generación de derechos, propiciando la aparición de derechos destinados a regular la relación de los individuos con el medio ambiente, de esencia claramente universal y transcendental*”. Cfr. DA SILVA JÚNIOR, S. R. (2019). Op. cit., p. 131.

intereses⁸⁷⁶. En este contexto, el derecho al medio ambiente sano ingresa en este conjunto de derechos de tercera dimensión, de carácter esencialmente transindividual y basado en el deber de solidaridad.

Los sistemas internacionales de derechos humanos han reconocido, aunque indirectamente, el derecho al medio ambiente sano como derecho humano. No obstante, el CEDH no tenga disposiciones relacionadas al medio ambiente, El TEDH ha interrelacionado los temas ambientales a las disposiciones del CEDH, como el derecho a la vida y a la propiedad⁸⁷⁷. El Sistema Africano de Derechos Humanos (adelante, SADH) también ha desarrollado esta orientación de interconexión entre los temas ambientales y las normas de derechos humanos⁸⁷⁸. La CIDH, por su vez, reconoce en el art. 11 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), la protección y preservación del medio ambiente como derecho humano relacionado al derecho a la vida digna⁸⁷⁹. En casos relacionados a temas medioambientales, la CIDH ha destacado que *“no son admisibles enfoques restrictivos al derecho a la vida. En esencia, este derecho comprende no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se generen condiciones que le impidan o dificulten el acceso a una existencia digna”*⁸⁸⁰.

En la doctrina, algunos autores consideran el derecho al medio ambiente como un derecho humano⁸⁸¹. UREÑA, por ejemplo, considera que el derecho al medio ambiente integra *“el conjunto de normas que tienden a proteger los derechos y libertades*

⁸⁷⁶ Cfr. CAPPELETTI, M.; GARTH, B. (1996). Op. Cit., p. 24.

⁸⁷⁷ Sobre la jurisprudencia del TEDH sobre el tema véase, por ejemplo, el caso de López Ostra Vs. España, N. 16798/90. Sentencia de 9 de diciembre de 1994, párrs. 51, 58.

⁸⁷⁸ Sobre la jurisprudencia de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre el tema véase, por ejemplo, el caso de Ogoni vs. Nigeria, Comunicación N. 155/96. Sentencia de 13-27 de octubre de 2001, párr. 57.

⁸⁷⁹ Sobre la jurisprudencia de la CIDH sobre el tema véase, por ejemplo, el caso Comunidad indígena Yakye Axa, párr. 163; el caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek, párr. 187; y el Caso Pueblos Kaliña y Lokonos Vs. Suriname. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015, Serie C N. 309, párr.172.

⁸⁸⁰ Cfr. CIDH. Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, párr. 161.

⁸⁸¹ Véase: MADDALENA, P. Il danno ambientale. *I Tribunali Amministrativi Regionali*, n.12, diciembre de 1988, pp. 433-439; y también: KROMAREK, P. “Quel droit à l’environnement ? Historique et développements”, en KROMAREK, P. (Dir.). *Environnement et Droits de l’Homme*. Paris: UNESCO, 1987, pp. 113-150.

fundamentales del ser humano en el ámbito internacional”, así la autora española concluye que el derecho al medio ambiente sería uno de estos derechos del hombre⁸⁸².

Tampoco podemos olvidar que los derechos humanos dichos de cuarta dimensión también repercuten en la tutela del medio ambiente. Como bien diagnostica DA SILVA JUNIOR los conceptos de democracia directa, información y pluralismo conllevan a la tendencia de incremento de mecanismos de participación para la creación y regulación de cuestiones medioambientales bajo el paradigma de la sostenibilidad⁸⁸³.

No podemos dejar de registrar que en la doctrina se debate si el derecho al medio ambiente sería un derecho humano o un derecho fundamental. PÉREZ LUÑO señala que se emplea *“el termino de derechos fundamentales para designar los derechos positivizados a nivel interno, en tanto que la formula derechos humanos sería la más usual para denominar los derechos naturales positivados en las declaraciones y convenciones internacionales, así como aquellas exigencias básicas relacionadas con la dignidad, libertad e igualdad de la persona que no han alcanzado un estatuto jurídico positivo”*⁸⁸⁴. Por lo tanto, en el ámbito de análisis de esta investigación podemos decir que el derecho al medio ambiente es un derecho humano y también un derecho fundamental consagrado en las CFB/1988 y CE/1978.

Por tanto, los derechos relacionados a los bienes e intereses ambientales⁸⁸⁵ pueden tener carácter difuso⁸⁸⁶, implicando grupos indeterminados o indeterminables de personas que se ubican en un o en varios ecosistemas⁸⁸⁷. Por ello, BOBBIO plantea que *“junto a los derechos sociales, que se denominaron derechos de segunda generación, hoy surgen los llamados derechos de tercera generación, que constituyen una categoría, a decir verdad, todavía excesivamente heterogénea y vaga, que nos impide de comprender lo que*

⁸⁸² UREÑA, M. R. “El derecho a un medio ambiente sano como derecho humano”, en *Problemas Internacionales del Medio Ambiente: VIII Jornadas, Barcelona, 2 a 5 de julio de 1984*. Bellaterra: Universitat Autònoma de Barcelona, 1985, p. 221.

⁸⁸³ Cfr. DA SILVA JÚNIOR, S. R. (2019). Op. cit., pp. 237-238.

⁸⁸⁴ Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E. *Los derechos fundamentales*. 11a ed. Madrid: Tecnos, 2013, p. 40.

⁸⁸⁵ Es cierto que una lesión al medio ambiente puede afectar derechos individuales, resultando en una lesión concreta individual. En este apartado estamos tratando de lesiones que afectan intereses ambientales difundidos en la sociedad, de manera actual o futura.

⁸⁸⁶ MORATO LEITE explica que el interés jurídico medioambiental puede tener carácter difuso, colectivo o individual. Cuando el medioambiente tenga el significado de macro bien, es decir, significando un derecho fundamental de toda la colectividad, tendremos el carácter difuso. Por otro lado, cuando el medioambiente está conectado a la idea de propiedad, tendremos el significado de micro bien y estaremos frente a intereses individuales o colectivos. Ocurre que en los conflictos ambientales podemos encontrar concomitantemente los intereses difusos, colectivos e individuales, que exigen tutelas jurídicas procesales distintas. Cfr. MORATO LEITE, J. R. (1999). Op. cit., pp.228-229.

⁸⁸⁷ Cfr. MELLO MONTEIRO, A. L. S. (2021). Op. cit., p.70.

efectivamente se trata. Lo más importante es lo que es reivindicado por los movimientos ecológicos: el derecho de vivir en un ambiente no contaminado''⁸⁸⁸.

Además, la intergeneracionalidad, propia de dichos derechos, refuerzan este carácter difuso. Por tanto, si estamos frente a un derecho que pertenece a todos, su tutela también debe estar afectada a todos, de manera que cualquier ciudadano pueda hacerlo. Por otro lado, el Estado tiene un rol especial en la tutela del medio ambiente, en la medida que tiene el deber de promover políticas públicas para la efectividad de su protección, como también el rol de siempre buscar la preservación del medio ambiente en la ejecución de sus tareas.

Esta multiplicidad de sujetos, vinculados al ámbito público y privado, amplían la complejidad de la tutela de los intereses y bienes ambientales. Así, es necesario más participación ciudadana, pluralidad, flexibilidad y celeridad. Por ello, la tutela tradicional (basada en la protección de derechos individuales) no se muestra efectiva para estas categorías de derechos, lo que determina la busca por nuevos tipos de tutela que puedan atender a estos derechos que trascienden a la dimensión individual⁸⁸⁹.

Desde una perspectiva extrajudicial, los ADR constituyen una vía posible para la protección de los derechos ambientales de carácter difuso, una vez que permiten la flexibilidad del procedimiento y la pluralización del debate, tanto en el ámbito represivo como preventivo. Los ADR son métodos que seguramente plantean una nueva concepción de justicia necesaria para la satisfacción de las demandas contemporáneas.

Intentando alcanzar esta nueva concepción de justicia, algunos países ya utilizan dichas técnicas para solventar conflictos ambientales de carácter difuso. En las últimas décadas observamos la aplicación y el fomento a estos mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos por algunos países del mundo. Por ello, en el próximo epígrafe, pasaremos al examen de dichas experiencias.

4. LOS ADR PARA DISPUTAS MEDIOAMBIENTALES: EXPERIENCIAS EN EL MUNDO

⁸⁸⁸ Cfr. BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Coutinho, C. N. (traducción). Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 6. (traducción nuestra).

⁸⁸⁹ Sobre el tema véase: BUJOSA VADELL, L. *La protección jurisdiccional de los intereses del grupo*. Barcelona: Bosch, 1995.

Las primeras experiencias de aplicación de los ADR en materia ambiental ocurrieron en los Estados Unidos en los años 70 y 80 del siglo pasado, asumiendo la denominación de “*Environmental Conflict Resolution*” (adelante, ECR). El desarrollo de los ECR ocurrió debido al éxito de la utilización de mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos en otras ramas del derecho. Según Antonio Sánchez Sáez, uno de los primeros casos documentados por la doctrina de utilización de estos métodos en el ámbito medioambiental fue el caso “*Snoqualmie River*”, de 1974, en el que se enfrentaron el Cuerpo de Ingenieros de los Estados Unidos y los ciudadanos y grupos ambientales⁸⁹⁰. En este caso se debatía la construcción de una presa en el río *Snoqualmie*.

En este momento no había una legislación especial que amparase la utilización de estos métodos extrajudiciales de solución de conflictos. El “*Superfund Amendments and Reauthorization Act*”, de 1986, constituye una de las primeras normas a tratar de la utilización de los ADR para la solución de conflictos ambientales⁸⁹¹. Sin embargo, el “*Administrative Resolution Act*”⁸⁹², de 1990, es el marco normativo para la utilización de los ADR en el ámbito administrativo y, por extensión, aplicable a determinadas cuestiones medioambientales.

Los buenos resultados obtenidos con la utilización de los ECR generaron la creación de la “*United States Environmental Protection Agency*” (adelante, EPA) para la solución de conflictos medioambientales a través de mecanismos extrajudiciales. En 1998, el Congreso norteamericano dicta el “*Environmental Policy and Conflict Resolution Act*” que posibilita la creación del “*Institute for Environmental Conflict Resolution*”⁸⁹³ con la finalidad de solventar los conflictos ambientales con implicación

⁸⁹⁰ Cfr. SÁNCHEZ SÁEZ, A. J. “Reflexiones sobre la Resolución Alternativa de Conflictos (ADR) en los Estados Unidos: su virtualidad en Derecho Ambiental”, en *ESPINOSA DE LOS MONTEROS, C. C. Alternativas no jurisdiccionales de resolución de pretensiones de Derecho Público: VI Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía [celebradas en Sevilla, noviembre de 2000]*. Sevilla: Junta de Andalucía, Instituto Andaluz de Administración Pública, 2003, p. 319.

⁸⁹¹ Cfr. SÁNCHEZ SÁEZ, A. J. (2003). Op. cit., p. 320.

⁸⁹² El “*Administrative Dispute Resolution Act*” de 1990 fue alterado por el “*Administrative Dispute Resolution Act*” de 1996, que impulsó la creación del “*Interagency Alternative Dispute Resolution Working Group*” (adelante, IADRWG), con el objetivo de impulsar el uso de los medios de ADR por las agencias federales. Sobre el tema véase: SÁNCHEZ SÁEZ, A. J. (2003). Op. cit., pp. 317-334. Y también: DELGADO PIQUERAS, F. La Alternative Dispute Resolution Act de los Estados Unidos: introducción traducción y notas. *Revista de Administración Pública - RAP*, n. 131, mayo-agosto, 1993, pp. 557-569; COSTA MOREIRA, R. M. (2021). Op. cit., pp. 141-143.

⁸⁹³ Cfr. MORRILL, C.; OWEN-SMITH, J. “The Emergence of Environmental Conflict Resolution: Subversive Stories and the Construction of Collective Action Frames and Organizational Fields”, en HOFFMAN, A.; VENTRESCA, M. *Organizations, Policy, and the Natural Environment: Institutional and Strategic Perspectives*, Stanford: Stanford University Press, 2002, p.91. Véase también: BINGHAM, G.

gubernamental. En 1999, La EPA establece el “*Conflict Prevention and Resolution Center*”, que auxilia la agencia en sus actividades ofreciendo servicios de resolución de disputas.

Hasta los días de hoy, el derecho ambiental norteamericano sigue en la vanguardia adoptando mecanismos extrajudiciales para la solución de los conflictos ambientales, incluso cuando las AAPP están implicadas. Como bien destaca MARQUES CEBOLA, la propia política ambiental norteamericana está influenciada pela dinámica de los ECR, de manera que los procesos de toma de decisión ambiental (environmental decision-making) son más descentralizados, aproximando el poder local de los ciudadanos⁸⁹⁴. En 2018, el “*Forum on Environmental Collaboration and Conflict Resolution*” elaboró el informe “*Environmental Collaboration and Conflict Resolution (ECCR): Enhancing Agency Efficiency and Making Government Accountable to the People*” que confirma los buenos resultados obtenidos con la utilización de los ECR⁸⁹⁵.

El movimiento de aplicación de los ADR para a solución de conflictos ambientales iniciado en los Estados Unidos se expandió para otros países del globo. En el continente europeo, Alemania, inspirada en la experiencia estadounidense, inició la utilización de este tipo de metodología en 1986 para solventar conflictos oriundos del aterro sanitario de Münchehagen⁸⁹⁶.

La aplicación de los ADR para la solución de conflictos ambientales también alcanzó el ámbito comunitario, dónde se desarrollaron algunas iniciativas. Primero, las reglas de arbitraje y conciliación específicas para las cuestiones medioambientales publicadas por el “*Permanent Court of Arbitration*” (adelante, PCA) en 2001 y 2002, respectivamente⁸⁹⁷. También tenemos que señalar la metodología propuesta por la “*European Union Network for the Implementation and Enforcement of Environmental*

Resolving Environmental Disputes: A Decade of Experience, The Conservation Foundation, Washington DC, 1986.

⁸⁹⁴ Cfr. MARQUES CEBOLA, C. (2012). Op. cit., p.180.

⁸⁹⁵ Texto completo disponible en: https://ceq.doe.gov/docs/nepa-practice/ECCR_Benefits_Recommendations_Report_%205-02-018.pdf. [en línea] [consulta: 30 noviembre 2021].

⁸⁹⁶ Sobre la utilización de ADR para la solución de conflictos ambientales en Alemania véase: ALEXANDER, N. M.; GOTTWALD, W.; TRENCZEK, T. Mediation in Germany: The Long and Winding Road. [en línea]. *Global Trends in Mediation*, diciembre 29, 2003. [consulta: 30 noviembre 2021]. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3756904>.

⁸⁹⁷ No obstante, las reglas del PCA se refiera a conciliación, en realidad la metodología empleada es de mediación, como bien elucida MARQUES CEBOLA. Cfr. MARQUES CEBOLA, C. (2012). Op. cit., p. 181.

Law” (adelante, Red IMPEL), que en 2004 lanzó el proyecto “*Informal Resolution of Environmental Conflict by Neighbourhood Dialogue*”⁸⁹⁸, basado en la experiencia alemana de solución de conflictos ambientales entre vecinos y empresas industriales. Dicho proyecto buscó desarrollar la mediación en cuestiones medioambientales en el entorno europeo, apostando en el diálogo y en la comunicación entre las empresas y los ciudadanos afectados.

Tampoco podemos dejar de registrar los estudios españoles realizados en Cataluña que generaron el Libro Blanco de la Mediación en Cataluña (2011) que posee un capítulo sobre la mediación en conflictos ambientales. Dicho estudio constata que en Cataluña no existen servicios de mediación especializados en la solución de conflictos ambientales, pero algunos conflictos ambientales son gestionados con una mirada mediadora, aunque no se haya sistematizado un protocolo específico para este tipo de procedimiento.

En América del Norte, tenemos que destacar la experiencia canadiense basada en la construcción colaborativa⁸⁹⁹. En 1978, la Asamblea Nacional de Quebec aprobó la ley para enmendar la Ley de Calidad Ambiental y con esto creó la “*Bureau d’audiences publiques sur l’environnement*” (por adelante, BAPE), con competencia para investigar cualquier cuestión relacionada con la calidad del medio ambiente. Con fundamento en esta atribución, la BAPE pudo realizar procedimientos de ADR con autorización del Ministro del Medio Ambiente⁹⁰⁰.

Entre 1979 y 1985 la BAPE desarrolló algunos experimentos de negociación participativa, como los casos del proyecto de la central hidroeléctrica de Hydro-Québec Delaney y de la gestión de agua en Black Lake. Entre 1986 y 1991, la BAPE empezó el análisis de las posibilidades de conciliación, negociación y mediación.

A partir de 1992, el órgano empezó a trabajar los procedimientos de conciliación y mediación, a ejemplo de los casos: del proyecto de tratamiento de agua no sujeto en Pointe Fisher en Lac-Brome y de la ampliación de la Autoroute 55 de Saint-Célestin a la Autoroute 20. En este periodo fue desarrollado un procedimiento a ser seguido en las

⁸⁹⁸ Sobre dicho proyecto véase el informe final de 24.10.2005, disponible en: <https://www.impel.eu/wp-content/uploads/2016/08/NeighbourhoodDialogue.FinalReport.pdf>. [en línea] [consulta: 01 diciembre 2021].

⁸⁹⁹ Vid. COSTA MOREIRA, R. M. (2021). Op. cit., p. 148.

⁹⁰⁰ Sobre la evolución de los ADR en la BAPE véase el informe “*La médiation en environnement: une nouvelle approche au BAPE*” disponible en: https://numerique.banq.qc.ca/patrimoine/details/52327/50109?docref=KBRu2chpxqVb-q828tO_GA. [en línea] [consulta: 02 diciembre 2021].

mediaciones ambientales, comprendiéndolas como una alternativa a la resolución de conflictos. El informe *“La médiation en environnement: une nouvelle approche au BAPE”* evidencia que la mediación constituye una herramienta privilegiada que ayuda a las partes a encontrar soluciones a los conflictos relacionados con proyectos que tengan impacto sobre el medio ambiente, armonizando los objetivos de desarrollo con las preocupaciones ambientales y sociales. Podemos constatar que la mediación en Canadá pasó por un largo proceso de adaptación para la construcción de un procedimiento colaborativo de resolución de disputas ambientales

En la América Latina, también observamos la incorporación de los ADR para la solución de conflictos ambientales, a través de una regulación sectorial y aplicación preponderantemente en el ámbito judicial:

En el ámbito extrajudicial, la incorporación de los ADR es verificada a través de la creación de instituciones que fomentan el diálogo como la Agencia de Sustentabilidad y Cambio Climático de Chile (adelante, ASCC), cuyo propósito es fomentar la producción sustentable y la mitigación y adaptación al cambio climático en las empresas a través del diálogo y cooperación público-privada⁹⁰¹. La ASCC ha implementado Acuerdos Voluntarios de Pre-Inversión (AVP), acción que representa la incorporación de los ADR en materia ambiental.

En Argentina, podemos citar los procesos colaborativos que son adoptados, por ejemplo, en foros participativos y en la planificación colaborativa. ROBLEDO señala que en la Planificación Colaborativa se han efectuado diversas intervenciones, principalmente en el ámbito medioambiental, con resultados muy interesantes, como, por ejemplo, el conflicto socio ambiental “Araucarias” en la provincia de Misiones y la intervención en la planificación estratégica de la Ciudad de Buenos Aires⁹⁰².

En Brasil, como ya hemos comentado, el Decreto Federal n. 9.760, de 11 de abril de 2019 insertó la conciliación en el procedimiento administrativo sancionador ambiental en el ámbito de la AP federal. Ocurre que, en este caso, la inserción de la conciliación generó un retraso en los procedimientos sancionatorios ya que no hubo inversión en la estructura administrativa del órgano responsable por dichos procedimientos. También

⁹⁰¹ Para más información sobre la ASCC y los AVP véase: <https://www.ascc.cl/>. [en línea] [consulta: 01 diciembre 2021].

⁹⁰² Cfr. ROBLEDO, M. J. “De la percepción social del riesgo a los conflictos ambientales”, en DROMI, R. (Dir.). *Tutela Ambiental*. Buenos Aires – Madrid: Editorial Ciudad Argentina, 2003, p. 85.

podemos citar los TAC, que son, como hemos visto, mecanismos consensuales de solución de conflictos, pero con una aplicación muy limitada una vez que la negociación es llevada a cabo por los órganos públicos legitimados para las acciones colectivas, como también la negociación se restringe a los aspectos formales o secundarios de cumplimiento de la obligación⁹⁰³.

En España podemos citar la previsión del art. 37 de la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados, que permite la reparación de suelos contaminados en la vía convencional. Aunque dicha ley no se refiera a los ADR, sino a los convenios de cooperación, la apertura de la vía convencional para la reparación del daño ambiental representa un avance importante para la ampliación del acceso a la justicia ambiental. Por dicha ley, los convenios de colaboración podrán establecer incentivos económicos direccionados a la financiación de los costes de limpieza y recuperación de suelos contaminados. Este mecanismo contribuye de manera efectiva para la reparación del daño ambiental, una vez que la irreversibilidad del daño podrá ser evitada debido a la celeridad en la adopción de medidas de limpieza y recuperación de los suelos contaminados.

Con efecto, los ADR representan un camino idóneo a la apertura del acceso a la justicia ambiental, sobre todo en el ámbito extrajudicial. Las experiencias registradas en este apartado demuestran la viabilidad de la adopción de dichos mecanismos para la resolución de conflictos medioambientales. Sin embargo, para que se tenga eficacia es necesaria la institucionalización y/o normalización de los procedimientos y protocolos propios para esta categoría de disputa.

5. VENTAJAS Y OBSTÁCULOS DE APLICACIÓN DE LOS ADR EN MATERIA MEDIOAMBIENTAL

El conflicto ambiental, como hemos visto en los apartados anteriores, está enmarcado por la complejidad, ya que son disputas con múltiples partes, con fuerte contenido interdisciplinar y con repercusiones en los ámbitos público y privado. Además, las cuestiones relacionadas al medio ambiente reclaman respuestas céleres, que muchas veces no es posible con la solución adjudicada.

⁹⁰³ Vid. COSTA MOREIRA, R. M. (2021). Op. cit., p. 148.

En este escenario, la utilización de los ADR para la solución de conflictos ambientales se muestra oportuna.

Primero, los procedimientos en mecanismos de ADR son más simples y flexibles, por tanto, más adherentes a la resolución de los conflictos ambientales. Esta flexibilidad permite la mutación de los ajustes con el decurso del tiempo, de manera que el acuerdo se muestre eficaz frente los cambios de la vida. Además, como bien advierte STEWART DIAZ el *“formalismo excesivo resulta peligroso en materias ambientales, que requieren de una tutela rápida y que atienda su complejidad”*⁹⁰⁴. La flexibilidad de los procedimientos de ADR también facilita la participación de múltiples partes, una vez que la rigidez procedimental del proceso judicial no es aplicable a dichos procedimientos y con esto es posible ampliar el acceso a la justicia ambiental.

Segundo, los ADR permiten la interdisciplinaridad para la construcción de su solución. Los conflictos ambientales conllevan cuestiones de distintas ramas del conocimiento, lo que no es alcanzado por la decisión adjudicada, que posee límites más justos. Por ello, SÁNCHEZ SÁEZ destaca que la complejidad del conflicto ambiental *“no se compeadece demasiado bien con la justicia ordinaria, y ha encontrado en los especialistas y expertos de la mediación o del arbitraje a las personas idóneas para conocer y resolver asuntos demasiados técnicos para los jueces”*⁹⁰⁵.

Tercero, la celeridad del procedimiento, generada por su flexibilidad, conlleva a la reducción de los costos. Como hemos visto, en los apartados anteriores, los costos del proceso judicial constituyen uno de los limitantes del acceso a la justicia ambiental. SÁNCHEZ SÁEZ también señala que la celeridad es la esencia de la solución de los conflictos ambientales, una vez que la reversibilidad del daño ambiental depende en gran medida de la prontitud de la respuesta⁹⁰⁶.

Cuarto, la pluralidad que puede ser alcanzada por los ADR es esencial a la efectiva solución de los conflictos ambientales o por lo menos facilita la gestión de estos conflictos. La solución adjudicada impone límites muy restrictos a esta participación, una vez que el proceso, por regla general, fue concebido para el examen de cuestiones individuales. La tutela colectiva, aunque presente el sistema procesal de algunos países,

⁹⁰⁴ Cfr. STEWART DIAZ, K. *Visión crítica del uso de ADR en conflictos socioambientales*. [en línea]. Santiago: Universidad de Chile - Facultad de Derecho, 2021, p. 75. [consulta: 24 noviembre 2021]. Disponible en <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/182296>.

⁹⁰⁵ Cfr. SÁNCHEZ SÁEZ, J. A. (2003). Op. cit., p. 322.

⁹⁰⁶ Ibid., p. 323.

ni siempre consigue atender eficazmente a los conflictos que trascienden la naturaleza individual. Además, la filosofía del “*winner-looser*” es poco efectiva para los conflictos ambientales ya que son disputas plurales cuya solución tiene que ser plural para que produzca efectos positivos.

Quinto, los mecanismos de ADR, de una manera general, buscan no sólo la solución del conflicto, sino también su gestión. Por ello, dichas técnicas suelen facilitar la apertura de comunicación entre las partes, el cambio de informaciones y la colaboración para la construcción de una solución basada en la idea del “*win-win*”. Por tanto, los mecanismos de ADR poseen más espacio para desarrollar la perspectiva preventiva del conflicto. Este es el sentido de la STS de 19 de enero de 2012 (RJ 2012\307) que dispone que “*la mediación como modalidad alternativa de resolución de conflictos, llega a soluciones menos traumáticas que la judicial que dicta sentencia interpretando y aplicando correctamente la norma jurídica, resultando un vencedor y un vencido, cuando los temas jurídicos tiene o pueden tener un trasfondo humano, al que si llega el instituto de la mediación*”.

Sexto, los conflictos ambientales son, de una manera general, intertemporales e intergeneracionales, es decir, sus consecuencias alcanzan distintos puntos del tiempo. En este tipo de circunstancia la solución consensual se muestra más adecuada que la decisión adjudicada, debido a su flexibilidad que permite ajustes al acuerdo para la adecuación de la solución en el decurso del tiempo. Por ello, BELLOSO MARTÍN, al comentar sobre la aplicación de la mediación para la gestión de conflictos ambientales, destaca que este mecanismo consensual “*permite gestionar conflictos ofreciendo una solución rápida, pero con vistas a una proyección de futuro*”⁹⁰⁷.

Séptimo, la incertidumbre que permea las cuestiones medioambientales también es un factor que milita en favor de los ADR. Hemos visto que el principio de precaución, uno de los principios claves del Estado de Derecho Ambiental, se funda exactamente en la incertidumbre científica sobre los peligros y las consecuencias de actividades humanas potencialmente causadoras de deterioro ambiental. Frente a dicha circunstancia la solución adjudicada puede revelarse absolutamente ineficaz para la protección del medio

⁹⁰⁷ Cfr. BELLOSO MARTÍN, N. Un nuevo reto para las políticas públicas: posibilidades de una mediación ambiental ‘sostenible’. [en línea]. *Seminário Internacional de Mediação de Conflitos e Justiça Restaurativa*, Santa Cruz do Sul, 2013. [consulta: 09 enero 2022]. Disponible en: https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/mediacao_e_jr/article/view/10876/1407.

ambiente, como también puede inviabilizar el desarrollo social y/o económico. Por ello, COSTA MOREIRA plantea que el procedimiento consensual admite soluciones creativas direccionadas a las peculiaridades y exigencias técnicas y científicas de cada situación específica, produciendo resultados para el futuro⁹⁰⁸. Además, no podemos olvidar que en la defensa del medio ambiente hay que buscar el equilibrio entre las tres dimensiones del desarrollo sostenible: económico, social, ambiental.

Octavo, los mecanismos de ADR se insertan en la metodología relacional de gestión pública, que implica en una nueva dinámica de relacionamiento entre las AAPP y los administrados⁹⁰⁹. La postura imperativa y unilateral ha perdido espacio para una conducción colaborativa y participativa, por la cual el administrado tiene la capacidad de influenciar los procedimientos de toma de decisión. La metodología relacional permite el incremento de la confianza de los administrados en las AAPP, lo que no es posible en procedimientos adjudicados que están enmarcados por el carácter adversarial y la falta de confianza. Por tanto, los ADR componen esta nueva metodología de gobernanza basada en el diálogo y en la participación.

Novo, la descongestión del Poder Judicial proporcionada por la aplicación de los ADR también es un factor relevante, que debe ser considerado. Observamos que la inversión en tecnología y personal no es suficiente para minorar las cifras de congestión del Poder Judicial. Es necesario adoptar otras estrategias para reducir la cantidad de asuntos que llegan todos los días al Poder Judicial. La resolución adjudicada tiene que ser considerada cuando los otros mecanismos fracasan, sobre todo en disputas ambientales que poseen peculiaridades que difícilmente la decisión judicial puede atender eficazmente. En este escenario la resolución extrajudicial de conflictos ambientales podrá reducir la llegada de asuntos a los Tribunales, contribuyendo para la descongestión judicial.

Por fin, los ADR contribuyen para el fortalecimiento del ideal de justicia sostenible. La sostenibilidad de la justicia está directamente conectada con la ampliación del acceso a ella para todos en igualdad de condiciones. Como hemos visto en este capítulo, la

⁹⁰⁸ Cfr. COSTA MOREIRA, R. M. (2021). Op. cit., pp. 151-152.

⁹⁰⁹ Vid. GONZÁLES DE LARA MINGO, S. ¿La mediación tiene encaje en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo?. *Actualidad Administrativa*, n.11, 2021.

sostenibilidad tiene un aspecto social relevante, en el sentido de garantizar a todos las mismas oportunidades y esto también se refleja en la justicia.

Sin embargo, no debemos comprender el acceso a la justicia como solamente el acceso a los órganos judiciales, sino como el acceso a un orden jurídico justo. Por ello, GONZÁLEZ MARTÍN destaca que el acceso a la justicia consiste en el derecho de reclamar protección de un derecho a través de mecanismos instruccionales, que también se incluyen los medios extrajudiciales de solución de conflictos⁹¹⁰. Desde esta perspectiva, los ADR rompen la dinámica de la confrontación como también permiten una mayor participación de los distintos grupos sociales para la resolución de conflictos individuales y colectivos. Esto mismo sentido es empleado por GONZALO-QUIROGA que reflexiona que el acceso a la justicia implica *“no sólo la necesidad de garantizar el acceso a la justicia tradicional, por medio del acceso a los órganos jurisdiccionales estatales, sino, además, la urgencia de introducir, fomentar y asegurar las vías alternativas o extrajudiciales de acceso a la justicia que respondan de mejor modo y manera a las demandas de la sociedad actual”*⁹¹¹.

Sin embargo, la utilización de los ADR para la solución de conflictos ambientales también presenta obstáculos, que deben ser analizados.

Como largamente evidenciado en este capítulo, los conflictos ambientales son enmarcados por una asimetría entre las partes, sea por la participación del Poder público o sea por la participación del Poder económico, que coloca los ciudadanos y las organizaciones de la sociedad civil de defensa del medio ambiente en una posición de inferioridad. No obstante, el equilibrio de las partes sea uno de los objetivos de estos mecanismos de solución extrajudiciales de solución de conflictos, obtenerla en la práctica es una tarea muy difícil en conflictos que implican una diversidad de intereses y posiciones de poder tan dispares. Por ello, BELLOSO MARTÍN destaca que *“la desigualdad de poder entre las partes de un conflicto en los casos en que una de las partes es la Administración es evidente. En algunos casos, más que meras disputas por*

⁹¹⁰ Cfr. GONZÁLEZ MARTÍN, N. *Un acercamiento al acceso a la justicia a través de la mediación como medio alterno de solución de conflictos*. [en línea]. México: UNAM, 2014, p. 120. [consulta: 24 febrero 2022]. Disponible en: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3541/7.pdf>>.

⁹¹¹ Cfr. GONZALO-QUIROGA, M. Mediación y Cultura de Paz en los Objetivos de Desarrollo Sostenible 2030. *Polo del Conocimiento: Revista científico-profesional*, v. 6, n. 7, 2021, p. 95. Véase también: GUTIÉRREZ, J. L. U. et al. *Mediación y tutela judicial efectiva: La Justicia del siglo XXI*. Editorial Reus, 2019; y JUÁREZ, J. A. C.; MEZA, J. N. S.; VALENCIA, J. H. *El debido proceso: una aproximación desde la jurisprudencia latinoamericana*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014.

impactos ambientales, los conflictos pueden ser de carácter político, cuya constitución y resolución dependen básicamente de la relación de fuerzas entre las partes o actores involucrados, y no sólo de factores técnicos o científicos”⁹¹².

Otra cuestión apuntada por algunos como obstáculo a la mediación medioambiental es la confidencialidad del procedimiento. Como hemos visto en la primera parte de esta investigación, la confidencialidad es un elemento presente en los mecanismos de ADR. Sin embargo, en cuestiones de interés general la confidencialidad debe ser mitigada debido al principio de transparencia que afecta la actuación estatal. Como bien explica MARQUES CEBOLA, en la mediación medioambiental la confidencialidad asume otros contornos⁹¹³. Por ello, en algunos actos del procedimiento la confidencialidad debe ser preservada para la efectividad de la solución pactada. En otros actos, debido a los principios de isonomía y transparencia, la publicidad debe ser garantizada.

Tampoco podemos olvidar la cuestión de la autotutela administrativa que también afecta los conflictos ambientales que demandan una actuación administrativa. Como hemos señalado en el capítulo tercero, la autotutela administrativa representa uno de los mayores obstáculos a la solución consensual de los conflictos en que las AAPP estén implicadas. En la medida que las AAPP tienen la competencia para solventar unilateralmente determinadas situaciones conflictivas, la opción por la vía consensual es más difícil. Como bien señala HUERGO LORA, en el caso español, las AAPP no necesitan ir a los Tribunales para ejecutar sus propias decisiones y producir efectos a la esfera jurídica de los ciudadanos⁹¹⁴. En estas circunstancias no existe interés por parte de las AAPP en ingresar en el campo consensual. En Brasil, no obstante, la autotutela administrativa tenga un ámbito más restricto, las AAPP no demuestran interés en la vía consensual, una vez que la lentitud y las imperfecciones del proceso judicial muchas veces son consideradas como ventajas para las AAPP. Las dos perspectivas son equivocadas, una vez que las AAPP deben buscar siempre el atendimento del interés público de la manera menos gravosa para los administrados. Por lo tanto, la utilización

⁹¹² Cfr. BELLOSO MARTÍN, N. (2013). Op. cit. p. 08.

⁹¹³ Cfr. MARQUES CEBOLA, C.; CASER, U.; VASCONCELOS, L. A confidencialidade em mediação ambiental. A sua aplicação ao Projeto MARGov em Portugal. [en línea]. *La Trama – Revista Interdisciplinaria de Mediación y Resolución de Conflictos*, n. 41, mayo/2014. [consulta: 24 noviembre 2021]. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/272815340_A_confidencialidade_em_mediacao_ambiental_A_sua_aplicacao_ao_Projeto_MARGov_em_Portugal.

⁹¹⁴ Cfr. HUERGO LORA, A. J. (2009). Op. cit., p. 107.

de medios consensuales puede conllevar a una mejor solución para el conflicto, sobre todo en la perspectiva medioambiental, ya que la participación de los afectados es esencial para la efectividad de la protección del medio ambiente.

Por fin, la indisponibilidad de los derechos e intereses medioambientales también es indicada como “el gran factor impeditivo” de aplicación de los ADR.

La indisponibilidad implica que el titular del derecho no puede por acto de voluntad transferir, alienar, extinguir o modificar dicho derecho. Sin embargo, la jurisprudencia brasileña, por ejemplo, ya ha reconocido que la indisponibilidad no es absoluta⁹¹⁵, es posible la transacción de derechos indisponibles, como el derecho a los alimentos, la disposición gratuita de órganos y partes del cuerpo en vida o post mortem para trasplante o la cesión del derecho de imagen para fines de publicidad. Además, en el derecho penal, la transacción integra la noción de justicia restaurativa y constituye un avance para el alcance de la tutela judicial efectiva.

En este escenario, ¿porque la indisponibilidad sería un obstáculo a la solución de conflictos ambientales?

Es cierto que las normas ambientales tienen como finalidad garantizar la protección del medio ambiente y por ello transaccionar puede parecer una contradicción. En el RE 299.400, el STJ explica en su sentencia que no obstante los derechos difusos, en general, no sean susceptibles de transacción, en la hipótesis de derechos difusos que generen obligaciones de hacer o no hacer, se debe buscar, cuando no sea posible regresar al *status quo ante*, la mejor solución en la composición del daño. Esta es una conclusión que se extrae de los principios del Estado Ambiental de Derecho, en especial de los principios de prevención y solidaridad intergeneracional. Por tanto, la indisponibilidad de derechos en el ámbito ambiental es relativa, una vez que siempre debemos buscar la solución que mejor garantice la protección del medio ambiente.

Además, como bien señala BESSA ANTUNES, las cuestiones ambientales son esencialmente negociables, una vez que las intervenciones en el medio ambiente implican en la elección entre distintas posibilidades, por lo tanto, manifiestan decisiones de naturaleza mayoritariamente discrecional⁹¹⁶. Como hemos visto en el primero capítulo de esta sección, la tutela ambiental evoluciona para la aplicación de soluciones pactadas para

⁹¹⁵ Vid. BRASIL. STF. HC 93250/MS. Ministro Relator Ellen Gracie. Dje 27.06.2008.

⁹¹⁶ Cfr. BESSA ANTUNES, P. D. (2021). Op. Cit., p. 64.

los conflictos. No podemos olvidar que los ordenamientos jurídicos brasileño y español ya poseen instrumentos que facilitan este cambio de paradigma. En Brasil, tenemos como ejemplo el TAC y la conciliación en los procedimientos administrativos sancionadores de la Unión Federal; en España, la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la cual la participación ciudadana en los procesos administrativos de toma de decisión en materia ambiental constituye uno de los pilares para la adecuada protección del medio ambiente y la Ley 22/2011, de 28 de julio, de Residuos y Suelos contaminados, que posibilita la reparación de suelos contaminados en la vía convencional ⁹¹⁷.

Aunque se reconozca dificultades para la implementación de los ADR para la solución de conflictos medioambientales, estos obstáculos no son insuperables. La experiencia extranjera ha demostrado que la aplicación de los ADR en el ámbito medioambiental es posible y se puede producir buenos resultados⁹¹⁸. Por tanto, hay que adaptar los mecanismos de ADR a la realidad del conflicto medioambiental, ampliando y efectivando el acceso a la justicia medioambiental.

6. LA APLICACIÓN DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS PARA LA SOLUCIÓN DE DISPUTAS MEDIOAMBIENTALES

En el epígrafe anterior, hemos visto que los ADR constituyen un camino idóneo para la resolución de conflictos ambientales. Esto porque son herramientas que permiten la participación ciudadana, amplían el diálogo entre en las AAPP y los administrados, posibilitan la reducción de los costos de la resolución del conflicto, están lineados a la gobernanza relacional, además de permitir soluciones más flexibles y ajustadas a conflictos de naturaleza intertemporales e intergeneracionales.

⁹¹⁷ Tampoco podemos olvidar de la posibilidad de terminación convencional del procedimiento administrativo y de sustitución de los recursos administrativos por medidas pactadas, en la forma prevista en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, no obstante, la necesidad de desarrollo legislativo específico para la tutela ambiental.

⁹¹⁸ Sobre la experiencia extranjera en la aplicación de ADR en el contexto medioambiental véase el epígrafe 3 de este capítulo: ADR para disputas medioambientales: experiencias en el mundo.

En el contexto de la globalización y de las nuevas tecnologías de la información y comunicación⁹¹⁹, que mueven la sociedad contemporánea, urge examinar la posibilidad de utilización de los ODR para la solución de conflictos medioambientales.

Para abordar este tema, es necesario abordar, aunque sumariamente, de lo que se ha denominado de democracia digital.

Según DAHLGREN “*la democracia no es un fenómeno estático y universal; su carácter específico varía en función de diversas variables circunstancias. Su vitalidad, funcionalidad y supervivencia no pueden darse por sentadas*”⁹²⁰. Es decir que las transformaciones del mundo contemporáneo generan impacto en la comprensión y en la práctica de la democracia. Examinando la influencia de las nuevas tecnologías en la democracia, PÉREZ LUÑO plantea que las nuevas tecnologías posibilitan otras formas de participación política, que pueden simplemente reforzar la democracia representativa parlamentaria como también generar una participación real y efectiva de los ciudadanos en los procesos de toma de decisiones⁹²¹.

En este contexto, la democracia digital genera la renovación de la democracia a través de la utilización de las tecnologías para ofrecer nuevas oportunidades de participación a los ciudadanos, lo que incluye el acceso facilitado a la información, la presentación de opiniones y reclamaciones relacionadas a los temas de interés colectivo, como también la participación en los procesos de toma de decisión⁹²². Sin embargo, la democracia digital o e-democracia no significa suplantarse las tradicionales formas de participación democrática, sino ampliar el acceso del ciudadano a la experiencia democrática. Por ello, SÁNCHEZ BRAVO subraya las personas no son forzadas a

⁹¹⁹ Sobre el tema véase: PADRÓN, J.J. “Resolución de conflictos en las nuevas tecnologías”, en DAVARA RODRÍGUEZ, M.A. (Coord.). XVII Encuentros sobre Informática y Derecho, 2002-2003, Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 2003, pp. 117-122. Véase también: GARCÍA DEL POYO, R. La mediación electrónica. *Revista Jurídica de Castilla y León - Dedicado a: arbitraje y mediación: Problemas actuales, retos y oportunidades*, n. 19, 2013.

⁹²⁰ Cfr. DAHLGREN, P. “Mejorar la participación: la democracia y el cambiante entorno de la web”, en CHAMPEAU, Serge; INNERARITY, Daniel (comps.), *Internet y el futuro de la democracia*. Barcelona: Paidós, Serie Estado y Sociedad. 2012. p. 46-47.

⁹²¹ Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E. ¿Ciberciudadani@ o Ciudadania.com? Barcelona: Gedisa, 2004, p. 72.

⁹²² Cfr. SANTOS SILVA, R.F. E-democracia: Participación ciudadana y nuevas tecnologías para la solución de los conflictos ambientales [en línea]. *III Congreso Internacional Move. Net sobre Movimientos Sociales y TIC*. Sevilla: Grupo Interdisciplinario de Estudios en Comunicación, Política y Cambio Social de la Universidad de Sevilla (COSMOPOLÍTICAS), 2020. p.204. [consulta: 17 abril 2021]. Disponible en: <https://idus.us.es/handle/11441/98150>.

ajustarse a las nuevas tecnologías, en realidad las nuevas tecnologías que deben adaptarse a las necesidades humanas⁹²³.

Hemos visto en la primera parte de esta investigación que las AAPP han incorporado las nuevas tecnologías para la realización de sus rutinas y su adecuación al modelo de gobernanza relacional, permitiendo la creación de espacios de debate y trabajo común con los ciudadanos. Por ello, las prácticas consensuales y las nuevas tecnologías son parte del actual instrumental administrativo. Luego, los ODR pasan a integrar los instrumentos de participación ciudadana en el marco de la democracia digital.

Por lo tanto, no hay dudas que los mecanismos de resolución de conflictos en línea tienen el potencial de fortalecer la democracia, en la medida que facilita la participación del ciudadano en los procesos de toma de decisión a través de la tecnología. Por medio de las ODR es posible reducir las distancias, simplificar los procedimientos, facilitar el diálogo con los colectivos afectados y ofrecer una oportunidad de efectiva participación de la ciudadanía en la construcción, desarrollo y control de las políticas públicas⁹²⁴.

Las disputas medioambientales, como hemos esclarecido en este capítulo, exigen celeridad en la respuesta, bajo pena de irreversibilidad del deterioro ambiental. Por ello, los mecanismos de solución de conflictos medioambientales tienen de ser capaces de reaccionar rápidamente, adoptando procedimientos simples, flexibles y adecuados a las peculiaridades del conflicto ambiental.

No podemos olvidar que el conflicto ambiental, de manera general, exige amplio debate, con la participación efectiva de los afectados⁹²⁵. Por ello, DA SILVA JÚNIOR señala que el derecho ambiental es impactado por esta perspectiva de democracia que esta direccionada a la ampliación de los espacios públicos de discursivos⁹²⁶. Además, según dicho autor, la efectividad del derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado se vincula a la búsqueda de una solución basada en la discusión amplia por todos los

⁹²³ Cfr. SÁNCHEZ BRAVO, A. “Sociedad tecnológica e implicaciones ciudadanas”, en GARRIGA DOMÍNGUEZ, A.; SÁNCHEZ BRAVO, A. (editores). *Derechos humanos, protección medioambiental y nuevos retos sociales*. Madrid: Dykinson, 2015, pp. 223-240.

⁹²⁴ Cfr. SANTOS SILVA, R. F. (2020). Op. cit., p. 206.

⁹²⁵ Cfr. LUNELLI, C. A.; MERAZ CASTILLO, A. Jurisdicción y medios alternativos de resolución de conflictos: una opción para las cuestiones ambientales. [en línea]. *Opinión jurídica*, Medellín, v. 13, n. 26, p. 17-32, Dec. 2014. [consulta: 02 enero 2022]. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S169225302014000200002&lng=en&nrm=iso>.

⁹²⁶ Cfr. DA SILVA JÚNIOR, S. R. (2019). Op. cit., p. 239.

implicados⁹²⁷. Este también es el sentido de la Declaración de Río (1992) que dispone que “*el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. (...) los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a la disposición de todos*”.

Los conflictos ambientales de naturaleza difusa, en general, implican largas distancias (distintos municipios, regiones o países), de manera que los ODR pueden auxiliar en la participación y en el debate entre los implicados. El potencial de reducción de las distancias físicas es, seguramente, una ventaja de los ODR y contribuye para una mejor gestión del conflicto, una vez que es posible utilizar herramientas síncronas y asíncronas.

Por tanto, los ODR surgen como una alternativa celer y eficaz a la solución de disputas ambientales, hábiles a la construcción de una atmosfera de pluralismo y democracia. Además de reducir las distancias físicas, los métodos de resolución de conflictos en línea simplifican los procedimientos, permiten la participación individual y colectiva de los afectados, como también crean un espacio colaborativo de debate y construcción de políticas públicas, posibilitando el ingreso de personas y grupos que están alejados del debate político. Sin embargo, es necesario que el método de solución de disputas garantice la manifestación de las distintas perspectivas de manera que al final sea posible producir una decisión que proteja los múltiples intereses. Según, el informe sobre el Desarrollo Mundial de 2016 del Banco Mundial, en los países en desarrollo hay más hogares que poseen teléfono móvil que los que tienen acceso a la electricidad o agua limpia⁹²⁸.

Dicha circunstancia revela la capilaridad de los recursos digitales y su poder de alcance social, de manera que su utilización para la resolución de disputas ambientales es algo que no puede ser desconsiderado. Además, estos mecanismos digitales, con aplicaciones utilizables desde teléfonos móviles, permiten la interacción sencilla, una vez que las interfaces son, en general, amigables e intuitiva, permitiendo que gente sin muchas competencias digitales puedan utilizarlos fácilmente. No obstante, la brecha digital

⁹²⁷ DA SILVA JÚNIOR, S.R. (2019). Op. cit., p. 241.

⁹²⁸ Cfr. Banco Mundial. *Informe sobre el desarrollo mundial 2016: Dividendos Digitales – Panorama General*. [en línea]. Washington: Banco Mundial. [consulta: 13 junio 2019]. Disponible en: <http://documents.worldbank.org/curated/pt/658821468186546535/Informe-sobre-el-desarrollo-mundial-2016-dividendos-digitales-panorama-general>.

constituye factor de riesgo para la utilización de estas nuevas tecnologías para la solución de conflictos ambientales.

La OCDE, en el Informe “Gobierno Abierto: Fomentar el diálogo con la Sociedad Civil” (2003) señala el potencial de las herramientas de tecnología de la información y comunicación para fomentar una mayor implicación de los ciudadanos en los procesos democráticos, pero también destaca la necesidad de mitigar la exclusión digital. Esta también es una preocupación de BELANDO GARÍN cuando afirma que *“junto a la inteligencia artificial, se une la brecha digital, expuesta claramente con el COVID-19, donde ante la obligación del confinamiento, la necesidad de acceder a productos digitales no ha ido acompañada en ocasiones de las habilidades y competencias para conseguirlos. A ello se unía, la incapacidad de la Administración en ocasiones para prestar servicios digitales con la consiguiente ruptura de la igualdad social”*⁹²⁹.

En la primera parte de este trabajo hemos visto que para combatir la brecha digital no es suficiente facilitar el acceso a la internet a la gente, sino también proveer las competencias digitales. En esto contexto, promover la inclusión digital significa fortalecer la democracia y la ciudadanía. Por ello, LÓPEZ LÓPEZ y SAMEK señalan que la inclusión digital es un punto vital de la justicia social y de los derechos humanos en la actualidad, generando nuevos espacios de tolerancia, comprensión y diálogo⁹³⁰.

Además, en la aplicación de los ODR para la resolución de conflictos ambientales con la participación de las AAPP, hay que garantizar un “proceso justo tecnológico”, con la presencia de las garantías públicas exigidas para el procedimiento administrativo. Por tanto, en la resolución de conflictos ambientales a través de recursos tecnológicos, las garantías de transparencia, motivación y legitimidad democrática no deben ser olvidadas.

Otro punto que merece consideración en el tema de los ODR es la necesidad de mantenimiento de un margen de humanidad en las relaciones entre las AAPP y los administrados. En este contexto, la utilización de la tecnología para la solución de conflictos ambientales no puede conllevar a la eliminación del elemento humano que es fundamental para la solución de este tipo de controversia.

⁹²⁹ Cfr. BELANDO GARÍN, B. “El derecho administrativo en movimiento”, en BARONA VILAR, S. (ed.). *Meditaciones sobre Mediación (MED +)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022, p. 654.

⁹³⁰ Cfr. LÓPEZ LÓPEZ, P.; SAMEK, T. Inclusión digital: un nuevo derecho humano. [en línea]. *Educación y Biblioteca*, n.172, julio/agosto, 2009, pp. 114-118. [consulta: 06 enero 2022]. Disponible en: <https://eprints.ucm.es/11567/>.

Con efecto, los ODR pueden facilitar el pluralismo y el diálogo en la resolución de conflictos medioambientales, desde que sean adoptadas medidas de combate a la brecha digital y de mantenimiento de las garantías públicas del procedimiento administrativo. Sin estos cuidados, los ODR representan un gran riesgo para la democracia, ampliando la exclusión social y produciendo soluciones poco efectivas. En dichas circunstancias los ODR no pueden ser utilizados para la solución de conflictos ambientales, quizás la utilización de las herramientas tecnológicas en parte del procedimiento sea más efectiva y no genere daños a las garantías procedimentales y a la participación plural en la resolución de conflictos ambientales.

CAPÍTULO TERCERO

LA MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA EXTRAJUDICIAL COMO POSIBILIDAD DE AMPLIACIÓN DEL ACCESO A LA JUSTICIA AMBIENTAL

1. INTRODUCCIÓN

En el capítulo anterior, hemos visto que los ADR constituyen un mecanismo de renovación de la tutela ambiental, sobre todo en el ámbito extrajudicial. De hecho, la naturaleza del conflicto ambiental exige la adopción de medidas más flexibles, que alcance hechos pretéritos y proyecte sus efectos para el futuro, como también permita el diálogo eficaz entre los sujetos implicados. Asimismo, la experiencia de países como los Estados Unidos, Canadá y Chile demuestra que los ADR constituyen una posibilidad real de resolución efectiva de conflictos ambientales.

Tampoco podemos olvidar de las posibilidades tecnológicas que se puede añadir a la solución de los conflictos ambientales a través de los ODR. La participación de los administrados en conflictos de larga extensión territorial, por ejemplo, puede ser optimizada con la adopción de recursos tecnológicos en parte o en todo el procedimiento. Además, dichos sistemas tecnológicos facilitan también el acceso a la información ambiental, reforzando el conjunto de derechos de acceso (participación, información y justicia).

En este escenario, la mediación administrativa extrajudicial surge como un mecanismo que posibilita la participación amplia de los sujetos implicados, el diálogo entre AAPP y administrados, además de permitir la adecuada gestión del conflicto y posibilitar la adaptación de las respuestas al conflicto ambiental en distintos marcos temporales. O sea, la mediación administrativa extrajudicial se presenta como un mecanismo más ajustado a la tutela ambiental, que busca la efectiva prevención y protección del medio ambiente para las generaciones presentes y futuras.

No obstante, la constatación de todos estos efectos positivos de la mediación administrativa extrajudicial, nos quedan las siguientes indagaciones: 1. ¿La mediación administrativa extrajudicial sería efectivamente un mecanismo de apertura del acceso a la justicia ambiental?; 2. En caso afirmativo, ¿en qué circunstancias sería posible su

aplicación para la solución de conflictos ambientales?; 3. ¿Podemos considerarla para la apertura del acceso a la justicia ambiental en Brasil y España?

Para responder a estas preguntas es necesario examinar los tratados internacionales que tratan del acceso a la justicia ambiental, en especial el Convenio de Aarhus y el Acuerdo de Escazú; hacer el diagnóstico de la Jurisdicción Ambiental en Brasil y España; como también evaluar las posibilidades de aplicación de este mecanismo en el ámbito ambiental e indicar los avances legislativos necesarios para hacerlo en Brasil y España. Por ello, trataremos de estos temas en los próximos epígrafes.

2. EL SIGNIFICADO DEL ACCESO A LA JUSTICIA AMBIENTAL EN EL CONVENIO DE AARHUS Y EN EL ACUERDO DE ESCAZÚ

El Convenio de Aarhus y el Acuerdo de Escazú constituyen avances importantes en la protección del medio ambiente. Estos documentos internacionales plasman las directrices fijadas en el Principio 10 de la Declaración de Río que dispone: *“Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación del público poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes”*.

El Principio 10 establece tres pilares fundamentales para garantizar la protección al medio ambiente: el derecho de acceso a la información, el derecho de participación y el derecho de acceso a la justicia. Estos pilares son desarrollados en el Convenio de Aarhus, suscrito por la UE y sus Estados miembros; y en el Acuerdo de Escazú, que se destina a los países de América Latina y Caribe. Como bien explica SALAZAR ORTUÑO, los dos tratados tienen el mismo trasfondo jurídico: la promoción de la democracia ambiental a través de derechos instrumentales al derecho de vivir en un medio ambiente sano⁹³¹.

Sobre el acceso a la justicia ambiental, objeto de nuestra investigación, es importante fijar que el Principio 10 de la Declaración de Río evidencia la obligatoriedad de los Estados de proporcionar el acceso efectivo a la justicia, sea en el ámbito judicial o en el ámbito administrativo. Por tanto, podemos entender que la Declaración de Río, que

⁹³¹ Cfr. SALAZAR ORTUÑO, E. “Vulnerabilidad y acceso a la justicia ambiental”, en SORO MATEO, B.; JORDANO FRAGA, J.; ALENZA GARCÍA, J. *Vulnerabilidad Ambiental y Vulnerabilidad Climática en tiempos de emergencia*. Valencia: Tirant lo blanch, 2020, pp. 372-373.

es el fundamento para el Convenio de Aarhus y el Acuerdo de Escazú, emplea un concepto amplio de acceso a la justicia, en un sentido próximo a lo que hemos adoptado en el capítulo 03.

Bajo esta perspectiva, de acceso a la justicia que está más allá del acceso a los tribunales, que debemos examinar el Convenio de Aarhus y el Acuerdo de Escazú.

2.1. El acceso a la justicia ambiental en el Convenio de Aarhus

El Convenio de Aarhus nació de la iniciativa de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa (CEPE, adelante) con el fin de garantizar la implementación de los derechos de acceso a la información, a la participación y a la justicia en los ordenamientos jurídicos de los países parte. El Convenio de Aarhus fue firmado en 25 de junio de 1998 en la ciudad de Aarhus (Dinamarca) y ratificado por 46 países y por la UE. Los Estados Unidos, Rusia y Canadá participaron de las negociaciones, pero no han firmado el tratado. La entrada en vigor del tratado solamente ocurrió en el año de 2001 y España lo ratificó en 16 de febrero de 2005.

Con el objetivo de contribuir para la aplicación del Convenio de Aarhus en el ámbito de la UE, fueron adoptadas las siguientes directivas: Directiva 2003/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, relativa al acceso del público a la información medioambiental y por la que se deroga la Directiva 90/313/CEE del Consejo; y la Directiva 2003/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 2003, por la que se establecen medidas para la participación del público en la elaboración de determinados planes y programas relacionados con el medio ambiente y por la que se modifican, en lo que se refiere a la participación del público y el acceso a la justicia, las Directivas 85/337/CEE y 96/61/CE del Consejo.

Se trata de un tratado heteroaplicativo, que necesita de la adopción de actos secundarios del país parte para que sea posible la implementación y cumplimiento de sus requisitos y mandatos. Estos actos secundarios se proyectan en actos legislativos, administrativos y políticos. No obstante, la gran importancia del Convenio de Aarhus está en su fuerza vinculativa que obliga a los países el establecimiento de estándares mínimos para los derechos de acceso. Por ello, KRÄMER afirma que *“esta fue la primera vez que un convenio internacional formula derechos para los ciudadanos garantizando el acceso*

a la información, la participación en las decisiones que afecten el medio ambiente y el derecho de acceso a la justicia en materia ambiental” (traducción propia)⁹³². Además, añade el jurista alemán que “*estos derechos jamás fueron formulados en términos tan explícitos en cualquier legislación de las partes signatarias o de la Unión Europea*” (traducción propia)⁹³³.

El objetivo del Convenio de Aarhus es garantizar derechos humanos sustantivos a través del establecimiento de un conjunto de garantías y derechos procesales, cuales sean: el derecho de participación, de acceso a la información y de acceso a la justicia. El desarrollo de un sistema de derechos y garantías procesales es fundamental para la efectiva protección del medio ambiente. Por ello, el jurista español MARTÍN MATEO ya reflexionaba, en el inicio de los noventa del siglo pasado, que “*la defensa del medio ambiente y de la naturaleza exige contar con instrumentos procesales que posibiliten una intervención judicial ágil y preventiva y que a vez abran las puertas del proceso a los titulares de intereses difusos*”⁹³⁴.

En lo que toca al derecho de acceso a la justicia, el preámbulo del Convenio de Aarhus, en el párrafo 18, enuncia la voluntad de que “*el público, incluidas las organizaciones, tengan acceso a mecanismos judiciales eficaces para que los intereses legítimos estén protegidos y para que se respete la ley*”. En el artículo 9⁹³⁵, que dispone expresamente sobre el acceso a la justicia ambiental, el Convenio de Aarhus la considera como un mecanismo de realización de los derechos de participación y de acceso a la

⁹³² Cfr. KRÄMER, L. ‘Citizens rights and administrations’ duties in environmental matters: 20 years of the Aarhus Convention. [en línea]. *Revista Catalana de Dret Ambiental*, Vol. IX, n.1, 2018, p. 03. [consulta: 06 abril 2022]. Disponible en: <https://doi.org/10.17345/rcda9.1>.

⁹³³ KRÄMER, L. Loc. cit.

⁹³⁴ Cfr. MARTÍN MATEO, R. (1994). Op. cit., p. 17.

⁹³⁵ El apartado primero del artículo 9 del Convenio de Aarhus dispone: “*Cada Parte velará, en el marco de su legislación nacional, porque toda persona que estime que su solicitud de información en aplicación del artículo 4 no ha sido atendida, ha sido rechazada ilícitamente, en todo o en parte, no ha obtenido una respuesta suficiente, o que, por lo demás, la misma no ha recibido el tratamiento previsto en las disposiciones de dicho artículo, tenga la posibilidad de presentar un recurso ante un órgano judicial o ante otro órgano independiente e imparcial establecido por la ley. En el caso de que una Parte establezca tal recurso ante un órgano judicial, velará por que la persona interesada tenga también acceso a un procedimiento rápido establecido por la ley que sea gratuito o poco oneroso, con miras al reexamen de la solicitud por una autoridad pública o a su examen por un órgano independiente e imparcial distinto de un órgano judicial. Las decisiones finales adoptadas en virtud del presente apartado 1 serán obligatorias para la autoridad pública que posea las informaciones. Los motivos que las justifiquen se indicarán por escrito, por lo menos cuando se deniegue el acceso a la información en virtud de este apartado*”.

información ambiental, como también para garantizar el cumplimiento de obligaciones ambientales⁹³⁶.

Frente a la lectura del preámbulo y del artículo 9, constatamos que el Convenio de Aarhus adopta una perspectiva restricta de acceso a la justicia.

Primero, porque el acceso a la justicia está tratado básicamente como mecanismo facilitador de la participación y del acceso a la información ambiental. Con relación al incumplimiento de obligaciones ambientales, no obstante, el convenio haga referencia al tema, la interposición de demanda o recurso depende del derecho interno de cada Estado. Ocurre que para la efectiva protección del medio ambiente es necesario que el acceso a la justicia sea implementado de manera más amplia, garantizando mucho más que participación y acceso a la información ambiental.

Segundo, porque el convenio cuida del acceso a la justicia casi que exclusivamente como el acceso a los tribunales, dejando de avanzar en cuestiones importantes, como la aplicación de mecanismos extrajudiciales para la resolución de conflictos ambientales. Como hemos evidenciado las cuestiones ambientales exigen acciones preventivas, que están más vinculadas a la adopción de medidas en el ámbito extrajudicial.

Además, en el propio ámbito del acceso a los tribunales, el Convenio de Aarhus también avanza poco, una vez que deja de regular las directrices básicas de la acción pública (popular)⁹³⁷, como también no retira las barreras a la actuación del ciudadano individual o de las asociaciones en beneficio a la defensa del medio ambiente en la vía judicial (v.g.: legitimación, costos del proceso judicial, fianzas, etc). Estos asuntos, de acuerdo con el convenio, quedan para la regulación interna en el ámbito de cada Estado Nacional. En el ámbito de la Unión Europea tampoco existe alguna regulación en materia de acceso a la justicia ambiental para aplicación uniforme a los Estados miembros, como bien señala RUIZ DE APODACA ESPINOSA⁹³⁸.

⁹³⁶ Vid. GARCÍA URETA, A. “El Convenio de Aarhus: Derechos de Participación y de Acceso a la Justicia”, en MAGARIÑOS COMPAIRED, A. *Derecho al conocimiento y acceso a la información en las políticas de medio ambiente*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública – INAP, 2005, pp. 17-112.

⁹³⁷ Ibid, p. 68.

⁹³⁸ Cfr. RUIZ DE APODACA ESPINOSA, A. “El Acceso a la Justicia Ambiental a nivel comunitario y en España veinte años después del Convenio de Aarhus” [en línea], en *Revista Catalana de Dret Ambiental*, Vol. IX, n.1, 2018, p. 01-53. [consulta: 17 abril 2022]. Disponible en: <https://doi.org/10.17345/rcda9.1>

No podemos olvidar que la cuestión de la legitimación también afecta los medios extrajudiciales de resolución de conflictos. Esta regulación es imprescindible para la efectividad de los acuerdos firmados por medios extrajudiciales, a ejemplo de la mediación. Para que tengamos un efectivo acceso a la justicia ambiental, es necesario regular la legitimación para facilitar la actuación tanto el ámbito judicial, cuanto en el extrajudicial. Por ello, RUIZ DE APODACA ESPINOSA plantea que *“la cuestión del acceso a la justicia ambiental ya sea vía recurso administrativo o recurso judicial radica en una cuestión de legitimación”*. Por desgracia, el Convenio de Aarhus no avanza en este punto. La propuesta de Directiva del parlamento Europeo y del Consejo sobre el acceso a la justicia en materia de medio ambiente (COM(2003) 624 final, de 23 de octubre de 2003) intentó promover avances en este punto. La exposición de motivos de dicha propuesta plantea que el reconocimiento de la capacidad procesal de las organizaciones no gubernamentales de medio ambiente es esencial para reforzar la aplicación del Derecho medioambiental.

La propuesta de Directiva del parlamento Europeo y del Consejo sobre el acceso a la justicia en materia de medio ambiente (COM(2003) 624 final, de 23 de octubre de 2003) tampoco trató de la adopción de los ADR para la solución de conflictos ambientales. Por tanto, más una vez la cuestión es olvidada en los debates.

No obstante, la restricción en la comprensión del acceso a la justicia ambiental, el Convenio de Aarhus representa un importante avance en la consolidación de los tres pilares de la Democracia Ambiental. Como bien señala CASADO CASADO, el Convenio de Aarhus consiste en el *“primer acuerdo internacional, con eficacia jurídica vinculante, que otorga derechos a la sociedad civil en materia de acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente con el fin de preservar, proteger y mejorar la calidad del medio ambiente”*⁹³⁹.

En España, la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, constituye la norma que transpone las disposiciones del Convenio de Aarhus y de las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE a nivel interno. La normativa

⁹³⁹ Cfr. CASADO CASADO, L. Acceso a la información, Participación Pública y Acceso a la Justicia en materia de Medio Ambiente: veinte años del Convenio de Aarhus. [en línea]. *Revista Catalana de Dret Ambiental*, Vol. IX, n.1, 2018, p.01-10. [consulta: 14 abril 2022]. Disponible en: <https://doi.org/10.17345/rcda9.1>.

española tampoco adopta expresamente un sentido amplio para el acceso a la justicia ambiental, no obstante, reconozca la interconexión entre acceso a la justicia y tutela administrativa (art. 3.3). Por lo tanto, se pierde la oportunidad de regular la adopción de los ADR para la solución de los conflictos ambientales. En el ámbito judicial, dicha ley dispone sobre la acción popular, la legitimación de las ONG, como también sobre la extensión del beneficio diseñado en la Ley 1/1996, 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, a las personas jurídica sin ánimo de lucro, aunque de una manera muy restricta.

En el ámbito autonómico, la Ley 7/2007, de 9 de julio, de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental de la Comunidad Autónoma de Andalucía, dispone sobre los derechos de acceso a la información y participación en materia medioambiental, pero no aborda explícitamente el derecho de acceso a la justicia. No obstante, dicha ley ofrece herramientas consensuales (acuerdos voluntarios) cuya aplicación puede conducir a la utilización de los ADR y en consecuencia a la apertura del acceso a la justicia ambiental.

Por tanto, el escenario de acceso a la justicia ambiental en Europa y España están muy distantes del ideal. Por eso que SALAZAR ORTUÑO señala que para avanzar en el acceso a la justicia ambiental será necesario un mayor esfuerzo de las autoridades nacionales y europeas, sobre todo con relación a los más vulnerables⁹⁴⁰.

2.2. El acceso a la justicia ambiental en el Acuerdo de Escazú

El origen del Acuerdo de Escazú está en la Conferencia RIO+20, por la cual se buscaba el desarrollo de las directrices del Principio 10 de la Declaración de Río. Tras la Conferencia RIO+20, los Estados de Latinoamérica y el Caribe empezaron los estudios para el desarrollo de un convenio regional u otro instrumento que pusiera en práctica los elementos del Principio 10 de la Declaración de Río. Siguiendo el ejemplo del Convenio de Aarhus, que la CEPE tuvo una participación determinante, el Acuerdo de Escazú contó con la imprescindible participación de la Comisión Económica para Latinoamérica y el Caribe (adelante, CEPAL).

Después de distintas reuniones de negociación mediadas por la CEPAL, el Acuerdo de Escazú fue firmado en 04 de marzo de 2018 en la ciudad de Escazú (Costa Rica) y entró en vigor en 22 de abril de 2021. Veinte y cinco países de Latinoamérica y el Caribe

⁹⁴⁰ Cfr. SALAZAR ORTUÑO, E. (2020). Op. cit., p. 380.

han firmado dicho tratado, pero solamente doce lo ha ratificado. Brasil ha puesto firma el Acuerdo de Escazú, pero no lo ha ratificado todavía.

El Acuerdo de Escazú también busca efectivizar las directrices fijadas en el artículo 10 de la Declaración de Río, por ello, el Convenio Aarhus fue el referente principal para la construcción del acuerdo en el ámbito de Latinoamérica y el Caribe. Conforme explica MÉDICI COLOMBO, para el desarrollo de la democracia ambiental, la reproducción de la experiencia de Aarhus representaba el camino natural y viable, aunque fuera necesario adaptarlo a las particularidades de la región⁹⁴¹.

Así como el Convenio de Aarhus, el Acuerdo de Escazú posee naturaleza heteroaplicativa y constituye un pacto de carácter vinculante que crea obligaciones para los Estados y derechos para los ciudadanos, en un esquema de estándares mínimos. Es decir, los ordenamientos internos pueden siempre mejorar dichos estándares, jamás disminuirlos. Esto está expresamente previsto en el artículo 4.7 que dispone: “*Nada de lo dispuesto en este, limita o deroga otros derechos y garantías más favorables establecidos o que puedan establecerse en la legislación de un Estado Parte o en cualquier otro acuerdo internacional del que un Estado sea parte, ni impide a un Estado Parte otorgar un acceso más amplio a los tres derechos de acceso*”.

Como ya hemos señalado, el Acuerdo de Escazú también disciplina los derechos de acceso (participación, información y justicia) considerándolos como instrumentos para el alcance del derecho al medio ambiente sano. Sin embargo, el Acuerdo de Escazú también busca atender las peculiaridades de la región, en la medida que aborda la necesidad de asistencia específica para los pueblos indígenas y grupos étnicos, como también de protección para el trabajo de las personas, asociaciones, organizaciones o grupos que promueven la protección del medio ambiente. Este último punto lo convierte en el primer tratado internacional del mundo que dispone sobre la materia. Por ello que Eduardo Salazar Ortuño destaca que el Acuerdo de Escazú tiene especial preocupación con las personas y poblaciones en situación de vulnerabilidad, lo que se alinea a los postulados de la Agenda 2030 de la Organización de las Naciones Unidas⁹⁴².

⁹⁴¹ Cfr. MÉDICI COLOMBO, G. El Acuerdo Escazú: La Implementación Del Principio 10 De Río En América Latina y el Caribe. [en línea]. *Revista Catalana de Dret Ambiental*, Vol. IX, n.1, 2018, p. 01-66. [consulta: 14 abril 2022]. Disponible en: <https://doi.org/10.17345/rcda9.1>.

⁹⁴² Cfr. SALAZAR ORTUÑO, E. (2020). Op. cit. p. 373.

A diferencia de Aarhus, el Acuerdo de Escazú presenta cuatro pilares fundamentales al desarrollo de la Democracia Ambiental: el derecho de participación, el derecho de acceso a la información, el derecho de acceso a la justicia y el fortalecimiento de las capacidades y la cooperación entre los países de la región. Además, la protección a las personas y grupos más vulnerables consiste también en una gran diferencia entre los dos tratados.

Otro punto de destaque es la vinculación jurídica entre los derechos humanos y los derechos ambientales establecida en el acuerdo. El artículo 4.1 del acuerdo dispone expresamente que *“cada Parte garantizará el derecho de toda persona a vivir en un medio ambiente sano, así como cualquier otro derecho humano universalmente reconocido que esté relacionado con el presente Acuerdo”*. Esto significa que las cuestiones ambientales pueden ser trasladadas casi que directamente al Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

A esta investigación interesa específicamente analizar la concepción empleada para el acceso a la justicia en el Acuerdo de Escazú.

El acceso a la justicia está disciplinado en el artículo octavo del acuerdo que establece la obligación genérica de garantizar dicho derecho según la garantía del debido proceso. El artículo octavo, a ejemplo del artículo 9 del Convenio de Aarhus, también trata del acceso a la justicia como mecanismo de realización de los derechos de participación y acceso a la información ambiental.

Como hemos visto en el epígrafe anterior, la cuestión de la legitimación es de gran importancia para garantizar el acceso a la justicia, sea en la vía judicial o extrajudicial. El Acuerdo de Escazú también trata del tema de manera genérica, remitiendo a la regulación interna, pero dispone que esta legitimación activa debe ser amplia para garantizar la protección al medio ambiente.

Otro punto que debemos examinar está relacionado a la retirada de las barreras económicas, una vez que ellas dificultan enormemente el acceso a la justicia. Hemos visto que en Aarhus este punto fue poco explotado, lo que ha generado pocos avances en términos de acceso a la justicia en el ámbito europeo. En Escazú también se avanza poco una vez que lo dispuesto en el artículo 8.3.c es demasiado genérico y su implementación exigirá la construcción de medidas en el ámbito interno que reduzcan o eliminen las barreras económicas.

Es cierto que el Acuerdo de Escazú reproduce mucho de lo dispuesto en el Convenio de Aarhus, sin embargo, podemos identificar una concepción más amplia de acceso a la justicia. Decimos que es una acepción más amplia porque el Acuerdo de Escazú al disponer sobre el acceso a la justicia trata no sólo del acceso a los tribunales, sino también del acceso a los órganos estatales competentes con acceso a conocimientos especializados en materia ambiental (8.3.a). Además, el convenio de los países de Latinoamérica y Caribe también trata de la necesidad de disponer de mecanismos de ejecución y de cumplimiento oportunos de las decisiones judiciales y administrativas (8.3.f).

Por fin, en el apartado 7 del artículo octavo, el acuerdo dispone expresamente sobre la promoción por las partes signatarias de mecanismos alternativos de resolución de conflictos ambientales, como la mediación y la conciliación: *“Cada Parte promoverá mecanismos alternativos de solución de controversias en asuntos ambientales, en los casos en que proceda, tales como la mediación, la conciliación y otros que permitan prevenir o solucionar dichas controversias”*.

Aunque el apartado 7 sea una disposición genérica, representa un gran avance en el desarrollo de mecanismos extrajudiciales de solución de conflictos ambientales, que pueden ser aplicados incluso como mecanismo de ejecución y cumplimiento de decisiones judiciales y administrativas.

Por todo lo que hemos visto, podemos decir que el Acuerdo de Escazú avanza más que el Convenio de Aarhus en el propósito de garantizar el derecho de acceso a la justicia, una vez que adopta una perspectiva amplia de acceso a la justicia que no se restringe al acceso a los tribunales, como también reconoce expresamente los ADR como mecanismos de ampliación del acceso a la justicia ambiental.

Como hemos dicho, Brasil todavía no ha ratificado el Acuerdo de Escazú. Sin embargo, Brasil posee una legislación interna que ya contempla los derechos de participación y de acceso a la información ambiental, como hemos visto en el Capítulo II de la Segunda Parte de esta investigación. En lo que toca al derecho de acceso a la justicia ambiental, este se desarrolla casi que exclusivamente a través de mecanismos judiciales, como la ACP e la AP. Sin embargo, hemos visto en el Capítulo II de la Segunda Parte de esta investigación que el ordenamiento jurídico brasileño dispone sobre medidas extrajudiciales de resolución de conflictos ambientales, como la conciliación y los *“termos de ajustamento de conduta”*. También encontramos otras referencias esparzas

en la legislación ambiental, a ejemplo de la Ley Federal n. 9.433, de 8 de enero de 1997, que atribuye a los Comités de Bacias Hidrográficas la competencia para arbitrar conflictos relacionados a los recursos hídricos. La existencia de estos mecanismos judiciales y extrajudiciales de solución de conflictos ambientales en el ordenamiento jurídico brasileño no elimina la necesidad de ratificación del Acuerdo de Escazú, ni la necesidad de mejora y de desarrollo de otros mecanismos de protección ambiental.

Una vez comprendido el sentido de acceso a la justicia empleado en el Convenio de Aarhus y en el Acuerdo de Escazú pasaremos al análisis de la Jurisdicción ambiental en Brasil y España para que sea posible evaluar la utilización de la mediación administrativa extrajudicial como mecanismo de ampliación del acceso a la Justicia ambiental de dichos países.

3. PANORÁMICA DE LA JURISDICCIÓN AMBIENTAL EN LOS SISTEMAS BRASILEÑO Y ESPAÑOL

Es cierto que la jurisdicción abre los caminos para la justicia, pero no es la única forma de llegar a la justicia. Por tanto, para que podamos comprender la importancia de facilitar instrumentos no judiciales de acceso a la justicia, es necesario entender el estado de la Jurisdicción ambiental.

Como el objeto de estudio en esta investigación son los sistemas brasileño y español, centraremos el análisis en la Jurisdicción ambiental de Brasil y España. No obstante, dichos países no tengan un tribunal específico para la apreciación de las cuestiones de naturaleza ambiental, es posible identificar a través de los asuntos llevados al Poder Judicial como se encuentra sus Jurisdicciones Ambientales.

3.1. Brasil

Según el último informe del CNJ, Justicia en Números, los datos referentes a año de 2020 indican un incremento del número de procesos, referentes a los asuntos medioambientales, en los órganos judiciales brasileños. Dicho informe apunta que hubo un aumento de 17,9% (diecisiete coma nueve por ciento) en el número de procesos medioambientales en el año de 2020 en comparación con el año de 2019 (Vid. Figura 1). Asimismo, la mayor parte de estos procesos, 49% (cuarenta y nueve por ciento), están en

tramitación en la primera estancia (Vid. Figura 2). El informe también registra que, en ámbito de la justicia estadual, el tema medio ambiental es el cuarto más demandado (Vid. Figura 3).

Estos datos, en una primera mirada, pueden indicar una mayor apertura de la Justicia Ambiental, considerando que la Jurisdicción Ambiental es demandada. Sin embargo, entendemos que estos números sugieren un aumento de la litigiosidad ambiental, una vez que los números del año de 2020 son los mayores de la serie histórica de informes del CNJ (serie que empezó en el año de 2014). Además, los asuntos más demandados en materia ambiental el año de 2020 fueron: daño ambiental, indemnización por daño ambiental y revocación o anulación de multa ambiental (Vid. Figura 4). Este dato indica que la mayor parte de las demandas está relacionada directamente con el deterioro ambiental (no se refieren a cuestiones de carácter meramente burocrático o administrativo), significando un fallo en la actuación preventiva del Estado.

El informe también trae los datos referentes a los tribunales más demandados, adoptando dos criterios de apuración. Por el primero criterio, es cuantificado el número absoluto de los procesos en tramitación en cada tribunal (Vid. Figura 5). Por el segundo criterio, es cuantificado el número de procesos por cada cien mil habitantes en la justicia estadual (Vid. Figura 6). Dos tribunales que se destacan en estos dos criterios son el Tribunal de Justicia de Mato Grosso (adelante, TJMT) y el Tribunal de Justicia de Minas Gerais (adelante, TJMG). Creemos que no es por coincidencia que estos tribunales poseen las mayores incidencias en procesos medioambientales.

En la zona de competencia del TJMT está uno de los biomas más importantes de Brasil, el Pantanal, que en los últimos años sufre con grandes incendios. En el año de 2020, ocurrió el mayor incendio de la historia del Pantanal, en que 26% (veinte y seis por ciento) del bioma fue destruido por el fuego⁹⁴³. Los estudios de la Fiscalía Estadual indican que casi 60% (sesenta por ciento) de los incendios ocurridos en la región tienen origen en la acción humana y posiblemente tienen conexión con actividades

⁹⁴³ Cfr. VIEGAS, A. et al. Um ano após perder 26% do bioma, Pantanal corre o risco de ter incêndios piores neste inverno. [en línea]. *G1 – Globo.com*, 2021. [consulta: 06 abril 2022]. Disponible en: <https://g1.globo.com/ms/mato-grosso-do-sul/noticia/2021/07/10/um-ano-apos-perder-26percent-do-bioma-pantanal-corre-o-risco-de-ter-incendios-piores-neste-inverno.ghtml>.

agropastoriles⁹⁴⁴. Los datos del año de 2021 apuntan una destrucción de 12,6% (doce coma seis por ciento) del bioma⁹⁴⁵, lo que representa una reducción frente a los números de 2020, sin embargo, esta es una cifra muy elevada.

En la zona de competencia del TJMG se encuentra el mayor número de presas de residuos de extracción de mineral de Brasil⁹⁴⁶. En el año de 2019, la presa de Brumadinho, explotada por la empresa Vale S/A, se rompió, lo que provocó la muerte de 270 personas, además de la destrucción de la fauna y flora de la región⁹⁴⁷. Este fue uno de los mayores desastres ambientales de la actividad mineral de Brasil. Los incidentes con presas siguen en la región en el año de 2020, aunque en un menor grado de gravedad, según el Informe de Seguridad de las Presas de la Agencia Nacional de Aguas del año de 2020⁹⁴⁸.

En complemento, el Atlas de Justicia Ambiental⁹⁴⁹ registra que en Brasil están catalogados actualmente 174 casos de conflictos medioambientales y la mayoría tratan de gestión de residuos, extracción de minerales y materiales de construcción, como también biomasa y conflictos por la tierra⁹⁵⁰. Estos números llevan Brasil a ocupar la 4ª (cuarta) posición en número de casos registrados.

Estos hechos combinados con los datos del CNJ en el informe de 2020 indican una efectiva ampliación de la litigiosidad ambiental que precisa ser combatida con otros mecanismos, de naturaleza predominantemente preventiva. El Informe de Seguridad de

⁹⁴⁴ Vid. CÂMARA, J. Em 2020, quase 60% dos focos de incêndios no Pantanal foram provocados por ações humanas, dizem MPs. [en línea]. *GI – Globo.com*, 2021. [consulta: 06 abril 2022]. Disponible en: <https://g1.globo.com/ms/mato-grosso-do-sul/noticia/2021/04/06/em-2020-quase-60percent-dos-focos-de-incendios-no-pantanal-foram-provocados-por-acoes-humanas-dizem-mps.ghtml>.

⁹⁴⁵ Vid. SOS PANTANAL. Comparando Os incêndios de 2020 com 2021 no Pantanal: o que mudou? [en línea]. *SOS PANTANAL*, 2021. [consulta: 06 abril 2022]. Disponible en: <https://www.sospantanal.org.br/comparando-os-incendios-de-2020-com-2021-no-pantanal-o-que-mudou/>.

⁹⁴⁶ Según los datos del Informe de Seguridad de las Presas de la Agencia Nacional de Aguas del año de 2020. Disponible en: <https://www.snisb.gov.br/portal/snisb/relatorio-anual-de-seguranca-de-barragem/2020>. [en línea] [consulta: 06 abril 2022].

⁹⁴⁷ Vid. UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS. Dois anos após a tragédia de Brumadinho, danos ainda são desconhecidos. [en línea]. *UFMG*. 2021. [consulta: 06 abril 2022]. Disponible en: <https://ufmg.br/comunicacao/noticias/dois-anos-apos-a-tragedia-de-brumadinho-danos-ainda-sao-desconhecidos>.

⁹⁴⁸ Según los datos del Informe de Seguridad de las Presas de la Agencia Nacional de Aguas del año de 2020. Disponible en: <https://www.snisb.gov.br/portal/snisb/relatorio-anual-de-seguranca-de-barragem/2020>. [en línea] [consulta: 06 abril 2022].

⁹⁴⁹ El Atlas de Justicia Ambiental fue creado por investigadores del *Institut de Ciència i Tecnologia Ambientals de la Universitat Autònoma de Barcelona* e identifica los casos de conflictos medioambientales en las distintas partes del mundo.

⁹⁵⁰ Datos disponibles en: <http://ejatlas.org/>. [en línea] [consulta: 06 abril 2022].

las Presas de la Agencia Nacional de Aguas del año de 2020, por ejemplo, presenta como una de sus conclusiones la necesidad de adopción mecanismos preventivos, como también la participación de la sociedad civil en este proceso.

Por tanto, es necesario que las AAPP garanticen la participación de la sociedad en los procesos de toma de decisión relacionados a cuestiones medioambientales, adoptando mecanismos consensuales de resolución de conflictos, para que sea posible salir del colapso y experimentar avances efectivos en la ampliación del acceso a la justicia ambiental.

3.2. España

Según el último informe del CGPJ de España, Justicia Dato a Dato, referente al año de 2020, en la Jurisdicción Contencioso-administrativa se observa un aumento de la tasa de resolución de los procesos en 8,7% (ocho coma siete por ciento), pero las tasas de pendencia y congestión han aumentado un 20,5% (veinte coma cinco por ciento) y 9,5% (nueve coma cinco por ciento) respectivamente⁹⁵¹. CASADO CASADO y FUENTES I GASÓ reflexionan sobre los impactos de la pandemia en la jurisdicción contencioso-administrativa española, no solo debido a las medidas de carácter procesal tomadas pelo gobierno durante el estado de alarma, sino también por la litigiosidad generada por la propia pandemia que incrementan dichas cifras⁹⁵². Con efecto, los datos del año de 2020 ya registran este incremento de la tasa de pendencia y congestión, no obstante, el aumento de la tasa de resolución.

Con relación a los asuntos medioambientales, el informe registra que estos son los asuntos cuyos procesos poseen mayor duración media, contabilizando 55,9 (cincuenta y cinco coma nueve) meses⁹⁵³. Dichas cifras representan una evolución desfavorable de la

⁹⁵¹ Datos disponibles en:

https://www.poderjudicial.es/portal/site/cgpi/menuitem.52faf2c47434aea9ace1b3d7c684caa0/?vgnextoid=2d58e95785108510VgnVCM1000006f48ac0aRCRD&vgnextfmt=default&vgnextlocale=es&lang_choosen=es. [en línea]. [consulta: 06 abril 2022].

⁹⁵² CASADO CASADO, L.; FUENTES I GASÓ, J.R. “Los efectos de la pandemia de la covid-19 sobre la Administración de Justicia. Especial referencia al ámbito contencioso-administrativo”, en FUENTES I GASÓ, J.R. *et all* (editores). *El impacto social del Covid-19. Una visión desde el derecho*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 251-252.

⁹⁵³ *Ibid.*

Jurisdicción Contenciosa-administrativa, sobre todo en temas medioambientales, resultando en agudización del colapso ya existente.

Según los datos estadísticos de la Comisión Europea, España es uno de los países con más infracciones ambientales en la UE. En el año de 2021, España ocupó el 3º (tercero) lugar del ranking de infracciones medio ambientales del bloque, perdiendo solamente para Francia y Grecia⁹⁵⁴.

En complemento, el Atlas de Justicia Ambiental identifica que en España existen actualmente 97 (noventa y siete) casos de conflictos medioambientales y que la mayoría de los conflictos están relacionados a las Infraestructuras y el Entorno Urbanizado, como también Justicia Climática y Combustibles Fósiles⁹⁵⁵, a diferencia de la mayoría de los conflictos de Sudamérica que versan sobre minería, extracción de combustibles fósiles y deforestación. Estos números llevan España a ocupar la 8ª (octava) posición en número de casos registrados.

Estos datos indican que el grande problema de la Jurisdicción Contencioso-administrativa española, con relación a los conflictos medioambientales, es la duración de estos procesos. La extensa duración de los procesos judiciales que cuidan de materia medioambiental conlleva el colapso del sistema y la inefectiva protección del medio ambiente.

Además, podemos concluir que la Ley 27/2006, de 18 de julio, se ha mostrado poco efectiva.

Primero, en el tema de transparencia de los datos referentes a los conflictos medioambientales judicializados. El informe del CGPJ debería traer un apartado específico sobre Medio Ambiente, incluyendo datos segregados por CA y por Tribunal. Sin transparencia, la participación de la sociedad en cuestiones medioambientales es dificultada, como también se incrementa la demanda judicial.

Segundo, la ausencia de herramientas consensuales en la Ley 27/2006, 18 de julio, también contribuye para la ampliación de la demanda judicial y consecuentemente para

⁹⁵⁴ Datos disponibles en: <https://ec.europa.eu/environment/legal/law/statistics.htm>. [en línea]. [consulta: 06 abril 2022].

⁹⁵⁵ Son ejemplos de estos conflictos: La instalación de dos líneas de alto voltaje en Lluçmajor, Mallorca; Tubería de aceite y refinería en Balboa, Extremadura; y Planta de energía CCGT de 800 MW en Arrúbal, La Rioja. Para más información véase: <http://ejatlas.org/>. [en línea]. [consulta: 06 abril 2022].

la duración de los procesos en materia medioambiental. Como hemos visto en este capítulo, los conflictos ambientales exigen respuestas céleres y flexibles. Esta calidad de respuesta difícilmente será obtenida con una tutela ambiental exclusiva o preponderantemente judicial.

4. LA MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA EXTRAJUDICIAL COMO MECANISMO DE APERTURA DEL ACCESO A LA JUSTICIA AMBIENTAL

En el capítulo cuarto de la primera parte de esta investigación, hemos visto que se impone una nueva lectura del acceso a la justicia, en el sentido de apertura de la justicia a las formas extrajudiciales de resolución de conflictos. También hemos concluido que esta perspectiva se aplica a los conflictos administrativos, inexistiendo obstáculos constitucionales a su utilización.

Los conflictos ambientales siguen esta misma línea de entendimiento, no obstante, podamos añadir más razones para la aplicación de mecanismos extrajudiciales de solución de conflictos, en especial la mediación. Por tanto, para que podamos comprender la mediación como herramienta de ampliación del acceso a la justicia ambiental, es necesario fijar el concepto de justicia ambiental.

La idea de justicia ambiental demanda la inserción de la participación democrática en el proceso de toma de decisiones. Hemos visto que el Estado de Derecho Ambiental tiene como uno de sus principios fundamentales la participación democrática. Con base en la teoría de FRASER, que considera la participación como una cuestión en el ámbito de la justicia⁹⁵⁶, podemos decir que la justicia ambiental direccionada a la efectiva protección del medio ambiente exige la participación de los administrados, sea individual o colectivamente, en el proceso de la toma de decisiones.

Además, en un modelo de Administración pública relacional, por lo cual las AAPP buscan una aproximación colaborativa con la ciudadanía, no se puede prescindir del elemento participativo en la construcción de los mecanismos de realización de la justicia.

⁹⁵⁶ Cfr. FRASER, N. “Redistribución, reconocimiento y participación. Hacia una concepción integrada de la justicia”, en FRASER, N.; CARBONERO GAMUNDÍ, M. A.; VALDIVIESO NAVARRO, J. M. *Dilemas de Justicia en el siglo XXI: Género y Globalización*. Palma: Universitat de les Illes Balears, 2011, pp. 292 y 293.

En el ámbito ambiental, esta exigencia se muestra más evidente, una vez que la participación en los asuntos ambientales es un derecho humano necesario a la protección del medio ambiente para las presentes y futuras generaciones.

Desde esta perspectiva, podemos decir que la participación ciudadana es un elemento que integra la noción de justicia ambiental. Aún con base en la doctrina de FRASER, tenemos que considerar que en los días de hoy la justicia no es solo distribución equitativa, la justicia también engloba la representación y el reconocimiento⁹⁵⁷. Entonces, la justicia ambiental no puede corresponder a la jurisdicción ambiental, sino a la realización efectiva de los derechos relacionados al medio ambiente.

Examinando el derecho de acceso a la justicia ambiental bajo esta noción de justicia, no podemos comprenderlo solamente como un instrumento de realización de los otros derechos de acceso. Por ello, CAPPELETTI y GARTH destacan que *“el acceso efectivo a la justicia se puede considerar, entonces, como requisito más básico– el ‘derecho humano’ más fundamental– en un sistema legal igualitario moderno, que pretenda garantizar y no solamente proclamar los derechos de todos”*⁹⁵⁸. Entonces, el acceso a la justicia está más allá ascender a la jurisdicción, significa obtener la solución adecuada al conflicto.

Además, la buena administración, sea como derecho o deber, implica en la adopción por las AAPP de herramientas eficientes y eficaces para el desarrollo de la función administrativa. Hemos visto que, en el ámbito medioambiental, las AAPP asumen un rol fundamental en la tarea de protección del medio ambiente, de manera que deben también facilitar mecanismos de ampliación del acceso a la justicia ambiental. La actuación administrativa que facilita la apertura del acceso a la justicia, concreta la buena administración, ya que realiza la tutela administrativa efectiva.

Por tanto, urge reinterpretar el concepto de acceso a la justicia, ajustándolo a los reclamos de la actualidad⁹⁵⁹. Una sociedad de riesgo y compleja, como la que vivimos, la

⁹⁵⁷ FRASER, N. (2008). Op. cit., pp. 40-41.

⁹⁵⁸ CAPPELETTI, M.; GARTH, B. (1996). Op. cit., p. 13.

⁹⁵⁹ VASCONCELOS E BENJAMIM explica que es posible tres sentidos de acceso a la justicia: *“No que tange ao seu campo de aplicação, a expressão acesso à justiça dá ensejo a três enfoques básicos. Em sentido restrito, refere-se apenas à acesso à tutela jurisdicional, ou seja, à composição de litígios pela via judicial. Insere-se e opera, por princípio, no universo do processo. Já em sentido mais amplo, embora ainda insuficiente, quer significar acesso à tutela de direitos ou interesses violados, através de mecanismos jurídicos variados, judiciais ou não. Num e noutro caso, os instrumentos de acesso à justiça podem ter*

justicia jamás será concretada exclusivamente en la vía judicial. No obstante, SPADA JIMÉNEZ, al examinar la justicia climática, sostiene que “*a través de un sistema procesal eficiente se obtendrá la justicia climática necesaria para evitar la comisión de delitos contra el medio ambiente y el desarrollo económico productivo cegado por la avaricia económica*”⁹⁶⁰. En realidad, la vía judicial es camino de corrección y no de construcción de la justicia, sobre todo con relación a los derechos sociales y difusos. Por ello, CAPPELETTI y GARTH explicitan que “*el derecho a un acceso efectivo se reconoce cada vez más como un derecho de importancia primordial entre los nuevos derechos individuales y sociales, ya que la posesión de derechos carece de sentido si no existen mecanismos para su aplicación efectiva*”⁹⁶¹.

En el ámbito de la justicia ambiental, este cambio de paradigma se muestra más urgente, una vez que la protección del medio ambiente exige una tutela preventiva y efectiva, que no es alcanzable solamente con el acceso a la jurisdicción. En este sentido, la utilización de mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos se presenta más eficaz al atendimiento de los principios de prevención, precaución, participación y solidaridad, que son las bases del Estado de Derecho Ambiental. Es decir, los derechos ambientales demandan un enfoque procesal diferenciado para que sean efectivos, por eso que la comprensión de acceso a la justicia ambiental tiene de ser reformulada y ampliada.

También debemos añadir que el conflicto ambiental está enmarcado por la pluralidad de posiciones como también por una doble dimensión (difusa e individual), de manera que la solución adjudicada se muestra poco eficiente o totalmente ineficaz. Por ello FRASER al examinar los conflictos de la actualidad, donde están los de naturaleza ambiental, señala que “*los conflictos actuales sobrepasan su diseño de simple dualismo de alternativas conmensurables, ya que las reivindicaciones de justicia actuales de*

*natureza preventiva, regressiva ou reparatória. Finalmente, numa acepção integral, é acesso ao Direito, vale dizer, a uma ordem jurídica justa (= inimiga dos desequilíbrios e destituída de presunção de igualdade), conhecida (= social e individualmente reconhecida) e implementável (= efetiva), contemplando e combinando, a um só tempo, um rol apropriado de direitos, acesso aos tribunais, acesso a mecanismos alternativos (principalmente os preventivos), estando os sujeitos titulares plenamente conscientes de seus direitos e habilitados, material e psicologicamente a exercê-los, mediante a superação das barreiras objetivas e subjetivas adiante analisadas; é nessa última acepção dilatada que acesso à justiça significa acesso ao poder”. Cfr. VASCONCELOS E BENJAMIN, A. H. “A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor”, en PELLEGRINI GRINOVER, A. Et al. (coords.). *Processo coletivo: do surgimento à atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. pp. 306-307.*

⁹⁶⁰ SPADA JIMÉNEZ, A. *Justicia Climática y Eficiencia Procesal*. (Tesis Doctoral). [en línea]. Málaga: Universidad de Málaga, 2020. [consulta: 10 abril 2022]. Disponible en: <https://www.educacion.gob.es/teseo/imprimirFicheroTesis.do?idFichero=gCk994EzDUus%3D>.

⁹⁶¹ Cfr. CAPPELETTI, M.; GARTH, B. (1996). Op. cit., p. 12.

ordinario tropiezan con otras reivindicaciones opuestas, cuyos supuestos ontológicos subyacentes no se comparten”⁹⁶².

En este escenario, la mediación administrativa extrajudicial se presenta como instrumento idóneo a la apertura del acceso a la justicia ambiental.

Considerando que el conflicto ambiental, por su propia naturaleza, afecta intereses públicos, directa o indirectamente, las AAPP serán parte frecuente en estas disputas. Por tanto, la mediación administrativa debe ser considerada para la construcción de un sistema de gobernanza ambiental más participativo, inclusivo y preventivo, sobre todo en tiempos de escasez provocada por conflictos bélicos, pandemias y eventos climáticos extremos.

Como ya hemos evidenciado en la primera parte de esta investigación, la mediación administrativa extrajudicial presenta inúmeras ventajas frente a la solución adjudicada. Por ello, SALOMÃO, Ministro del STJ, plantea que *“las soluciones extrajudiciales, en especial la mediación y el arbitraje, representan un avance civilizatorio de la humanidad, que, de manera consciente busca mecanismos de pacificación social eficientes*”⁹⁶³. Además, como bien aclara GARCÍA PÉREZ, que *“el acierto de la decisión administrativa no solo debe medirse en términos de estricta legalidad, sino que debe garantizar que la decisión es tomada en atención al interés general y teniendo en consideración los intereses particulares implicados*”⁹⁶⁴. En el ámbito medioambiental, además de estos aspectos subrayados por SALOMÃO y GARCÍA PÉREZ, la aplicación de la mediación administrativa extrajudicial, como mecanismo de prevención de conflictos, tiene total conexión con las directrices del Estado de Derecho Ambiental, contribuyendo para la efectividad de las tareas de prevención y precaución del daño ambiental.

Además, el diálogo es una herramienta necesaria para la prevención más efectiva del daño ambiental. En este contexto, la mediación administrativa extrajudicial podrá establecer un canal de comunicación entre las AAPP y los administrados proporcionando

⁹⁶² FRASER, N. (2008). Op. cit., p. 18.

⁹⁶³ Cfr. SALOMÃO, L. F. O marco regulatório para a mediação no Brasil. [en línea]. *Justiça & Cidadania*, Rio de Janeiro, edición 179, 2015. [consulta: 14 julio 2021]. Disponible en: <https://www.editorajc.com.br/o-marco-regulatorio-para-a-mediacao-no-brasil/>.

⁹⁶⁴ Cfr. GARCÍA PÉREZ, M. La justicia administrativa en tiempos de crisis: una apuesta por el arbitraje. [en línea]. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, v. 1, n. 1, p. 225, 1 jul. 2014. [consulta 15 abril 2022]. DOI: <https://doi.org/10.14409/tr.v1i1.4612>. Disponible en: <https://bibliotecavirtual.unl.edu.ar/publicaciones/index.php/Redoeda/article/view/4612>.

no sólo la prevención, como también la solución de controversias antes mismo de la judicialización, promoviendo una justicia más célere y aliñada a la buena administración.

Otro punto importante es que, en la mediación administrativa extrajudicial, las propias partes construyen la solución para la controversia. Por tanto, la posibilidad de incumplimiento de la propuesta es más reducida, ya que ellas mismas la produjeron. En el caso del conflicto ambiental, esta circunstancia produce efectos extremadamente positivos, una vez que se reduce la posibilidad de controversias futuras en derredor de la misma cuestión medioambiental, como también de irreversibilidad del daño causado.

Por fin, sabemos que los conflictos ambientales son enmarcados por distintos intereses y posiciones, ni siempre en contraposición, de manera que su adecuada solución no puede ser basada en la filosofía winner/loser, propia de la solución adjudicada. En dicha circunstancia, la mediación administrativa extrajudicial se muestra más efectiva una vez que es posible formular una solución que atienda mínimamente intereses y posiciones distintos, contribuyendo para una efectiva cultura de paz y para la buena administración.

Por todo que hemos visto, no quedan dudas de que la mediación administrativa extrajudicial es un instrumento de apertura del acceso a la justicia ambiental, esto entendido como mecanismo de efectiva protección del medio ambiente, basado en los principios y fundamentos del Estado de Derecho Ambiental. Partiendo de esta premisa, examinaremos en el próximo epígrafe las posibilidades concretas de utilización de la mediación administrativa extrajudicial para la solución de disputas ambientales.

5. APLICACIÓN DE LA MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA EXTRAJUDICIAL EN CUESTIONES MEDIOAMBIENTALES EN BRASIL Y ESPAÑA

Una vez comprendida la necesidad de ampliación del concepto de acceso a la justicia y de adopción de la mediación administrativa extrajudicial para la efectiva protección del medio ambiente, tenemos que analizar las concretas posibilidades de aplicación de la mediación administrativa extrajudicial para la solución de este tipo de disputa.

En el ámbito sancionador, creemos en la posibilidad de aplicación de la mediación administrativa extrajudicial como mecanismo de sustitución de la sanción y reparación efectiva del daño al medio ambiente.

Hemos visto en la primera parte de esta investigación que, en algunos sectores, sea en Brasil o en España, el pacto entre administrado y administración ya ocurre en el ámbito sancionador. Este tipo de medida tiene aplicación para evitar el procedimiento administrativo, para suspenderlo, para terminarlo, como también para sustituir la aplicación de determinadas medidas complementares.

En el ámbito medioambiental, la mediación contribuye para la efectiva reparación del daño ambiental, una vez que la imposición de una multa no es tan efectiva en el ámbito de la prevención general y/o especial de la infracción. Por tanto, la aplicación de medidas concretas de reparación del daño ambiental y/o de carácter educativo proyectan más efectos a la protección del medio ambiente. Además, el ideal de justicia restaurativa, presente en la aplicación de la mediación en el ámbito sancionador, también contribuye para la consolidación de una cultura de paz en las relaciones entre las AAPP y los administrados regidas por el Derecho Ambiental⁹⁶⁵.

De lege lata, en Brasil, entendemos que ya es posible que los órganos ambientales de las APPP utilicen el dispuesto en el artículo 26 de la LINDB (Decreto-ley n. 4.657, de 4 de setiembre de 1942, con las alteraciones de la Ley Federal n. 13.655, de 25 de abril de 2018) y artículo 32.III de la Ley Federal n. 13.140, de 26 de junio de 2015, para realizar mediaciones administrativas extrajudiciales con el fin de promover la adecuada reparación del daño y regularizar situaciones que puedan generar la imposición de sanciones de carácter administrativo-ambiental. Cuanto al procedimiento de mediación, frente a la inexistencia de un reglamento específico, se debe aplicar el procedimiento previsto en la Ley Federal n. 13.140, de 26 de junio de 2015, con los matices de los principios y reglas de Derecho Público. Evidentemente, que el dispuesto en el artículo 26 de la LINDB demanda desarrollo legislativo para su mejor aplicación, sin embargo, con base en los principios del Estado de Derecho Ambiental y en la buena administración, entendemos que no existe obstáculo a su aplicación inmediata.

⁹⁶⁵ Sobre la cultura de paz, véase: LANDERO, E. C. Bases fundamentales de la cultura de paz. *Eirene Estudios de Paz y Conflictos*, v. 2, n. 3, 2019, p. 22.

En España, la mediación administrativa extrajudicial puede ser utilizada en el ámbito sancionador como medida de terminación convencional del procedimiento administrativo, con fundamento en artículo 86.1 de la LPACAP. Como hemos visto en el Capítulo I de la segunda parte de esta investigación, para la aplicación de la mediación en el ámbito de la potestad sancionadora, con fundamento en el artículo 86.1 de la LPACAP, entendemos que no es necesaria una regulación sectorial específica. No obstante, algunas normas autonómicas han previsto la terminación convencional del procedimiento administrativo específicamente en materia ambiental, como la Ley 3/1998, de 27 de febrero, General de Protección del Medio Ambiente del País Vasco (artículos 19, 20 y 21). Por tanto, es posible interpretar la LPACAP en el sentido de que la aplicación de la terminación convencional del procedimiento administrativo-ambiental no exige normativa sectorial específica, con fundamento en la aplicación del artículo 86.1.

Además, como hemos visto en la primera parte de esta investigación, *sea en Brasil o España*, en temas en que está presente la mediabilidad objetiva, es posible aplicar la mediación, sobre todo en el ejercicio de la potestad discrecional, en la cual ya existe espacio para que la AP adopte la solución más adecuada al interés general. Debemos recordar que el interés general también considera el interés de los administrados, de manera que la mediación es el camino más adecuado para la apuración de dichos intereses y construcción colaborativa de un camino para la solución de la disputa.

Por tanto, la mediación administrativa extrajudicial también puede ser utilizada para la solución de conflictos que versen sobre materia ambiental susceptible de transacción, como: en el otorgamiento de licencias para la utilización de bienes públicos ambientales; en el otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas; en las situaciones de inactividad de la administración pública ambiental, vía de hecho y silencio administrativo; y en la fijación de parámetros y estándares en la aplicación de la legislación medioambiental, en la planificación y cuestiones vinculadas a intereses meta-individuales.

En esta circunstancia, la aplicación de la mediación administrativa extrajudicial tiene fundamento en el deber de buena administración que se exige de las AAPP. Además, en Brasil, la Ley Federal n. 13.140, de 26 de junio de 2015, permite expresamente en el artículo 33 la utilización de la mediación por las AAPP. En España, la hipótesis de terminación convencional del procedimiento administrativo, recurrida en el artículo 86.1 de la LPACAP consiste en el fundamento para la aplicación de la mediación en actos

sometidos a la potestad discrecional o materias susceptibles a la transacción. También, en el ordenamiento jurídico español, no podemos olvidar del artículo 112.2 de la LPACAP, que permite la sustitución de recurso de alzada o de reposición por la mediación, siempre que exista norma de desarrollo en dichas hipótesis.

También vislumbramos la posibilidad de uso de la mediación administrativa extrajudicial para solventar conflictos del cambio climático.

Según PALOMAR OLMEDA, el cambio climático consiste en *“el fenómeno del clima que se atribuye, de una forma directa o difusa, a la actividad humana y tiene como efecto alterar la composición de la atmósfera”*⁹⁶⁶. La Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático (1992), lo define como *“un cambio de clima atribuido directa o indirectamente a la actividad humana que altera la composición de la atmósfera mundial y que se suma a la variabilidad natural del clima observada durante periodos de tiempo comparables”*.

En el ámbito internacional, tenemos que señalar, como normativa más significativa, el Acuerdo de París, adoptado por 197 países en 12 de diciembre de 2015 con efectos y entrada en vigor en el 4 de noviembre de 2016. Dicho acuerdo objetiva la reducción de emisiones globales de gases de efecto invernadero y limitar el aumento global de la temperatura que afectan al cambio climático a medio y largo plazo, en el contexto del desarrollo sostenible, a través de políticas de mitigación y adaptación.

En el ámbito de la Unión Europea, podemos destacar: el Reglamento 2018/2019 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2018 sobre gobernanza de la Unión de la Energía y de la Acción por el Clima, que crea una gobernanza que busca asegurar el logro de los objetivos generales y objetivos específicos de la Unión de la Energía para 2030 y a largo plazo, en consonancia con el Acuerdo de París de 2015; Paquete Europeo de Energía y Cambio Climático 2013-2020, cuyo objetivo principal fue construir las bases para dar cumplimiento a los compromisos en materia de cambio climático y energía asumidos por el Consejo Europeo en 2007; la Hoja de Ruta 2050, que consiste en un análisis y proyección sobre una economía baja en carbono que mantenga

⁹⁶⁶ Cfr. PALOMAR OLMEDA, A. “Ordenación y principios generales de la ley de cambio climático y transición energética”, en PALOMAR OLMEDA, A.; TEROL GÓMEZ, R. (dir). *Comentarios a la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética*. Navarra: Aranzadi, 2021, p. 23.

su competitividad; y el Marco 2030, que tiene por objetivo dar seguimiento al Paquete Europeo de Energía y Cambio Climático con horizonte temporal de 2030⁹⁶⁷.

La Ley 7, 2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética (en adelante, LCCTE), trata de la materia en España y busca asegurar el cumplimiento del acuerdo de París⁹⁶⁸. Tampoco podemos dejar de citar los documentos de *soft law* implementados por el Estado Español: la Estrategia Española de Cambio Climático y energía Limpia, el Plan de Medidas Urgentes y el Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático. En el ámbito autonómico, solamente tres CCAA poseen legislación sobre la materia: Andalucía, Cataluña y las Islas Baleares⁹⁶⁹.

En Brasil, el asunto es tratado en la Ley Federal n. 12.187, de 29 de diciembre de 2009, que establece la Política Nacional de Cambios Climáticos. Además, veinte y uno estados federados ya poseen leyes que abordan el tema⁹⁷⁰. No obstante, el Proyecto de Ley n. 1539/2021 está en tramitación en el Congreso Nacional y objetiva la actualización de la Política Nacional de Cambios Climáticos a las directrices firmadas por el Acuerdo de París.

El cambio climático es un fenómeno con impactos no sólo de naturaleza ambiental, sino también de carácter económico, social y cultural⁹⁷¹. Como bien explica SORO MATEO “*la vis expansiva formidable del cambio climático en el Derecho ya afecta y va afectar a multitud de sectores del ordenamiento jurídico de modo transversal (piénsese en la ordenación del territorio y el urbanismo, el derecho de la energía, el transporte, las costas, la agricultura, la vivienda, la contaminación pública, entre otros) y*

⁹⁶⁷ Hay también que citar las siguientes comunicaciones de la Comisión Europea: “Un planeta limpio para todos: la visión estratégica europea a largo plazo de una economía prospera, moderna, competitiva y climática neutra”, de 29 de noviembre de 2018; y “El Pacto Verde Europeo”, de 11 de diciembre de 2019.

⁹⁶⁸ Debemos también indicar la siguiente normativa española sobre el tema: la Ley 1/2005, de 9 de marzo, por la que se regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero; el Real Decreto Legislativo 1/2016, de 16 de diciembre, de texto refundido de la Ley de prevención y control integrados de la contaminación; y la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera; la Ley 2/2011, de 04 de marzo, de Economía Sostenible.

⁹⁶⁹ Las leyes autonómicas sobre el cambio climático publicadas hasta el momento son: la Ley 16/2017, de 1 de agosto, del cambio climático de Cataluña; Ley 8/2018, de 8 de octubre, de medidas frente al cambio climático y para la transición hacia un nuevo modelo energético en Andalucía; y la Ley 10/2019, de 22 de febrero, de cambio climático y transición energética de Baleares.

⁹⁷⁰ Solamente seis Estados, de los veinte y siete de la Federación, no poseen legislación sobre el cambio climático: Pará, Roraima, Maranhão, Rio Grande do Norte, Alagoas y Sergipe.

⁹⁷¹ JAQUENOD DE ZSÖGÖN destaca que el cambio climático constituye un aspecto del cambio global. Según dicha autora el cambio global “abarca determinadas modificaciones más allá de los cambios climáticos. Cfr. JAQUENOD DE ZSÖGÖN, S. *Derecho Ambiental: El desafío del cambio global – ocho cuestiones clave*. Madrid: Dykinson, 2009, p. 15.

señaladamente al Derecho Ambiental, tuitivo de los ecosistemas, del suelo, de la atmósfera y en definitiva de la calidad de vida o bienestar”⁹⁷². Por ello, dicho fenómeno puede generar conflictos no sólo entre los Estados Naciones⁹⁷³, sino también entre las AAPP de los Estados nacionales y entre ellas y los administrados⁹⁷⁴.

Cuestiones relacionadas a las políticas de mitigación⁹⁷⁵ y adaptación⁹⁷⁶, por ejemplo, pueden generar conflictos entre las AAPP y los administrados. No podemos olvidar que estos asuntos pueden estar en el borde de discrecionalidad de las AAPP, lo que abre espacio para la utilización de la mediación administrativa extrajudicial. Como hemos visto, Chile ha creado la ASCC, que se utiliza de mecanismos de diálogo y cooperación entre el público y el privado para solventar cuestiones relacionadas al cambio climático.

En el ordenamiento jurídico español, podemos indicar como espacio para aplicación de la mediación administrativa extrajudicial en el ámbito de los conflictos del cambio climático, la previsión del artículo 28 de la LCCTE. Dicho artículo trata de los convenios de transición justa, que objetivan fomentar la actividad económica y su modernización, como también la empleabilidad de trabajadores vulnerables y colectivos en riesgo de exclusión en la transición hacia una economía baja en emisiones de carbono.

En la construcción de estos convenios, que pueden participar la sociedad civil (empresas, organizaciones sindicales, universidades, centros educativos, asociaciones, organizaciones ambientales no gubernamentales, etc.), es posible la aplicación de la mediación administrativa extrajudicial, una vez que ellos incluyen compromisos de las partes participantes en el convenio. Además, la propia ley establece que las medidas de apoyo a la I+D+i, de digitalización, de emprendimiento, de empleo, de protección social y actividades formativas para incentivar la adaptación de los trabajadores pueden ser

⁹⁷² Cfr. SORO MATEO, B. “Marco jurídico general de la cuestión climática. Algunas reflexiones a la espera de la aprobación de la ley española de cambio climático y transición energética”, en HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. (Dir.). *El Derecho ante el reto del cambio climático*. Navarra: Aranzadi, 2020, p. 123.

⁹⁷³ Vid. SORO MATEO, B. Responsabilidad pública, vulnerabilidad y litigios climáticos. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n. 54, 2019, pp. 57-140.

⁹⁷⁴ Vid. . SORO MATEO, B. (2020). *Op. cit.*, pp. 127-128.

⁹⁷⁵ Las políticas de mitigación implican en modificaciones en la actividad económica y en las actividades habituales de las personas con el objetivo de reducir o hacer menos severos los efectos del cambio climático. Según JAQUENOD DE ZSÖGÖN las acciones de mitigación están ligadas con el ahorro energético a través del uso eficiente de la energía producida. Cfr. JAQUENOD DE ZSÖGÖN, S. (2009). *Op. cit.*, p. 100.

⁹⁷⁶ Las políticas de adaptación consisten en desarrollar de medidas capaces de afrontar las consecuencias del cambio climático que no podemos evitar. Según JAQUENOD DE ZSÖGÖN la adaptación implica en la adopción de medidas para que seamos más resilientes al clima actual y menos susceptibles a los impactos del cambio del clima en el futuro. Cfr. JAQUENOD DE ZSÖGÖN, S. (2009). *Op. cit.*, p. 138.

adoptadas en el ámbito de los convenios de transición justa, que incluyen asuntos que están en el ámbito de la discrecionalidad y son susceptibles de transacción, por lo tanto, mediables. La aplicación de la mediación en el ámbito de los convenios de transición justa amplía la participación democrática, como también ofrece más efectividad a los acuerdos.

Tampoco podemos olvidar que cuestiones relacionadas al cambio climático pueden generar procedimientos administrativos que discuten la actuación administrativa o la inactividad de las AAPP, de manera que también será posible la aplicación de la mediación para la terminación convencional del procedimiento, en la forma que ya hemos comentado.

En el ordenamiento jurídico brasileño, la Ley 12.187, de 29 de diciembre de 2009, establece la Política Nacional de Cambio Climático. El Proyecto de Ley n. 1539/2021, que objetiva actualizar la Política Nacional de Cambio Climático al contexto del Acuerdo de París y a los nuevos retos del cambio climático, por desgracia, no aborda el tema de los conflictos del cambio climático, de manera que no trae ningún mecanismo específico para solventar dichas disputas.

No obstante, con fundamento en las normas vigentes, es posible la utilización de la mediación administrativa extrajudicial para la solución de conflictos del cambio climático con base en la Ley Federal n. 13.140, de 26 de junio de 2015, siempre que el asunto sea mediable.

De lege lata, estas serían las posibilidades de aplicación de la mediación administrativa extrajudicial para la solución de disputas ambientales en Brasil y España. En el próximo epígrafe reflexionaremos sobre los avances legislativos necesarios para la efectividad de la mediación administrativa extrajudicial en materia medioambiental, en Brasil y España.

6. AVANCES NORMATIVOS NECESARIOS PARA LA EFECTIVIDAD DE LA MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA EXTRAJUDICIAL EN LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS AMBIENTALES EN BRASIL Y ESPAÑA

Para que sea posible avanzar en la apertura efectiva del acceso a la justicia ambiental, es necesario ajustar la normativa medioambiental para el alcance de este

propósito, no solo en la perspectiva interna, sino también en los planes internacional y regional. Por ello, en este apartado trabajaremos en sugerencias de cambios normativos, con especial atención a los ordenamientos objeto de estudio en esta investigación, con el propósito de ofrecer caminos más efectivos para la ampliación del acceso a la justicia ambiental.

6.1. En la perspectiva Internacional y Regional

Como hemos visto en los apartados anteriores, el Convenio de Aarhus poco avanzó con relación al acceso a la justicia ambiental. El Convenio de Aarhus ciertamente fue una oportunidad perdida, para implementar avances significativos en este tema. El Acuerdo de Escazú avanza más en este tema, sin embargo, no ofrece herramientas concretas para el alcance de esto reto.

En los dos casos, las partes del tratado quedan con la tarea de establecer mecanismos que eliminen o reduzcan las barreras de acceso a la justicia ambiental. Así, verificamos la necesidad de los bloques regionales desarrollen normativas de impulso a los países integrantes de normas que faciliten efectivamente el acceso a la justicia ambiental.

Por tanto, en el ámbito de la Unión Europea hace falta una directiva que disponga sobre acceso a la justicia ambiental, creando mecanismos mínimos de acceso que serían traspasados a los ordenamientos internos. Temas como la gratuidad del acceso a la jurisdicción, la legitimación de las ONG para actuación en la vía judicial o extrajudicial, como también la solución extrajudicial de conflictos ambientales estarían presentes en esta directiva. Lo mismo podemos decir del MERCOSUR que podría contar con una norma marco sobre el asunto, ayudando en la homogenización del acceso a la justicia en la región, como también facilitando la solución de conflictos transfronterizos.

6.2. En la perspectiva interna

Aún en este capítulo, hemos visto que los ordenamientos jurídicos español y brasileño admiten, en determinadas circunstancias, la aplicación de la mediación administrativa extrajudicial para la solución de disputas ambientales. Es decir que esta

metodología de solución de conflictos puede ser aplicada inmediatamente sin vulneración al derecho positivo de dichos países.

No obstante, la posibilidad facilitada por el ordenamiento jurídico brasileño y español, constatamos que para una mayor efectividad y eficacia es necesario más desarrollo legislativo. Como hemos demostrado en esta investigación, todavía existen dudas sobre la aplicabilidad de la mediación no solo en el ámbito administrativo, como también el ámbito medio ambiental. También es necesario reconocer que ningún de los ordenamientos, brasileño o español, dispone sobre el procedimiento de mediación administrativa, lo que dificulta la aplicabilidad de esta metodología en el ámbito del derecho público. Por ello, algunos avances legislativos son necesarios para garantizar la eficiencia del procedimiento de mediación en el ámbito medioambiental, como también evitar cuestionamientos sobre su validez y eficacia de los acuerdos.

Pasaremos al análisis de los avances legislativos comunes y específicos de los sistemas brasileño y español que entendemos necesarios para garantizar una mejor efectividad de la mediación administrativa extrajudicial en el ámbito medioambiental.

6.2.1. Sugerencias de avances legislativos comunes a Brasil y España

Hemos visto que la mediación administrativa extrajudicial, sea en Brasil o en España, no necesita de desarrollo legislativo para su aplicación inmediata. La legislación vigente permite su aplicación, aunque con restricciones que pueden afectar su efectividad. En Brasil, el ordenamiento jurídico posee norma que trata de la autocomposición administrativa, la Ley Federal n. 13.140, de 26 de junio de 2015, sin embargo, dicha norma no regla mínimamente el procedimiento de mediación en ámbito administrativo⁹⁷⁷. En España, la LPACAP solamente dispone sobre la utilización de la mediación para terminación convencional del procedimiento y para la sustitución del recurso de alzada o de reposición, sin reglar mínimamente el procedimiento. Por ello, entendemos deseable el desarrollo legislativo en este asunto para que sea posible garantizar el máximo de efectividad en su aplicación.

⁹⁷⁷ Ley Federal n. 13.140, de 26 de junio de 2015, simplemente indica la utilización del procedimiento de derecho privado, en la hipótesis de inexistencia de Cámaras de Prevención y Resolución Administrativa de Conflictos (art. 33).

Es necesario, tanto en el sistema brasileño como en el sistema español, el desarrollo de ley específica sobre mediación administrativa. En la primera parte de esta investigación aclaramos que la mediación en el ámbito administrativo tiene que adaptarse a los principios de Derecho Público, en especial a la legalidad y publicidad. Por tanto, entendemos que una norma general y de ámbito nacional debe ser publicada, abordando especialmente los siguientes puntos: principios aplicables, sujetos intervinientes, naturaleza del acuerdo y consecuencias en caso de su incumplimiento, mediabilidad objetiva, mediación colectiva, derechos y garantías de los administrados, procedimiento en línea y autorización para la realización del acuerdo. Tal reglamento se muestra posible sin la vulneración de las competencias de los entes subnacionales, sea en el caso de Brasil o de España.

Sobre la mediabilidad objetiva, entendemos que la ley no debe definir los asuntos mediables, sino diseñar los contornos para que se puede definir que asuntos son susceptibles de mediación. Sin embargo, en el ámbito de la regulación sublegal se podría definir algunos asuntos con el objetivo de facilitar la aplicación de la mediación y generar más seguridad jurídica, sobre todo para los representantes de las AAPP.

Otro punto muy relevante es la regulación de la mediación colectiva. En el caso de conflictos de naturaleza difusa o colectiva, como suele a ocurrir en materia medioambiental, es necesario un procedimiento especial para la solución de este tipo de disputa. No podemos olvidar que la mediación tiene su origen en el derecho privado y en este sector es aplicada mayoritariamente para la solución de conflictos individuales. Cuestiones relativas a la legitimación para participar del procedimiento y eficacia del acuerdo, por ejemplo, deben ser afrontadas para la mejor aplicabilidad de la mediación colectiva.

La utilización del procedimiento en línea es también una situación que merece reglamento específico. Como hemos visto en la primera parte de esta investigación, la tendencia de las AAPP contemporáneas es la smartificación de su actuación. Por tanto, la resolución de conflictos en la vía administrativa también sufre los influjos de las nuevas tecnologías. Así, la legislación debe prever las peculiaridades del entorno digital, especialmente con relación a las garantías y los derechos de los administrados.

Tampoco podemos olvidar de las reglas de autorización para la realización del acuerdo, que deben contemplar un rito célere y, siempre que posible, un único

instrumento normativo. El exceso de burocracia constituye un desestímulo a la realización del acuerdo y en consecuencia un estímulo a la resolución del conflicto en el ámbito judicial.

Las peculiaridades del conflicto ambiental deben ser abordadas en ley que cuide del acceso a la justicia ambiental, dejando para la regulación específica solamente las cuestiones relacionadas a bienes ambientales específicos (agua, suelo, v.g.) para garantizar la mejor aplicación del procedimiento de solución del conflicto. Como hemos comentado, algunas leyes brasileñas y españolas abordan la posibilidad de mediación en dichas leyes sectoriales, pero no avanzan en las peculiaridades del procedimiento.

6.2.2. Sugerencias de avance legislativo en Brasil

En el ámbito sancionador, no obstante, sea posible aplicar inmediatamente los preceptos del artículo 26 de la LINDB (Decreto-ley n. 4.657, de 4 de setiembre de 1942, con las alteraciones de la Ley Federal n. 13.655, de 25 de abril de 2018) y del artículo 32.III de la Ley Federal n. 13.140, de 26 de junio de 2015, para la mejor efectividad del precepto es deseable desarrollo legislativo.

Por lo tanto, para la mejor utilización de la mediación administrativa en el ámbito sancionador hace falta una disciplina referente a su procedimiento, ámbito de aplicación y definición de las medidas que pueden promover la adecuada reparación del daño y la sustitución de la sanción administrativa. En el ámbito del derecho ambiental, entendemos que en complemento puede haber una disciplina específica relacionada a cada bien o interés ambiental objeto de protección. Esta regulación estaría prevista en la legislación sectorial pertinente, para mejor cuidar de estos aspectos tan peculiares.

Con relación a las otras categorías de conflictos ambientales (aquí se excluyen los oriundos de la potestad sancionadora), hace falta una ley específica que verse en carácter general sobre acceso a la justicia ambiental, abordando los temas necesarios a la apertura de dicho acceso en la vía judicial y extrajudicial, en especial la utilización de la mediación administrativa para la solución de dichas disputas. Además, los avances previstos en el Acuerdo de Escazú deberían ser traspuestos en esta ley, destacando el trato a las personas y poblaciones vulnerables.

En lo que se refiere a los conflictos de cambio climático, entendemos que el Proyecto de Ley n. 1539/2021 debería ser modificado para contemplar dicho tema y

establecer los mecanismos extrajudiciales hábiles a la solución de dichas disputas, incluyendo la mediación. El cambio climático es un tema actual, sobre todo en un momento que observamos los cambios extremos en el clima, crisis económica, conflictos militares y escasez energética. En este panorama los conflictos de cambio climático estarán presentes y necesitarán de una respuesta celer, flexible y plural.

6.2.3. Sugerencias de avance legislativo en España

Hemos visto que, en España, la mediación administrativa es aplicable, desde un punto de vista general, para la terminación convencional del procedimiento, con fundamento en el artículo 86.1 de la LPACAP, como también para la sustitución del recurso de alzada o de reposición, con fundamento en el artículo 112.1, desde que exista norma de desarrollo. Estos preceptos, en nuestro entendimiento, son aplicables al procedimiento administrativo sancionador, sin la necesidad de desarrollo sectorial. Sin embargo, algunas leyes hacen referencia expresa a la utilización de mecanismos consensuales o de la mediación en el ámbito de la potestad sancionadora, a ejemplo del Reglamento Penitenciario y la Ley General Penitenciaria. Además, la Ley 3/2022, de 24 de febrero, de convivencia universitaria, pone la mediación como la base para la solución de conflictos en este ámbito.

No obstante, entendemos que es deseable, en España, una disciplina sancionadora que complementa las disposiciones de la LPACAP, disponiendo especialmente sobre: el procedimiento de resolución de aplicación de medidas consensuales, el ámbito de aplicación, la definición de las medidas que pueden sustituir a la sanción administrativa, las consecuencias del incumplimiento del acuerdo y el monitoreo de la reparación del daño. En el ámbito ambiental, debido a las peculiaridades de determinados bienes e intereses ambiental, tal como en Brasil, entendemos que una regulación sectorial específica generará más seguridad jurídica y una protección ambiental más efectiva.

Con relación a las demás cuestiones medioambientales, susceptibles de mediación administrativa extrajudicial, entendemos que la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, necesita de cambios para incorporar la mediación al capítulo de acceso a la justicia en materia de medio ambiente. La

alteración en dicha ley trataría de temas como: legitimación para la participación en los procedimientos de mediación, costo del procedimiento de mediación, consecuencias del incumplimiento del acuerdo, mediabilidad objetiva y la utilización de mecanismos digitales en el procedimiento.

Sobre los conflictos de cambio climático, entendemos que la LCCTE debe ser modificada para contemplar dicho tema, en especial los mecanismos extrajudiciales de resolución de este tipo de disputa. Este, incluso, es el sentido del planteamiento de GARCÍA PÉREZ y SANZ LARRUGA al comentar el artículo 20 de la LCCTE cuando afirman que *“en el momento actual se impone la improrrogable necesidad de una nueva cultura administrativa, basada en el esfuerzo permanente de concertación”*⁹⁷⁸. Aunque dicha ley no traiga obstáculos a la utilización de la mediación para la construcción de los convenios de transición justa (art. 28), hace falta un tratamiento más amplio sobre conflictos de cambio climático, con referencia expresa a la solución extrajudicial y a la efectiva participación de la sociedad civil en el proceso de toma de decisiones.

⁹⁷⁸ GARCÍA PÉREZ, M; SANZ LARRUGA, J. F. A propósito del artículo 20 de la Ley de Cambio Climático y Transición Energética: un déja vù desde el Observatorio del Litoral. *Actualidad Jurídica Ambiental*, n. 113, junio/2021, p. 70.

CONCLUSIONES

PRIMERA – La evolución de la AP nos lleva a la redefinición de sus estructuras, a partir de mecanismos más democráticos, participativos y relacionales. Este cambio de paradigma se justifica por la necesidad de valorización de la ‘persona humana’ impuesta por el actual Estado social y Democrático de Derecho. En este escenario, el administrado no es sólo sujeto pasivo de las relaciones con las AAPP, sino un agente activo que participa y colabora en las cuestiones públicas.

SEGUNDA – La crisis del Estado social, agravada por los fenómenos de globalización y ascensión de las nuevas tecnologías, también repercute en la actuación administrativa que estaba enmarcada por una rígida burocracia. El mantenimiento de una racionalidad burocrática rígida como modelo de gestión administrativa contribuye a la pérdida de capacidad operativa para la resolución de las demandas sociales, económicas y jurídicas de las AAPP. Estos fenómenos del mundo posmoderno exigen un cambio de paradigma para las AAPP, en el sentido de incluir la participación, la colaboración y el consenso en sus procesos de trabajo.

TERCERA – La participación de los administrados en los asuntos públicos no significa la ‘medicina’ para todos los problemas afrontados por las AAPP en la actualidad. Esta participación, incluso, puede generar, en algunas situaciones, más retraso en la repuesta estatal como también exclusión de grupos con baja representatividad. Por tanto, la participación del administrado en las cuestiones públicas jamás podrá significar la sustitución del aparato administrativo, sino un mecanismo de diálogo y de ampliación de la legitimidad y eficacia de la respuesta gubernamental a los problemas contemporáneos.

QUARTA – La reforma de las AAPP –en este nuevo contexto social, político, económico y jurídico– es mucho más que una simple reorganización administrativa o mejora de los procedimientos. En realidad, este proceso de reforma implica en un cambio conceptual de las estructuras, los procesos de trabajo y las formas de relacionarse. En este contexto, la buena administración, que comprende la idea de servir adecuadamente a los intereses generales proporcionando eficiencia a la actuación administrativa, es el fundamento transversal de este proceso de reforma, en la medida que permite el desarrollo de estructuras más flexibles y relacionales, más compatibles con las demandas complejas de la actualidad.

QUINTA – El modelo de gestión administrativa, basado en los paradigmas de buena administración y gobernanza, dialoga con otros modelos de gestión, como el burocrático y el gerencial. Es decir, que dichos modelos pueden integrar planificaciones basadas en la buena administración y gobernanza, considerando la naturaleza de la actividad o proceso de trabajo y los objetivos que se busca alcanzar. Esta perspectiva debe también alcanzar al sistema de Justicia.

SEXTA – Esta nueva dinámica de actuación de las AAPP exige un abordaje relacional, en el sentido de estimular una cultura no adversarial, participativa y colaborativa. Desde esta perspectiva la AP debe basarse en mecanismos que faciliten el diálogo, el consenso y la corresponsabilidad, incluyendo a los administrados en la determinación del interés general. Desde un punto de vista filosófico, el modelo de Administración Pública Relacional tiene su raíz en el pensamiento de ARENDT y HABERMAS, en la medida que dichos autores desarrollan la idea de apertura del Estado para los ciudadanos como mecanismo de legitimación y de realización de los derechos fundamentales. La racionalidad comunicativa permite el intercambio plural entre sociedad y Estado, reforzando los valores democráticos y facilitando herramientas consensuales, inclusivas y flexibles.

SÉPTIMA – La inserción del consenso en la gestión administrativa genera la ampliación de la eficiencia y eficacia de la actuación de las AAPP, dado que los interesados participarán de la construcción de la voluntad de la AP, de la ejecución de la decisión administrativa y de la revisión de la actuación de la AP. Por tanto, el consenso orienta las AAPP para la promoción, realización y recuperación del interés público. Además, la incorporación del consenso en la actuación administrativa no genera la extinción de las actividades administrativas que demandan un abordaje imperativo y unilateral. En realidad, el modelo de Administración Relacional permite la convivencia pacífica entre actuaciones consensuales e imperativas, sin embargo, estas últimas tendrán una aplicación cada vez más restricta en este contexto relacional.

OCTAVA – En la redefinición del modelo de gestión administrativa, la tecnología es un elemento que no puede ser desconsiderado. La sociedad de la información y comunicación exige la adopción de herramientas de gestión más céleres, flexibles y compatibles con la complejidad posmoderna. Las tecnologías digitales son capaces de contribuir al desarrollo de las dimensiones de la buena administración (transparencia, participación y rendición de cuentas), una vez que optimizan los procesos de decisión y

control. La pandemia del COVID-19 ha demostrado la importancia de la inserción de las AAPP en el mundo digital, como también la necesidad de esfuerzo en la promoción de políticas de inclusión digital. La smartificación de las AAPP sin políticas públicas robustas de inclusión digital, no repercutirá en el empoderamiento social, ni en la mejora de los servicios ofrecidos al administrados.

NOVENA – Las AAPP brasileñas y españolas, sin perjuicio de los matices históricos y jurídicos, están transformado sus modelos de gestión a través de la articulación de la buena administración con la gobernanza y las nuevas tecnologías. Los instrumentos normativos y planificaciones más recientes de ambos países insertan esta nueva perspectiva de gestión, a través de la smartificación de sus AAPP y la permisión, cada vez más frecuente, de la participación de los administrados en los procesos de toma de decisión. No obstante, dichas administraciones poco avanzaron en la incorporación de la perspectiva relacional e inteligente para la solución de los conflictos de naturaleza administrativa.

DÉCIMA – En el contexto del Estado contemporáneo, que adopta la perspectiva relacional, la comprensión del acceso a la justicia y de la tutela judicial efectiva asume un sentido más amplio, incorporando mecanismos extrajudiciales de solución de conflictos. Implica que el derecho de acceso a la justicia no puede ser reducido al derecho de demandar ante a los tribunales. Además, la respuesta jurisdiccional no es siempre la forma más adecuada de resolución de una controversia, puede, incluso, generar injusticia. Por ello, el sistema de justicia debe buscar no sólo el acceso a la jurisdicción, sino la apertura a múltiples posibilidades de solución de disputas que permita la construcción de un sistema sostenible y realizador de la dignidad humana. Desde esta perspectiva, los ADR son mecanismos que facilitan el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva. Sin embargo, no es suficiente garantizar el acceso a los ADR, hay que garantizar que el ciudadano efectivamente conozca estos mecanismos complementarios a la Jurisdicción. Por tanto, el propósito de los ADR no es ofrecer una alternativa a la Jurisdicción, sino posibilitar la efectiva solución para cada conflicto.

DÉCIMA PRIMERA – En Brasil y España, los ADR están presentes desde los tiempos más remotos, pero estas herramientas perderán su fuerza con el tiempo. Sólo en las últimas décadas, la utilización de los ADR fue retomada, en ambos países, como una forma de superar la saturación de la jurisdicción estatal y añadir eficiencia y celeridad a la justicia. Por tanto, la retoma de los ADR se justifica actualmente como forma de

respuesta a la crisis de eficiencia del Poder Judicial, sea en Brasil o en España. Bajo esta motivación que modificó toda la legislación, en ambos países, para la inserción de los ADR, sobre todo en el ámbito privado. En el ámbito administrativo, la inserción también ocurrió, pero de manera más tímida y siempre cercada de cuestionamientos relacionados su aplicabilidad en el ámbito del Derecho Público. Aún cuando, Brasil y España tienen diferencias en sus ordenamientos administrativos, constatamos que las lagunas con relación a los ADR los aproximan, de manera que, en los dos casos, el desarrollo legislativo se muestra necesario para una mejor aplicabilidad y eficiencia de estos mecanismos extrajudiciales de solución de conflictos.

DÉCIMA SEGUNDA – La tecnología como elemento de redefinición de la función administrativa también alcanza la resolución de conflictos. Es decir que la tecnología perfecciona los mecanismos de solución de conflictos generando otros métodos denominados de ODR. Sin embargo, el desarrollo de los ODR no representa un simple cambio de soporte, sino la posibilidad de facilitar a las partes procedimientos inexistentes en el modelo tradicional. La pandemia del COVID-19 incrementó la utilización de los ODR en el ámbito de la Administración de Justicia, pero esta utilización excepcional, debido a la pandemia, evoluciona hacia una utilización definitiva en el sistema estatal de resolución de conflictos. Esta nueva realidad también debe ser aplicada a la resolución extrajudicial de conflictos administrativos, garantizando al administrado más eficiencia, eficacia y celeridad.

DÉCIMA TERCERA – La mediación, como método de ADR, tiene por finalidad no sólo la solución de disputas, sino también la gestión del conflicto, constituyendo un mecanismo de restablecimiento de la comunicación y del diálogo entre las partes. Por estas características, la mediación es un método extrajudicial de resolución de conflictos que se ajusta al modelo de Administración pública relacional. A pesar de las ventajas inherentes a la mediación, no puede ser considerada la solución definitiva para los problemas de la Administración de la Justicia y de las AAPP. Por ello, entendemos que no puede ser utilizada como mecanismo de restricción del acceso a la Jurisdicción estatal. El éxito de la mediación está justamente relacionado con su naturaleza voluntaria, de manera que el fomento de utilización de la mediación como requisito de procedibilidad de la demanda, contraría su naturaleza voluntaria. Por tanto, los fallos del sistema de Administración de la Justicia deben ser combatidos de otras formas, buscando la resolución de las causas reales de su ineficiencia. La mediación debe ser fomentada y

estimulada, a través de la diseminación del conocimiento sobre sus ventajas y posibilidades, no por medio de su utilización obligatoria.

DÉCIMA CUARTA – Además de la adherencia al modelo de Administración pública relacional, la mediación constituye un método innovador en la solución de los conflictos administrativos, una vez que permite ampliar el nivel de confianza de los administrados en la Administración, como también el nivel de participación de ellos en cuestiones de interés general. Otro aspecto innovador es su capacidad de composición con otras herramientas de ADR que facilita la resolución adecuada del conflicto y, en consecuencia, el efectivo acceso a la justicia. La mediación también es innovadora porque no es únicamente una manera de descongestionar la vía judicial, sino también de desestimular la cultura adversarial en el ámbito administrativo e implementar mecanismos reales de prevención de los conflictos.

DÉCIMA QUINTA – La relectura del principio de legalidad proporciona la dilatación del fundamento normativo para la actuación del Estado, en la medida que considera la vinculación estatal a la ley y al derecho. Esta noción de legalidad también permite extraer una comprensión renovada de las garantías de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva, expandido los métodos de resolución de conflictos, incluso, en el ámbito administrativo. Bajo esta perspectiva, el principio de legalidad, presente en la CE/1978 y la CFB/1988, no constituye obstáculo a la mediación en el ámbito administrativo, sino su propio fundamento en ambos ordenamientos. Por tanto, la mediación no vulnera el sistema de control de legalidad de los actos de la administración, ya que su utilización no impide el control realizado por el Poder Judicial. Además del principio de legalidad, otros fundamentos constitucionales dan soporte a la mediación en el ámbito administrativo, como la democracia, el pluralismo, la eficiencia y la subsidiariedad.

DÉCIMA SEXTA – La aplicación de la mediación, para la solución de los conflictos en que la AP sea parte, exige la adaptación de los principios propios de la mediación a los principios y presupuestos del Derecho Público. Bajo este paradigma, es posible determinar la obligatoriedad de la mediación a la AP, sin que esto implique una vulneración del principio de voluntariedad de la mediación, ya que la voluntad del Estado está fijada en ley. En este mismo marco, en el procedimiento de mediación es necesario garantizar no sólo la isonomía entre los administrados, sino también entre ellos y la AP. Es decir que en el procedimiento se deberá buscar la horizontalidad de las relaciones entre AP y administrados. Por ello, no es posible admitir la interferencia directa de la AP en las

cámaras de resolución de conflictos administrativos, bajo pena de vulneración del principio de isonomía e imparcialidad. Bajo el principio de isonomía, también es necesario garantizar al administrado la asistencia letrada y el derecho a la información sobre el procedimiento. Además, la legalidad tiene que ser incorporada a la mediación administrativa, ya que las AAPP están sometidas a dicho principio y no pueden celebrar acuerdos *contra legem*. También por fuerza de la legalidad, las AAPP deben ofrecer transparencia a los acuerdos, mitigando el principio de confidencialidad, si bien las AAPP tienen que garantizar la protección de datos personales en los límites previstos en la legislación.

DÉCIMA SÉPTIMA – La modernización de la AP impone no sólo la utilización de la tecnología en sus procedimientos, sino la simplificación de los procedimientos. Esta dinámica también debe ser observada en las mediaciones administrativas, de manera que los procedimientos de autorización para la transacción por la AP sea lo más sencillo posible. Por eso el ideal es la adopción de una autorización general para determinadas materias o circunstancias susceptibles de acuerdo, con un límite de valor para la transacción, con dichas reglas concentradas en un único texto normativo. La burocratización del procedimiento de mediación solamente desestimula su aplicación y aumenta el grado de desconfianza de los administrados.

DÉCIMA OCTAVA – En lo que toca a la mediabilidad, desde la perspectiva subjetiva, la mediación en el ámbito administrativo es admitida en Brasil y en España, ya que no hay obstáculos constitucionales. Además, la legislación infra constitucional de dichos países también reconoce la utilización de esta herramienta por las AAPP. En el ámbito de la mediabilidad objetiva, el criterio identificador es la transaccionalidad (en una perspectiva publicista), de manera que la mediación se muestra posible en el ámbito de las potestades regladas y discrecionales. Las potestades regladas tienen un espacio más reducido de aplicación de la mediación, ya que el comportamiento estatal está previsto en la ley, pero la tarea de interpretación de la norma legal puede permitir más de una solución legalmente posible. En las potestades discrecionales, hay un mayor margen de aplicación de la mediación porque la ley faculta a la autoridad administrativa más libertad para su intervención. Para la definición de la mediabilidad objetiva, el rol del legislador es de solamente traer los elementos necesarios a su delimitación, dejando para los órganos implicados en el desarrollo de la mediación el establecimiento de un listado orientativo a

través protocolos o instrucciones normativas, que permiten una pronta actualización de los asuntos.

DÉCIMA NOVENA – El acuerdo de mediación constituye una transacción, por tanto, goza de naturaleza contractual, por lo que puede ser formalizada en el ámbito judicial o extrajudicial. En la hipótesis de incumplimiento del acuerdo, una vez cumplidas las formalidades legales, la parte lesionada podrá ejecutar el acuerdo. Frente a nuevos hechos que dificultan el cumplimiento del acuerdo, es posible que las partes ajusten el pacto. La posibilidad de repactuar constituye la gran ventaja de la mediación, ya que permite una gestión más efectiva del conflicto.

VIGÉSIMA – La mediación administrativa también puede ser desarrollada en el ámbito extrajudicial, constituyendo un mecanismo no sólo de solución de conflictos, sino también de prevención de disputas. Frente la crisis de la administración de la justicia, los procedimientos extrajudiciales ganan importancia como mecanismos de reducción de la congestión de los procesos judiciales y de apertura del acceso a la justicia. En los ordenamientos jurídicos brasileño y español la previsión legal general está en la Ley Federal n. 13.140, de 26 de junio de 2015 y en LPACAP, respectivamente. La regulación en ambos ordenamientos es muy tímida, de manera que para el perfeccionamiento de la mediación extrajudicial es necesario más desarrollo legislativo, incluso para la disciplina de la mediación para ejecución de decisiones administrativas. La regulación existente, en ambos sistemas, permite su utilización en el ámbito administrativo, pero el desarrollo legislativo se muestra necesario para garantizar más eficacia y seguridad jurídica al procedimiento.

VIGÉSIMA PRIMERA – Aunque la mediación administrativa presente muchas ventajas, existen dificultades en su aplicación. La autotutela, sobre todo en el sistema español que reconoce la ejecutividad de los actos administrativos, constituye la dificultad más significativa porque desestimula la adopción de mecanismos consensuales. El temor de renuncia a las potestades administrativas por la transacción también es un factor de gran resistencia frente a la mediación, sobre todo por parte de la Abogacía pública. Este temor genera un exceso de burocracia para la formulación del acuerdo, lo que también dificulta la adopción de la mediación. La baja confianza de los administrados en las instituciones gubernamentales también dificulta la aplicación de la mediación en el ámbito administrativo. Tal vez, este último factor sea el más difícil de superar por que demanda

un cambio en la cultura administrativa, en el sentido de la utilización reforzada de mecanismos consensuales en detrimento de medidas imperativas y unilaterales.

VIGÉSIMA SEGUNDA – El paradigma de la Administración pública relacional se conecta con el modelo de Estado de Derecho Ambiental, una vez que este último busca concretar una existencia humana más digna y sana, con fundamento en la solidaridad, la participación democrática, la responsabilidad ambiental y la sostenibilidad. Para la protección y defensa efectiva del medio ambiente, en una sociedad de riesgo y globalizada, es necesaria una gobernanza relacional, capaz de involucrar actores estatales y no estatales para la construcción de políticas públicas ambientales, en un esquema de corresponsabilidad. Para alcanzar este objetivo, el Estado de Derecho Ambiental se apoya en la sostenibilidad, compatibilizando la actividad económica con la protección del medio ambiente y el desarrollo humano. Las Constituciones de Brasil y España incorporan esta concepción de Estado de Derecho Ambiental, ya que reconocen el derecho al medio ambiente sano y adecuado al desarrollo digno de las personas, relacionándolo con los objetivos económicos del Estado.

VIGÉSIMA TERCERA – En un Estado de Derecho Ambiental, la responsabilidad ambiental es un componente importante, dotado de un carácter preventivo y represivo, con repercusiones en el derecho penal, civil y administrativo. Los principios ambientales de prevención, precaución y ‘quien contamina paga’ fundamentan esta responsabilidad ambiental, que genera para las AAPP un doble rol: respecto a las normas ambientales en el desarrollo de sus actividades y de fiscalización y de control de las actividades de terceros. En la aplicación de dichos principios que conducen a la responsabilidad se debe siempre buscar el balance entre las distintas dimensiones de la sostenibilidad, considerando los cambios y transformaciones de la vida económica, social, jurídica y del medio ambiente.

VIGÉSIMA CUARTA – En el marco del Estado de Derecho Ambiental, para la protección del medio ambiente, además del desarrollo de políticas públicas sostenibles, es fundamental el desarrollo de mecanismos preventivos (que buscan prevenir el daño) y represivos (que buscan fundamentalmente la reparación del daño) de tutela ambiental. Las AAPP deben invertir más en la tutela ambiental preventiva, ya que la tutela represiva tiene lugar cuando las medidas de carácter preventivo fallan y permiten que ocurra el daño ambiental que es de difícil o imposible reparación. Por tanto, cuando sea necesaria la aplicación represiva, siempre hay que buscar la tutela extrajudicial, dejando la tutela

judicial como *ultima ratio*. Las medidas de carácter extrajudicial, aunque represivas, tienden a ser más céleres, flexibles y participativas, por lo tanto, más efectivas a la prevención del daño al medio ambiente. Brasil y España poseen mecanismos extrajudiciales de tutela ambiental, pero es necesario invertir más en consenso y participación, sobre todo a través de la utilización de los ADR en cualquier fase del procedimiento administrativo. Los ADR de naturaleza consensual son útiles no solo en el ámbito de la reparación civil del daño, sino también en el ámbito sancionador como herramientas educativas y de prevención del daño ambiental. En el ámbito judicial, en ambos países, es necesario garantizar mecanismos procesales adecuados a los conflictos colectivos. En España la tutela judicial del medio ambiente carece de herramientas procesales de naturaleza colectiva dotadas de una legitimación procesal más amplia, como también de reglas específicas sobre medidas cautelares y el costo del proceso judicial ambiental, estableciendo políticas de gratuidad para las demandas colectivas. En Brasil, no obstante, la existencia de un conjunto de acciones colectivas idóneas para la protección ambiental, es necesario perfeccionarlas, sobre todo en lo que toca a la prueba y al costo de su producción. En este escenario, los ADR ayudan a superar los obstáculos para el alcance de la tutela ambiental efectiva, sea en el ámbito judicial o extrajudicial, induciendo el diálogo colectivo y el consenso.

VIGÉSIMA QUINTA – Los conflictos medioambientales están dotados de características singulares, que exigen soluciones céleres, flexibles y participativas. Por tanto, este tipo de disputa se muestra poco compatible con la respuesta ofrecida por el Poder Judicial. Primero porque el conflicto ambiental es integrado por una pluralidad de actores y posiciones, de manera que la solución adjudicada, basada en el sistema *winner-loser*, no genera la respuesta más adecuada a este tipo de disputa. Además, en esta pluralidad de posiciones casi siempre está presente la confrontación entre intereses públicos, individuales, colectivos y difusos, lo que añade más complejidad a la disputa. También es necesario considerar la multidisciplinariedad de estos conflictos, que exige la aplicación conocimientos no jurídicos para su adecuada solución, siendo muy difícil de desarrollar dicha circunstancia en el ámbito de una demanda judicial. La necesidad de respuesta rápida para evitar males mayores al medio ambiente y viabilizar su pronta reparación es otro elemento que particulariza la disputa ambiental y, en consecuencia, su solución. Por fin, el carácter intergeneracional, inherente al conflicto ambiental, añade más complejidad, ya que el conflicto ambiental trasciende el presente, reforzando el

carácter difuso de las disputas ambientales. Estas características demuestran que la tutela judicial no es la más adecuada para tratar los conflictos ambientales. Es necesario añadir efectividad y sostenibilidad a la justicia ambiental, lo que es posible con la adopción de los ADR. Las experiencias en países como los Estados Unidos y Canadá demuestran la efectividad de la aplicación de los ADR en la solución de disputas ambientales.

VIGÉSIMA SEXTA – A partir del análisis de las características de los conflictos ambientales podemos identificar las ventajas en la adopción de los ADR para la solución de dichas disputas. El carácter intergeneracional, la intertemporalidad y la incertidumbre de los conflictos ambientales exige la mutación de los acuerdos con el decurso del tiempo, permitiendo que el ajuste se muestre eficaz en el futuro. El carácter predominantemente difuso y colectivo de las disputas ambientales impone una multiplicidad de partícipes, de manera que la flexibilidad de estos métodos se adecua más fácilmente a esta necesidad. La cuestión de los costos del procedimiento gana otra connotación en el campo de los ADR, debido a su reducción frente al proceso judicial, como también a la posibilidad de realización de ajustes relacionados a los gastos del procedimiento. La interdisciplinariedad, propia de los conflictos ambientales, puede ser desarrollada en las herramientas de ADR. Tampoco podemos olvidar las posibilidades de inserción de la tecnología para la solución de estos conflictos, que dialoga con esta tendencia relacional y de smartificación de las AAPP. A través de los ODR es posible simplificar los procedimientos, reducir las distancias y ampliar el diálogo plural para la defensa del medio ambiente. La descongestión del Poder Judicial, aunque no sea el objetivo principal de la utilización de los ADR en el contexto relacional, constituye un factor relevante para su utilización. Por tanto, los ADR representan efectivamente un cambio profundo en la forma de comprender las relaciones y los conflictos, de manera que facilitan la apertura hacia una justicia ambiental plural y sostenible. Las dificultades para la implantación de estos mecanismos para la solución de disputas ambientales no pueden ser obviadas, aunque no sean insuperables. La asimetría entre las partes, la indisponibilidad del interés público, la confidencialidad del procedimiento y la autotutela administrativa son cuestiones que dificultan la aplicación de los ADR, pero no hacen inviables su adopción.

VIGÉSIMA SÉPTIMA – La idea de justicia ambiental, en un Estado de Derecho Ambiental, está conectada a la efectiva protección del medio ambiente a través de la participación de los administrados en el proceso de toma de decisión. El derecho de acceso a la justicia ambiental debe ser examinado bajo esta perspectiva significando algo

más que acceso a la jurisdicción ambiental. El Convenio de Aarhus falla, en la medida que trata del acceso a la justicia solamente como acceso a la jurisdicción dejando de traer los ADR como mecanismos de apertura de dicho acceso. Sin embargo, el Convenio de Aarhus representa un importante avance en la consolidación de la Democracia ambiental, ya que intenta regular el contenido del Principio 10 de la Declaración de Río. El Acuerdo de Escazú avanza un poco más que el Convenio de Aarhus, en la medida que dispone expresamente la necesidad de desarrollo de mecanismos alternativos de resolución de conflictos ambientales, tales como la mediación y la conciliación. Por ello, el Acuerdo de Escazú adopta un concepto más amplio de acceso a la justicia ambiental, que no es equivalente al acceso a la jurisdicción. Además, el Acuerdo de Escazú enfatiza la necesidad de desarrollo de medios de ejecución de decisiones judiciales y administrativas, lo que puede ser obtenido con los ADR. Entre los ADR, la mediación es el método cuya aplicación se destaca en el contexto medioambiental, debido a su carácter consensual, susceptible de aplicación interdisciplinar y de participación colectiva. Además, la mediación en el ámbito extrajudicial facilita la prevención del conflicto, ya que permite su gestión, ajustándose a las bases del Estado de Derecho Ambiental y al modelo de Administración pública relacional.

VIGÉSIMA OCTAVA – El Estado español desarrolló las directrices fijadas en el Acuerdo de Aarhus en la Ley 27/2006, de 18 de julio, sin embargo, no avanza mucho en el tema del acceso a la justicia ambiental. El sentido empleado por la Ley 27/2006, de 18 de julio, es de justicia ambiental como sinónimo de jurisdicción ambiental, pero tampoco progresa en este ámbito, ya que afronta de manera muy exigua cuestiones como la legitimación, asistencia jurídica gratuita y acción popular. Los números de la jurisdicción contencioso-administrativa demuestran que la Ley 27/2006 poco avanzó en la promoción del acceso a la justicia ambiental, ya que estos datos evidencian el amplio plazo de tramitación de los procesos en materia ambiental y el alto índice de congestión de la jurisdicción contencioso-administrativa. Los datos estadísticos de la Comisión Europea ratifican esta constatación, una vez que identifican España como el tercer país de la UE con más infracciones ambientales. Los datos del Atlas de Justicia Ambiental también refuerzan esta constatación, al señalar a España como el octavo país en número de casos de conflictos medioambientales. Además, la ausencia de datos oficiales más detallados sobre la justicia ambiental española agudiza la situación.

VIGÉSIMA NOVENA – El Estado brasileño todavía no ha ratificado el Acuerdo de Escazú, situación que representa un retroceso en el desarrollo del Principio 10 de la Declaración de Río. Además, el Acuerdo de Escazú representa un avance importante en la protección de los más vulnerables y en el fortalecimiento de las capacidades y de la cooperación entre los países de la región. En Brasil no hay una ley que desarrolle específicamente los derechos de acceso, pero algunas leyes tratan, aunque de forma delimitada a ciertos ámbitos, de los derechos de acceso a la información ambiental y de participación en cuestiones medioambientales, como la Ley Federal n. 10.650, de 16 de abril de 2003, que dispone sobre el acceso a los datos e información existente en los órganos o entidades del Sistema Nacional del Medio Ambiente y la Ley Federal n. 6.938, 31 de agosto de 1981, que dispone sobre la política nacional del medioambiente, sus fines y mecanismos de formulación y aplicación. Esta ausencia de disciplina uniforme de los derechos de acceso también repercute en la ineffectividad de la justicia ambiental. En Brasil también verificamos un aumento del número los procesos medioambientales en el año de 2020. Este aumento de cifras reñete un aumento significativo de la litigiosidad, ocasionado no solo por la pandemia del covid-19, sino también por el cambio en la política ambiental del país. Los números del año de 2020 son los mayores de toda la serie histórica de los informes del CNJ y se encuentran directamente relacionados con el deterioro ambiental. El Atlas de Justicia Ambiental ratifica la situación en la medida que registra que Brasil ocupa la cuarta posición en número de casos de conflictos medioambientales. Estos datos ratifican la necesidad de cambio en la gobernanza de los conflictos medioambientales que deberá estar direccionada hacia la resolución consensual de las controversias, en especial, por medio de la mediación que también permite la gestión del conflicto.

TRIGÉSIMA – Brasil y España necesitan cambiar sus políticas de gestión y solución de conflictos ambientales para la adecuación al Estado de Derecho Ambiental y al modelo de Administración pública relacional. Para este cambio de paradigma, la mediación administrativa extrajudicial se presenta como camino idóneo para afrontar de los problemas ambientales de la contemporáneos, a través del consenso, diálogo y corresponsabilidad. Las legislaciones de Brasil y España ya admiten la utilización de la mediación para la solución de conflictos ambientales de manera puntual, pero es necesario perfeccionarlas para la ampliación del acceso a la justicia ambiental y obtención de una mayor efectividad en la solución y gestión de estos conflictos.

TRIGÉSIMA PRIMERA - *De lege lata*, en Brasil, es posible que los órganos ambientales de las APPP ya utilicen el dispuesto en el artículo 26 de la Ley de Introducción a las Normas Brasileñas (Decreto-ley n. 4.657, de 4 de setiembre de 1942, con las alteraciones de la Ley Federal n. 13.655, de 25 de abril de 2018) y el artículo 32.III de la Ley Federal n. 13.140, de 26 de junio de 2015, para realizar mediaciones administrativas extrajudiciales con el reto de promover la adecuada reparación del daño y regularizar situaciones que puedan generar la imposición de sanciones de carácter administrativo-ambiental. En España, la legislación vigente (LPACAP) admite la utilización de la mediación en el ámbito sancionador como medida de terminación convencional del procedimiento administrativo, sin la necesidad de edición de norma sectorial específica. Además, una vez presente la mediabilidad objetiva, constatable a través de la posibilidad de transacción, los ordenamientos jurídicos de Brasil y España admiten la utilización de mediación administrativa, aplicable para la solución de conflictos medioambientales en las que las AAPP sean parte. El ámbito de las competencias discrecionales es el de mayor amplitud para la aplicación de la mediación administrativa extrajudicial.

TRIGÉSIMA SEGUNDA – *De lege ferenda*, en el ámbito regional, hace falta que UE y MERCOSUR actúen regulando el tema del acceso a la justicia ambiental de manera amplia, incorporando los ADR como mecanismos de apertura de dicho acceso. Las normas de carácter regional permiten la homogenización del tema entre los países que afrontan problemas ambientales semejantes o comparten de los mismos problemas. Tanto en el sistema brasileño como en el español es necesario el desarrollo de una norma específica sobre mediación administrativa para promover la adecuada adaptación del mecanismo al derecho público, abordando los siguientes aspectos: principios aplicables, sujetos intervinientes, naturaleza del acuerdo y consecuencias en caso de su incumplimiento, mediabilidad objetiva, mediación colectiva, derechos y garantías de los administrados, procedimiento en línea y autorización para la realización del acuerdo. Las peculiaridades del conflicto ambiental deben ser abordadas en ley que se ocupe del acceso a la justicia ambiental, dejando para la regulación específica solamente las cuestiones relacionadas con bienes ambientales específicos. En Brasil, para un mejor uso de la mediación en el ámbito de la potestad sancionadora, hace falta la regulación referente al procedimiento y definición del ámbito de aplicación, de las medidas idóneas para la reparación de daño y la sustitución de la sanción administrativa. En el ámbito medioambiental, como complemento, puede haber una disciplina específica en la

legislación sectorial pertinente para cuidar de los aspectos peculiares de cada bien o interés ambiental. En España, en el ámbito sancionador, también hace falta una disciplina de carácter general que complemente las posibilidades previstas en la LPACAP. Esta disciplina de carácter general debería regular el procedimiento de resolución de aplicación de medidas consensuales, el ámbito de aplicación, la definición de las medidas que pueden sustituir a la sanción administrativa, las consecuencias del incumplimiento del acuerdo y el monitoreo de la reparación del daño. En el ámbito ambiental, al igual que en Brasil, entendemos que una regulación sectorial complementaria es lo más adecuado para una protección ambiental más efectiva.

TRIGÉSIMA TERCERA – El cambio climático constituye uno de los temas medioambientales que más ha suscitado debates y controversias. El Acuerdo de París es la norma internacional más significativa en este tema y busca la reducción de emisiones globales de gases de efecto invernadero y limitar el aumento global de la temperatura que afectan al cambio climático a medio y largo plazo, a través de políticas de mitigación y adaptación. Cuestiones relacionadas con las políticas de mitigación y adaptación pueden generar conflictos no sólo entre las AAPP, sino también entre ellas y los administrados. Además, cuestiones relacionadas con el cambio climático pueden generar procedimientos administrativos que discuten la actuación administrativa o la inactividad de las AAPP, de manera que también será posible la aplicación de la mediación para la terminación convencional del procedimiento, en la forma que ya hemos comentado. Por tanto, la mediación sería un mecanismo idóneo para la resolución de dichos conflictos medioambientales, insertando el diálogo, consenso y participación democrática. En la normativa española, la LCCTE busca asegurar el cumplimiento del Acuerdo de París, pero no contempla de manera más amplia la utilización de la mediación o de otro ADR para la resolución de conflictos oriundos del cambio climático. Sin embargo, el artículo 28 de la LCCTE abre espacio para la utilización de la mediación para la formulación de los convenios de transición justa. En Brasil, el tema es tratado en la Ley Federal n. 12.187, de 29 de diciembre de 2009, que establece la Política Nacional de Cambios Climáticos, pero está en proceso de cambio, a través del Proyecto de Ley n.1539/2021, que justamente busca adaptar la política nacional al Acuerdo de París. Sin embargo, la Ley Federal n. 12.187, de 29 de diciembre de 2009, o el Proyecto de Ley n. 1539/2021 no tratan de la utilización de la mediación o de cualquier otro ADR para la solución de conflictos oriundos del cambio climático, restando, solamente, la posibilidad de aplicación de la Ley

Federal n. 13.140, de 26 de junio de 2015, siempre que el asunto sea mediable en la forma prevista en dicha ley. Los últimos hechos relacionados con el clima en el globo terrestre demuestran que el cambio climático es uno de los mayores retos de la contemporaneidad, de manera que los conflictos que ocurran necesitaran de una respuesta célere, flexible y plural. Por tanto, las normativas brasileña y española tienen que adaptarse a esta necesidad e incorporar medios consensuales para la resolución de conflictos de cambio climático, buscando el equilibrio entre los distintos ámbitos del desarrollo sostenible (social, económico y medioambiental).

TRIGÉSIMA CUARTA – Para que tengamos cambios efectivos en la protección ambiental es necesario tratar adecuadamente los conflictos ambientales, que exigen flexibilidad, consensualidad y participación democrática. Por tanto, se debe adoptar una nueva gobernanza para la resolución de esta categoría de conflictos, implementando la tecnología y los mecanismos de ADR, con fundamento en la buena administración y en la consolidación del Estado de Derecho Ambiental. Medidas unilaterales e imperativas no son efectivas para la resolución de conflictos con efectos globales y de naturaleza difusa. En este contexto, la mediación administrativa extrajudicial se presenta como medida idónea para la apertura de la justicia ambiental. Por ello, Brasil y España deben buscar el camino del consenso y de la democracia para la efectiva protección del medio ambiente para las generaciones presentes y futuras.

BIBLIOGRAFÍA

AGUDO GONZÁLES, J. *Concertación con la Administración y Protección del Medio Ambiente. El Programa de familias guardabosques en Colombia*. Madrid: Catarata, 2011.

AGUILERA VAQUÉS, M.; CERRILLO MARTÍNEZ, A.” La Protección Estatal del Medio Ambiente”, en AGUILERA VAQUÉS, M., et all. *Derecho del Medio Ambiente – Material docente de la UOC*. Barcelona: Universitat Oberta de Catalunya, 2014.

AGUIRRE, C. E. *Mediação em empresas familiares* (Dissertação de Mestrado). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP, 2019.

AGUIRRE DE CASTRO, R. P. (Coord.). *Lei de Responsabilidade Fiscal: Ensaio em Comemoração aos 10 anos da Lei Complementar n. 101-2000*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

ALBUQUERQUE, N. “Os métodos de resolução extrajudicial em ambiente electrónico”, en FONSECA, I. C. M. (Coord.). *A Mediação Administrativa: contributos sobre as (im)possibilidades*. Lisboa: Almedina, 2019, pp. 345-359.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N. *Proceso, autocomposición y autodefensa*. Segunda edición. México: UNAM, 1970.

ALEXANDER, N. M.; GOTTWALD, W.; TRENCZEK, T. Mediation in Germany: The Long and Winding Road. [en línea]. *Global Trends in Mediation*, diciembre 29, 2003. [consulta: 30 noviembre 2021]. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3756904>.

ALGUACIL GÓMEZ, J. Los desafíos del nuevo poder local: la participación como estrategia relacional en el gobierno local. [en línea]. *Polis*, 12, 2005. [consulta: 20 enero 2020]. Disponible en: <http://journals.openedition.org/polis/5614>.

_____. Administración relacional. *Eunomía - Revista en Cultura de la Legalidad*, n. 2, marzo – agosto 2012, p. 152-160.

ALLESSIE, D.;SOBOLEWSKI, M.; VACCARI, L.; PIGNATELLI, F. (Editores). *Blockchain for digital government*. [en línea]. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2019. [consulta: 08 mayo 2022]. Disponible en: <https://doi.org/10.2760/94273>.

ALVARENGA, D.; FERREIRA, K. Do mediador advogado público: não existe suspeição quando não existem perdedores. [en línea]. *Tribuna da Advocacia Pública – JOTA*, de 17 de octubre de 2020. [consulta: 07 abril 2021]. Disponible en: <https://www.jota.info/opinioe-analise/colunas/tribuna-da-advocacia-publica/do-mediador-advogado-publico-17102020>

ALVAREZ ALVAREZ, J. *Burocracia y poder político en el régimen franquista (El papel de los Cuerpos de funcionarios entre 1938 Y 1975)*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1984.

ALVES DE OLIVEIRA, G. A Burocracia Weberiana e a Administração Federal Brasileira. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, n. 4, jul./dec. 1970, pp. 47-74.

AMAYA ARIAS, A. M. *El principio de no regresión en el derecho ambiental*. Madrid: Iustel, 2016.

ANDRADE MOREIRA, R. O STF e a Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. Perdemos a batalha, mas não a guerra. [en línea]. *Revista Jus Navigandi*. Teresina, año 19, n. 3845, 10 de enero de 2014. [consulta: 2 noviembre 2021]. Disponible en: <https://jus.com.br/artigos/26358>.

ANDRÉS SEGOVIA, B. Inteligencia artificial en el sector público ante el Covid-19. [en línea]. *Instituto de Derecho Iberoamericano*, junio 16, 2020. [consulta 10 octubre 2020]. Disponible en: <<https://idibe.org/tribuna/inteligencia-artificial-sector-publico-ante-covid-19/>>.

APODACA ESPINOSA, A. R. D. El Acceso a la Justicia Ambiental a nivel comunitario y en España veinte años después del Convenio de Aarhus. [en línea].

Revista Catalana de Dret Ambiental, Vol. IX, n.1, 2018, p. 01-53.

DOI: <https://doi.org/10.17345/rcda9.1> [consulta: 16 abril 2022]. Disponible en: <https://www.semanticscholar.org/paper/El-acceso-a-la-justicia-ambiental-a-nivel-y-en-a%C3%B1os-Espinosa/595984bc78890cc8267acf71a08ed212123a4fae>.

APOLINÁRIO DE ALENCAR, L. Z. *O novo Direito Administrativo e Governança Pública. Responsabilidade, metas e diálogo aplicado à Administração Pública do Brasil*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018.

ARAGÃO, A. S. D. A arbitragem no Direito Administrativo. *Revista de Arbitragem e Mediação*, n. 54, pp. 25-63, jul/set 2017.

ARANDA, J. El Estado de Derecho Ambiental: Concepto y perspectivas de desarrollo en Chile. [en línea]. *Justicia Ambiental*, pp. 23-38, 2013. [consulta: 19 septiembre 2021]. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2411763>.

ARENDT, H. *La condición humana*. 1ª edición, 1ª reimpresión. Barcelona: Ediciones Paidó Ibérica, 1996.

ARENILLA SÁEZ, M. “Marco teórico actual de la Administración Pública”, en ARENILLA SÁEZ, M (Ed.). *Crisis y reforma de la Administración Pública*. Madrid: Netbiblio, 2011, pp. 01-137.

_____. Cuatro décadas de modernización vs. reforma de la Administración pública en España. [en línea]. *Methados.revista de ciencias sociales*, 2017, n. 05, pp. 302-317. [consulta: 19 abril 2020]. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.17502/m.rcs.v5i2.190>.

ASSIS RODRIGUES, G. D. *Ação Civil Pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

AVILÉS NAVARRO, M. *La mediación intrajudicial en el orden Contencioso-Administrativo: evolución hacia una nueva realidad*. Madrid: Instituto de Justicia y Litigación “Alonso Martínez” – Universidad Carlos III de Madrid, 2015.

_____. La Mediación en el orden jurisdiccional contencioso administrativo en España. *Revista Acta Judicial*, n. 6, 2020, pp. 24-47.

AVRITZER, L.; SANTOS, B.D.S. “Para ampliar o cânone democrático”, en SANTOS. B.D.S. (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos para a democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2002, pp. 42-50.

BACELAR FILHO, R.F. A Administração Pública entre o direito público e o direito privado. [en línea]. *Revista da Procuradoria Geral do Município de Belo Horizonte – RPGMBH*, Belo Horizonte, año 4, n. 8, p. 203-226, jul/dic.2011, pp. 203-226. [consulta: 22 junio 2020]. Disponible en: <http://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2017/05/administracao-publica-direito-publico-privado.pdf>.

BAIGÚN, D. *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*. Buenos Aires: Depalma, 2000.

BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Curso de Direito Administrativo*. Vigésima cuarta edición. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

_____. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. Tercera edición. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BAÑO LEÓN, J. M. “La Tutela Judicial del Medio Ambiente y la Defensa de los Intereses Municipales”, en ESTEVE PARDO, J. (Coord.). *Derecho del Medio Ambiente y Administración Local*. 2ª ed. Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local, 2006, p. 371-387.

BARBOSA MOREIRA, J. C. A legitimação para a defesa dos interesses difusos no direito brasileiro. *Revista Forense*, v. 276, 1981, pp.01-06.

BARBOSA MOREIRA, J. C. “A proteção jurisdiccional dos interesses coletivos e difusos”, en PELLEGRINI GRINOVER, A. *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Editora Max Limonad, 1984, pp. 105-112.

BAR CEDÓN, A. El Libro Blanco “La Gobernanza Europea” y la reforma de la Unión. *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, n. 22, 31 dez. 2001, pp. 03-18.

BARONA VILAR, S. *Solución extrajudicial de conflictos – “Alternative dispute resolution” (ADR) y Derecho Procesal*. Valencia: Tirant lo Blanch alternativa, 1999.

_____. Fomento de las ADR en España (Hacia un sistema de tutela plural del ciudadano que permita la desconflictivización y la búsqueda de la paz social). *Revista Seqüência*, n. 51, p. 169-201, dec. 2005.

_____. “Arbitraje en España: A la búsqueda de un lugar adecuado en el marco de la justicia”, en BARONA VILAR, Silvia (Dir.). *Arbitraje y Justicia en el siglo XXI*. Navarra: Aranzadi, 2007, pp. 25-58.

_____. “El arbitraje”, en MONTERO AROCA, J. et. all. *Derecho Jurisdiccional II – Proceso civil*. Decimonovena edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

_____. *Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles en España. Tras la aprobación de la Ley 5-2012, de 6 de julio*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013.

_____. *Algoritmización del Derecho y de la Justicia: De la Inteligencia Artificial a la Smart Justice*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.

BARACHO, J.A.D.O. O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução. *Revista Faculdade Direito Universidade Federal Minas Gerais*, v. 35, 1995, pp.13 - 52.

BARRA, R. C.; AGUIRRE DE CASTRO, R. P. Administración pública consensual: un análisis entre el modelo burocrático y responsable (“gerencial”). *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte: n. 114, jan./jun. 2017, p. 473/496.

BARRIO ANDRÉS, M. *Manual de derecho digital*. Primera edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

_____. “Hacia la regulación de la inteligencia artificial”, en BELANDO GARÍN, B.; MARIMÓN DURÁ, R. (dirs.). ANDRÉS SEGOVIA, B.; MARTÍ MIRAVALLS, J. (coords.). *Retos del Mercado Financiero Digital: Logros y Proyectos*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2021, pp. 35 -53.

BASTOS, C. “A tutela dos interesses difusos no direito constitucional brasileiro”, en Revista de Processo, n.23, São Paulo: RT, jul-sept. 1981, 53-62.

BAUMAN, Z.; BORDONI, C. *Estado de Crisis*. Madrid: Editorial Paidó, 2016.

BAUZÁ MARTORELL, F. J., *El acto previo. Del mito a la realidad*, Iustel, Madrid, 2021.

BECK, U. *Sociedade de risco: Rumo a uma outra modernidade*. Segunda edición. São Paulo: Editora 34, 2011.

BELANDO GARÍN, B. “La mediación administrativa: una realidad jurídica”, en LOPÉZ RAMÓN, F. (Coord.). *Las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias y la resolución extrajudicial de conflictos*. Actas del X Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 2015, pp. 265-273.

_____. “La Mediación Administrativa. Entre el derecho a una buena administración y la renovación de la Justicia”, en AGUDO GONZÁLEZ, Jorge (Dir.). *Control 4 y Justicia Administrativa*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 2016, pp. 203-220.

_____. “Las posibilidades de la mediación administrativa: concepto y ámbitos”, en FONSECA, I. C. M. (Coord.). *A Mediação Administrativa: contributos sobre as (im)possibilidades*. Lisboa: Almedina, 2019, pp. 39-63.

_____. “La respuesta europea para la supervisión de las FINTECH: avanzando hacia la *Smart Regulation*”, en BELANDO GARÍN, B.; MARIMÓN DURÁ, R. (Dirs.).

ANDRÉS SEGOVIA, B.; MARTÍ MIRAVALLS, J. (coords.). *Retos del Mercado Financiero Digital: Logros y Proyectos*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2021.

_____. “El derecho administrativo en movimiento”, en BARONA VILAR, S. (ed.). *Meditaciones sobre Mediación (MED +)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022, pp. 653-676.

BELLOSO MARTÍN, N. Formas alternativas de resolución de conflictos: experiencias en Latinoamérica. [en línea]. *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, ene. 2004, pp. 173-202. [consulta 03 marzo 2020]. DOI: <https://doi.org/10.5007/%x..>
Disponible en:
<<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15239/13858>>.

_____. Un nuevo reto para las políticas públicas: posibilidades de una mediación ambiental ‘sostenible. [en línea]. *Seminário Internacional de Mediação de Conflitos e Justiça Restaurativa*, Santa Cruz do Sul, pp. 1-22, 2013. [consulta: 09 enero 2022].
Disponible en:
https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/mediacao_e_jr/article/view/10876/1407.

BELLVER CAPELLA, V. *Ecología: de las razones a los hechos*. Granada: Ecorama, 1994.

BELTRÁN CASTELLANOS, J. M. Instrumentos para la efectividad del Régimen de la Responsabilidad Medioambiental. Navarra: Aranzadi, 2018.

BELTRAN VILLALVA, M. De la reforma de la Administración al control de calidad de los servicios públicos. *Gestión pública y democracia – GAPP*, n. 5-6. Enero-agosto 1996, pp. 05-16.

BENALCAZAR GUERRÓN, J. C. *Los actos administrativos consensuales: una técnica para el ejercicio de la participación ciudadana en las decisiones de la administración pública*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

BENJAMIN, A. H. “Constitucionalização do Ambiente e Ecologização da Constituição Brasileira”, en CANOTILLHO, J. J. G.; MORATO LEITE, J. R. (Orgs.). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. Cuarta edición. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 77-226.

BETACOR RODRÍGUEZ, A. *Instituciones de Derecho Ambiental*. Madrid: La Ley, 2001.

BESSA ANTUNES, P. D. *Direito Ambiental*. Vigésima segunda edición. São Paulo: Atlas, 2021.

BESSO, C. La Mediazione Italiana: Definizioni e Tipologie. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. vol. VI, jul-dez. 2010, pp. 248 -269.

BERCOVICI, G. “Tentativa de instituição da democracia de massas no Brasil: instabilidade constitucional e direitos sociais na Era Vargas (1930-1964)”, en SEELANDER, A. C.; FONSECA, R. M. (Orgs.). *História do Direito em perspectiva: do Antigo Regime à Modernidade*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 376-414.

BIGNAMI, F. “Comparative Administrative Law” [en línea], en BUSSANI, M.; MATTEI, U. (Coord.). *The Cambridge Companion to Comparative Law*, GWU Legal Studies Research Paper No. 2012-115, Cambridge University Press, 2012. [consulta: 23 febrero 2019]. Disponible en: <<https://ssrn.com/abstract=2171307>>.

BINENBOJM, G. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 3º Edición. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BINGHAM, G. *Resolving Environmental Disputes: A Decade of Experience*, The Conservation Foundation, Washington DC, 1986.

BLOMGREN BINGHAM, L. The Next Generation of Administrative Law: Building the Legal Infrastructure for Collaborative Governance. *Wisconsin Law Review*, 2010, pp. 298-356.

BLANES CLIMENT, M. A. *La transparencia informativa de las Administraciones públicas. El derecho de las personas a saber y la obligación de difundir información pública de forma activa* (Tesis doctoral). [en línea]. Alicante: Universidad de Alicante, 2013. [consulta: 17 abril 2021]. Disponible en: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/35719/3/tesis_miguelangel_blanescliment.pdf.

BÔAS CUEVA, R. V. “Integração dos meios de resolução de conflitos online (ODR) aos sistemas de justiça”, en FUX, L; ÁVILA, H.; XAVIER CABRAL, T. N. (coords.). *Tecnologia e Justiça Multiportas*. Indaiatuba: Editora Foco, 2021, pp.43-52.

BOBBIO, N. *As ideologias e o Poder em Crise*. Cuarta edición. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BOBBIO, N. *A era dos direitos*. COUTINHO, C. N. (traducción). Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, N.; FACCHI, R. *Locke y el derecho natural*. 2017: Tirant humanidades.

BOCKMANN MOREIRA, E.; CUÉLLAR, L. “Administração Pública e Mediação: Notas Fundamentais”, en CUÉLLAR, L. et al. *Direito Administrativo e Alternative Dispute Resolution: Arbitragem, Dispute Board, Mediação e Negociação. Com comentários à legislação do Rio de Janeiro, São Paulo e União sobre arbitragem e mediação em contratos administrativos e desapropriações*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, pp. 43-74.

BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*, 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *A Evolução Constitucional do Brasil. Estudos Avançados*. [en línea]. Vol. 14, Número 40, 2002, pp. 155-176. [consulta: 10 abril 2020]. Disponible en: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v14n40/v14n40a16.pdf>.

_____. “As Nascentes do Constitucionalismo Luso-Brasileiro, Uma Análise Comparativa” [en línea], en CARBONEL, M. (Coord.). *Derecho Constitucional*:

Memoria del Congreso Intercacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. México: UNAM, 2004, pp. 197-235. [consulta: 10 abril 2020]. Disponible en: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1510/9.pdf>>.

_____. As bases principiológicas da Responsabilidade do Estado. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 16. Madrid: 2012, pp. 61-67.

BONILLA, M. H. S.; OLIVEIRA, P. C. S. D. “Inclusão digital: ambiguidades em curso”, en BONILLA, M. H. S.; PRETTO, N.D.L. *Inclusão digital: polêmica contemporânea*. Salvador: EDUFBA, v. 2, 2011, pp.23-48.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Urna eletrônica: 20 anos a favor da democracia*. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 2016.

BRASIL. *Sociedade da Informação – Livro Verde*. Takahashi, T. (org.). Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Manual de Mediação Judicial*. GOMMA DE AZEVEDO, André (Org). Sexta edición. Brasília: CNJ, 2016.

BRESSER PEREIRA, L. C. Da Administração Pública Burocrática à Gerencial. *Revista do Serviço Público*, v. 47, n. 1, 1996, pp. 07-40.

_____. A reforma do Estado nos anos 90: Lógica e Mecanismos de Controle [en línea]. *Lua Nova - Revista de Cultura Política*, n. 45, 1998, pp.49-95. [consulta: 07 marzo 2020]. Disponible en: <http://www.bresserpereira.org.br/papers/1998/A_reforma_do_Estado_dos_anos_90.pdf>.

_____. A reforma gerencial do Estado de 1995. *Revista de administração pública*, v. 34, n. 4, 2000, pp. 7-26.

_____. “Do Estado Patrimonial ao Gerencial”, en PINHEIRO, S.; WILHEIM, J.; SACHS, I. (Orgs.). *Brasil: Um Século de Transformações*. São Paulo: Cia. das Letras, 2001.

BRUGUÉ, Q. “Una administración que habla es una administración que piensa”, en PÉREZ, I. C. et al. (Coords.). *Participación ciudadana para una Administración deliberativa*. Zaragoza: Gobierno de Aragón. Dirección General de Participación Ciudadana, 2009. p. 55-72.

BUJOSA VADELL, L. *La protección jurisdiccional de los intereses del grupo*. Barcelona: Bosch, 1995.

BUJOSA VADELL, L.; PALOMO VÉLEZ, D. Mediación electrónica: Perspectiva europea. [en línea]. *Ius et Praxis*, vol. 23, núm. 2, 2017, Universidad de Talca, Chile, pp. 51-78. [consulta: 13 junio 2021]. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19754349003>.

BUSTILLO BOLADO, R. O. *Convenios y Contratos Administrativos: Transacción, Arbitraje y Terminación Convencional del Procedimiento*. 3ª edición. Navarra: Aranzadi, 2010.

_____. “El desarrollo sostenible como concepto jurídico y como principio constitucional”, en BUSTILLO BOLADO, R. O.; GÓMEZ MANRESA, M. F. (dir). *Desarrollo sostenible: análisis jurisprudencial y de políticas públicas*. Navarra: Aranzadi, 2014.

_____. “Las Administraciones Públicas actuando como mediadoras en conflictos jurídicos entre terceros. La experiencia española”, en FONSECA, I. C. M. (Coord.). *A Mediação Administrativa: contributos sobre as (im)possibilidades*. Lisboa: Almedina, 2019, pp. 65-78.

CARBALLO MARTÍNEZ, G. *La Mediación Administrativa y el Defensor del Pueblo*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2008.

_____. La mediación administrativa. Algunas propuestas para su implementación en el régimen jurídico administrativo y procesal. *Revista Jurídica de Castilla y León*, 29, 2013, pp. 261-279.

_____. “La mediación administrativa sancionadora como instrumento de convivencia de la ciudadanía en la Administración local”, en LLORIA GARCÍA, P. (Dir.). *Convivencia ciudadana: mediación, conciliación y técnicas de prevención y resolución del conflicto ciudadano*. Madrid: Iustel, 2018, pp. 25-55.

CALDERÓN, C.; LORENZO, S. *Open Government. Gobierno Abierto*. Jaén: Algón Editores MMX, 2010.

CÂMARA, A. F. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2017.

CAMPOS ACUÑA, C. “Administración Digital e inteligencia artificial: ¿un nuevo paradigma del Derecho Público?”, en RAMÍO, C. (Coord.). *Repensando la Administración Pública. Administración digital e innovación pública*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 2021, pp. 109-142.

CANOTILHO, J. J. G. “Estado Constitucional Ecológico e democracia sustentada”, en SARLET, I. W. (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, pp. 493-508.

CANOTILHO, J. J. G. “O direito ao ambiente como direito subjetivo”, en CANOTILHO, J. J. G. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora. 2004, pp. 177-189.

CANTO SÁENZ, R. Participación ciudadana, pluralismo y democracia. [en línea]. *Tlaximelaua*, Puebla, v. 10, n. 41, 2017, pp. 54-75. [consulta: 23 febrero 2019]. Disponible en http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S187069162017000100054&lng=es&nrm=iso.

CAPPELETTI, M.; GARTH, B. *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivo los derechos*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

CARBONELL PORRAS, E. “Los intereses colectivos en la jurisdicción contencioso-administrativa”, en CARBONELL PORRAS, E. (Dir.). CABRERA MERCADO, R. (Coord.). *Intereses colectivos y legitimación activa*. Navarra: Aranzadi, 2014, pp. 33-103.

CARNELUTTI, F. *Lezioni di Diritto Processuale Civili*. V. 1. Padova: CEDAM, 1986.

CASADO CASADO, L. Acceso a la información, Participación Pública y Acceso a la Justicia en materia de Medio Ambiente: veinte años del Convenio de Aarhus. [en línea]. *Revista Catalana de Dret Ambiental*, Vol. IX, n.1, 2018, p.01-10. [consulta: 14 abril 2022]. Disponible en: <https://doi.org/10.17345/rcda9.1>.

CASADO CASADO, L.; FUENTES I GASÓ, J.R. “Los efectos de la pandemia de la covid-19 sobre la Administración de Justicia. Especial referencia al ámbito contencioso-administrativo”, en FUENTES I GASÓ, J.R. *et all* (editores). *El impacto social del Covid-19. Una visión desde el derecho*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

CARRILLO DONAIRE, J. A. “Buena Administración, ¿un principio, un mandato o un derecho subjetivo?”, en SANTAMARÍA PASTOR, J. A. *Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo*. 1ª. edición. Madrid: La Ley, 2010, pp. 1137 -1165.

_____. Derecho, técnica y riesgo: el principio de precaución en el ámbito medioambiental. *Revista de Fomento Social*, 2016, pp.247-259;

CASSESE, S. New Paths for Administrative Law: A Manifesto. [in línea]. *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 10(3), 2012, p. 603-613. [consulta: 10 febrero 2018]. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/icon/mos038>.

CASTAÑÓN DEL VALLE, M. “Responsabilidad Administrativa Ambiental”, en VERCHER NOGUEIRA, A.; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.; CASTAÑÓN DEL

VALLE, M. *Responsabilidad Ambiental: Penal, Civil y Administrativa*. Madrid: ECOIURIS, 2003.

CASTELLÀ ANDREU, J. M. *Los derechos constitucionales de participación política en la Administración Pública*. Barcelona: Cedecs, 2001.

CASTELLS, M. *La era de la información. Economía, Sociedad y Cultura. Vol.1. La Sociedad Red*. Madrid, Alianza Editorial, 1996.

_____. *Information Technology, Globalization and Social Development*. UNRISD Discussion Paper No. 114, September 1999a, pp. 01-23.

_____. et al. *Globalización, identidad y estado en América Latina*. Santiago de Chile: PNUD, 1999b.

_____. *¿Hacia el estado red?: globalización económica e instituciones políticas en la era de la información*. São Paulo: Tribunal de Contas de Santa Catarina, 1998. Brasil. Ministério de Administração Federal e Reforma do Estado. Seminario sobre Sociedad y Reforma del Estado. São Paulo, 26-28 marzo 1998.

_____. *Ruptura: A crise da democracia liberal*. D'AVILA MELO, J. A. (trad.). Primera edición. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

CERRILLO i MARTÍNEZ, A. El impacto de la inteligencia artificial en el derecho administrativo nuevos conceptos para nuevas realidades técnicas. *Revista General de Derecho Administrativo*, n.50, enero 2019.

_____. Datos masivos y datos abiertos para una gobernanza inteligente. *El profesional de la Información*, vol. 27, núm. 5, 2018, p. 1128-1135.

CIERCO SEIRA, C. El principio de precaución: reflexiones sobre su contenido y alcance en los derechos comunitario y español. *Revista de administración pública*, n. 163, 2004, pp. 73-126.

CINTRA, A.; PELLEGRINI GRINOVER, A.; DINAMARCO, C. R. *Teoria Geral do Processo*. Vigésima novena edición. São Paulo: Malheiros, 2013.

COCOO, G. (org). *Gabinete Virtual: análise de uma experiencia*. Porto Alegre: Companhia Rio-grandense de Artes Gráfica (CORAG), 2013.

COLAÇO ANTUNES, L. F. *Direito Público do Ambiente: Diagnose e Prognose da tutela processual da paisagem*. Coimbra: Almedina, 2008.

CORVALÁN, J. G. Administración Pública digital e inteligente: transformaciones en la era de la inteligencia artificial. [en línea]. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 8, n. 2, mayo/ago. 2017, pp. 26-66. [consulta: 30 enero 2020]. DOI: 10.7213/rev.Dir.econ.soc.v8i2.19321.

CORREA, R. A dimensão econômica e o desenvolvimento sustentável sob a ótica de Juarez Freitas. [en línea]. *Revista Direito à Sustentabilidade*, v. 1, n. 2, 2015, pp. 73-81. [consulta: 25 diciembre 2021]. Disponible en: <https://e-revista.unioeste.br/index.php/direitoasustentabilidade/article/view/12354>.

COSCULLUELA MONTANER, L. *Manual de Derecho Administrativo*. 28ª Edición. Navarra: Editorial Civitas, 2017.

COSTA MOREIRA, R. M. *Acordos Ambientais e os limites do inegociável*. Londrina: Editora Thoth, 2021.

COTINO HUESO, L. Confidencialidad y protección de datos en la mediación en la Unión Europea. [en línea]. *Rev. IUS, Puebla*, v. 12, n. 41, p. 311-341, jun. 2018. [consulta: 05 julio 2021]. Disponible en <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S187021472018000100311&lng=es&nrm=iso>.

CRIADO GRANDE, J; I.; RAMILO ARAUJO, M. C.; SALVADOR SERNA, M. ¿Administración electrónica o administración relacional? Hacia un nuevo modelo de

relaciones interadministrativas y externas en el sector público. *VII Jornadas TECNIMAP*, p. 15-18, 2002.

CUÉLLAR, L. *Introdução às Agências Reguladoras Brasileiras*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

CURY, C. F. “Mediação”, en: *Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos*. ZANETI JÚNIOR, H.; XAVIER CABRAL, T. N. (Coords.). Salvador: JusPodivm, 2018, p. 478-492.

DA CUNHA, A. G. *Dicionário Etimológico Nova Fronteira da Língua Portuguesa*. Segunda edición. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996.

DAHLGREN, P. “Mejorar la participación: la democracia y el cambiante entorno de la web”, en CHAMPEAU, Serge; INNERARITY, Daniel (comps.), *Internet y el futuro de la democracia*. Barcelona: Paidós, Serie Estado y Sociedad. 2012. p. 45-67.

DALLA BERNARDINA DE PINHO, H. O novo CPC e a mediação: reflexões e ponderações. [en línea]. *Revista de informação legislativa*, v. 48, n. 190 t.1, 2011, p. 219-235. [consulta: 04.01.2021]. Disponible en: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242895>.

_____. A Releitura do Princípio do Acesso à Justiça e o Necessário Redimensionamento da Intervenção Judicial na Resolução dos Conflitos na Contemporaneidade. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 1, set.-dez., 2019, pp. 241-271.

DALLA BERNADINA DE PINHO, H.; PEDROSA PAUMGARTTEN, M. Os efeitos colaterais da crescente tendência à judicialização da mediação. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 11, n. 11, 2013, pp. 184-216.

DA SILVA JÚNIOR, S. R. *La mediación de conflictos ambientales: una visión sistémico-funciona hacia el desarrollo sostenible*. 1ª edición. Navarra: Arazandi, 2019.

DE LA CALLE VELASCO, M. D. Sobre los orígenes del Estado social en España. *Ayer*, n. 25, pp. 127-150, 1997.

DELGADO PIQUERAS, F. La Alternative Dispute Resolution Act de los Estados Unidos: introducción traducción y notas. *Revista de Administración Pública - RAP*, n. 131, mayo-agosto, 1993, pp. 557-569.

_____. *La terminación convencional del procedimiento administrativo*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 1995.

DEL LLANO, C. H. “La configuración del derecho a una buena administración como nuevo derecho frente al poder”, en *Revista Pensamiento Constitucional*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Año XVI, n. 16, 2016, pp. 157-170.

DE MORAIS SALES, L. M.; ALMEIDA DE SOUSA, M. O sistema de múltiplas portas e o judiciário brasileiro. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 5, n. 16, p. 204-220, 2011.

DIDIER JR., F. *Curso de direito processual civil. Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. “El Arbitraje y la Mediación”, en *Curso de Derecho Procesal Civil II – Parte Especial*. OLIVA SANTOS, A. D. L. et. all. (Coord.). Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2014.

DINIZ, E. H. et al. O governo eletrônico no Brasil: perspectiva histórica a partir de um modelo estruturado de análise. [en línea]. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 43, n. 1, pp. 23-48, jan. 2009. ISSN 1982-3134. [consulta: 11 mayo 2020]. Disponible en: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/6678/5261>.

DROMI, R. *Derecho Administrativo*. 13ª Edición, Tomo 1. Buenos Aires: Hispania Libros, 2015.

ENTELMAN, R.F. *Teoría de conflictos. Hacia un nuevo paradigma*, Barcelona: Gedisa, 2002.

ESCUÍN PALOP, V. “En torno a la buena administración”, en FERNÁNDEZ CARBALLAL, A.; DEL GUAYO CASTIELLA, I. (Coord.). *Los desafíos del derecho público en el siglo XXI. Libro conmemorativo del XXV Aniversario del acceso a la Cátedra del Profesor Jaime Rodríguez-Arana Muñoz*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 2019, pp.325 -344.

ESPLUGUES BARONA, C. *Arbitraje y Derecho Administrativo. Teoría y Realidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

_____. Mediación y Arbitraje en derecho administrativo español. *Revista Boliviana de Derecho*, n. 27, 2019, pp.248-271.

ESPUNY TOMÁS, M; PAZ TORRES, O. (Directores). *Esquemas de historia del derecho social y de las instituciones laborales*. Segunda edición. Tomo XXVIII. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

ESPUNY TOMÁS, M. J.; PAZ TORRES, O.; CAÑABATE PÉREZ, J. (Coords.). *Un siglo de derechos sociales: a propósito de la celebración del centenario de la creación Instituto de Reformas Sociales*. Bellaterra: Universitat Autònoma de Barcelona, Servei de Publicacions, 2006.

ESTEVE PARDO, J. Principio de precaución. El derecho ante la incerteza científica. *Revista jurídica de Catalunya*, v. 102, n. 3, 2003, pp. 689-700.

_____. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Novena edición. Madrid: Marcial Pons, 2019.

EVANS, M. “Participação Social: Lições aprendidas da Europa” [en línea], en ANTERO, S.A.; SALGADO, V. A. B. (Orgs.). *Participação Social: textos para discussão*. Fundação Instituto para o Fortalecimento das Capacidades Institucionais – IFICI, Agência Espanhola de Cooperação Internacional para o Desenvolvimento –

AECID, Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MPOG, Volume 6, Editora IABS, Brasília: 2013, pp. 11-105. [consulta: 10 junio 2021]. Disponible en: <http://www.gespublica.gov.br/biblioteca/pasta.2013-0322.7520531906/vol_6_participacao_social.pdf>.

ESCUIN PALOP, V. “Régimen General de los Recursos Administrativos”, en GAMERO CASADO, E. (Dir.). *Tratado de Procedimiento Administrativo Común Y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*. Tomo II. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, pp. 2371 - 2423.

ESCRIBANO COLLADO, P.; LÓPEZ GONZÁLEZ, J. I. El medio ambiente como función administrativa. *Revista Española de Derecho Administrativo – REDA*, n. 26, julio-septiembre, 1980, pp. 367-385.

ETXEBERRIA GURIDI, J. F. “Últimas novedades respecto de la mediación en el orden contencioso-administrativo”, en BARONA VILAR, S. (editora). *Justicia Civil y Penal en la era Global*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2017.

EZEIZABARRENA SAÉZ, X. La terminación convencional del procedimiento de evaluación del impacto ambiental. *Revista de Administración Pública*, núm. 160, pp. 251-282.

FENSTERSEIFER, T. *Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FACHIN, L.E.; MARTINS DA SILVA, R. Z. “Direito, Inteligência Artificial e Deveres: Reflexões e Impactos”, en FUX, L.; ÁVILA, H.; XAVIER CABRAL, T. N. (Coords.). *Tecnologia e Justiça Multiportas*. Indaiatuba: Editora Foco, 2021, pp. 13-20.

FAIRÉN GUILLÉN, V. *El tribunal de las aguas de Valencia y su proceso: (oralidad, concentración, rapidez, economía)*. 2ed. Valencia: Caja de Ahorros de Valencia, 1988.

FERNÁNDEZ PÉREZ, A. Cláusulas escalonadas multifunción en el arreglo de controversias comerciales internacionales. *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2017), Vol. 9, n. 1, pp. 99-124.

FERNÁNDEZ-RÍOS, M. “Aspectos positivos y negativos del conflicto”, en MORALES, J.F.; YUBERO JIMÉNEZ, S. (Coords.). *El grupo y sus conflictos*. Cuenca: Universidad de Castilla de la Mancha, 1999, pp. 25-46.

FERNÁNDEZ SALDÍAS, M. I. Desafíos de la mediación en la administración del Estado. XXI Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Santiago, Chile, 8 - 11 nov. 2016.

FERNÁNDEZ SANTILLÁN, J. *Hobbes y Rousseau: entre la autocracia y la democracia*. México D.F: FCE - Fondo de Cultura Económica, 2015.

FERRAJOLI, L. *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Segunda Edición. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

FERRANDIZ MARTÍNEZ, A. A propósito del desarrollo sostenible: origen, evolución y teorías alternativas. [en línea]. *Terra*, 2016, núm. 2, pp.74-96. ISSN: 2386-9968. DOI: 10.7203/terra.2.8216. [consulta 16 abril 2022]. Disponible en: <https://ojs.uv.es/index.php/TERRA/article/view/8216>.

FERRAZ FONSECA, I. et al. Audiências públicas: fatores que influenciam seu potencial de efetividade no âmbito do Poder Executivo federal. *Revista do Serviço Público*, 2013, vol. 64, no 1, p. 7-29.

FERRAZ, S. Responsabilidade civil por dano ecológico. *Revista de Direito Público*, n.49-50. São Paulo: RT, 1979.

FERRAZ, L. *Controle e Consensualidade: Fundamentos para o controle consensual da Administração Pública (TAG, TAC, SUSPAD, acordos de leniência, acordos substitutivos e instrumentos afins)*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

FERRAZ, L. Mediação e arbitragem nas desapropriações: faculdade ou dever?. [en línea]. *COJUR*, 03 de octubre de 2019. [consulta: 08 abril 2021]. Disponible en: <https://www.conjur.com.br/2019-out-03/interesse-publico-mediacao-arbitragem-desapropriacoes-faculdade-ou-dever>.

FERREIRA FILHO, M.D.S. O Procurador do Estado como mediador de conflitos: incompatibilidade ou autonomia da vontade?. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, año 17, n. 200, pp. 72-79, out. 2017.

FERREIRA LEMES, S. *Arbitragem na Administração Pública: Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica*. São Paulo, Quartier Latin, 2007.

_____. “Cláusula escalonada ou combinada: mediação, conciliação e arbitragem”, en FINKELSTEIN, C.; VITA, J. B.; FILHO, N. C. (Coords.). *Arbitragem internacional, UNIDROIT, CISG e Direito Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

FIGUERUELO BURRIEZA, A. “Aspectos constitucionales del Derecho al Medio Ambiente”, en BUJOSA VADELL, L. (Dir.); BUENO DA MATA, F. *Drones, Investigación y Medio Ambiente*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2021, pp. 17-32.

FISHER, R.; URY, W. *Getting to Yes. Negotiating Agreement Without Giving In*. New York: Penguin Books, 2011.

FONSECA, I. C. M. “*Due processo of law vs. arbitragem, publicidade vs. confidencialidade: uis, quid, quando, ubi, cur, quem ad modum, quibus adminiculis*”, en FONSECA, I. C. M. (Coord.). *Estudos de Conciliação, Mediação e Arbitragem: o estado da arte. Coleção Estudos Jurídicos – Mestrado em Direito Administrativo*. Braga: Núcleo de Estudos de Direito Ius Publicum, 2019, pp. 11-46.

FRANCO DEL POZO, M. *El derecho humano a un medio ambiente adecuado. Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, n. 8. Bilbao: Universidad de Deusto, 2000.

FRASER, N. *Escalas de Justicia*. MARTÍNEZ RIU, A. (trad.). Barcelona: Herder Editorial, 2008.

_____. “Redistribución, reconocimiento y participación. Hacia una concepción integrada de la justicia”, en FRASER, N.; CARBONERO GAMUNDÍ, M. A.; VALDIVIESO NAVARRO, J. M. *Dilemas de Justicia en el siglo XXI: Género y Globalización*. Palma: Universitat de les Illes Balears, 2011, pp. 291- 308.

FREITAS, J. *Discricionariade administrativa e o direito fundamental à boa Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. As Políticas Públicas e o Direito Fundamental à Boa Administração. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, v. 35.1, ene. /jun. 2015, pp. 195-217.

_____. Direito Administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflitos. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 276, pp. 25-46, set./dez. 2017.

_____. *Sustentabilidade: Direito ao futuro*. Cuarta edición. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2020.

FREITAS, J.; BELLINI FREITAS, T. *Direito e Inteligência Artificial: em defesa do humano*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2020.

GABARDO, E. *Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.

GALERA RODRIGO, S. *La Responsabilidad de las Administraciones públicas em la prevención de daños ambientales*. Madrid: Editorial Montecorvo, 2001.

GAMERO CASADO, E. El marco general de la administración electrónica en Andalucía: situación actual y necesidades normativas. *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 78, Sevilla, 2010, pp. 53-107.

_____. *Desafíos del Derecho Administrativo ante un mundo en disrupción*. Granada: Comares, 2015.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. El valor normativo de la Constitución Española. *Revista de derecho político*, N. 44, 1998. ISSN 0211-979X.

GARCIA DE ENTERRÍA, E.; RAMÓN FERNANDEZ, T. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II. Decimoquinta edición. Madrid: Thomson-Civitas, 2017.

_____. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I, Decimoprimer edición. Madrid: Thomson-Civitas, 2002.

GARCÍA DEL POYO, R. La mediación electrónica. *Revista Jurídica de Castilla y León - Dedicado a: arbitraje y mediación: Problemas actuales, retos y oportunidades*, n. 19, 2013.

GARCÍA NIETO, A. La Reforma de la Administración Pública en España. *Revista Vasca de Administración Pública*. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria, ISSN 0211-9560, N. 34, 2, 1992, p. 143-156.

GARCÍA PÉREZ, M. “El arbitraje y la Constitución española de 1978: una reflexión desde el Derecho público. Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada”, en PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J.; FERREIRO BAAMONDE, X. (Dir). *Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional)*, realizado en A Coruña, 2 y 3 de junio de 2011. [en línea]. A Coruña: Universidade Da Coruña, 2012, p. 438. ISBN: 978-84-9749-501-1. [consulta: 15 abril 2022]. Disponible en: <http://hdl.handle.net/2183/9170>.

_____. La justicia administrativa en tiempos de crisis: una apuesta por el arbitraje. [en línea]. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, v. 1, n. 1, pp. 217-232, 1 jul. 2014. [consulta 15 abril 2022]. DOI: <https://doi.org/10.14409/rr.v1i1.4612>. Disponible en: <https://bibliotecavirtual.unl.edu.ar/publicaciones/index.php/Redoeda/article/view/4612>.

_____. “La mediación intrajudicial en ejecución de sentencia. El caso del antiguo edificio de Fenosa (A Coruña, España)”, en FONSECA, I. C. M. (Coord.). *Estudos de Conciliação, Mediação e Arbitragem: o estado da arte. Coleção Estudos Jurídicos – Mestrado em Direito Administrativo*. Braga: Núcleo de Estudos de Direito Ius Publicum, 2019, pp.85-122.

GARCÍA PÉREZ, M; SANZ LARRUGA, J. F. A propósito del artículo 20 de la Ley de Cambio Climático y Transición Energética: un déja vù desde el Observatorio del Litoral. *Actualidad Jurídica Ambiental*, n. 113, junio/2021, pp. 01-08.

GARCÍA URETA, A. “El Convenio de Aarhus: Derechos de Participación y de Acceso a la Justicia”, en MAGARIÑOS COMPAIRED, A. *Derecho al conocimiento y acceso a la información en las políticas de medio ambiente*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública – INAP, 2005, pp. 17-112.

GARCÍA VILLALUENGA, L. *Mediación en conflictos familiares: una construcción desde el derecho de familia*. Madrid: Editorial Reus, 2006.

_____. Mediación en comunidades universitarias: la experiencia de la Universidad Complutense. *Revista CONFLICTOLOGY*, n. 1, p. 63-69, 2009.

_____. La mediación a través de sus principios. Reflexiones a la luz del anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia, III Época*, v. 4, 2010, pp. 717-756.

GARCÍA VILLALUENGA, L.; DE CASTRO, E. V. La mediación a debate en Europa; hacia la voluntariedad mitigada??. *Anuario de Mediación y solución de conflictos*, n. 3, 2015 pp. 21-36.

GARCÍA VILLALUENGA, L.; VÁZQUEZ DE CASTRO, E. La mediación civil en España: luces y sombras de un marco normativo. *Política y Sociedad*, Vol.50, 2013, pp.71-98.

GODOY DOTTA, Al. “El desarrollo de la política pública de educación ambiental en Brasil”, en SÁNCHEZ BRAVO, A.; GABARDO, E. (Coeditores). *Estudios sobre desarrollo socioambiental*. España: Punto Rojo, 2015, pp. 85-98.

GOMÀ, R.; BRUGUÉ, Q. Nuevos modelos de gestión y organización pública. *Autonomies – Revista Catalana de Derecho Público*, núm. 18, julio de 1994. Barcelona: Escola d’Administració Pública de Catalunya, pp. 207-229.

GONZALO-QUIROGA, M. Mediación y Cultura de Paz en los Objetivos de Desarrollo Sostenible 2030. *Polo del Conocimiento: Revista científico-profesional*, v. 6, n. 7, 2021, pp. 89-110.

GONZÁLES DE LARA MINGO, S. ¿La mediación tiene encaje en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo?. *Actualidad Administrativa*, n.11, 2021.

GONZÁLEZ MARTÍN, N. *Un acercamiento al acceso a la justicia a través de la mediación como medio alternativo de solución de conflictos*. [en línea]. México: UNAM, 2014, pp. 103-139. [consulta: 24 febrero 2022]. Disponible en: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3541/7.pdf>>.

GORDILLO, A. *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*. Tomo 1. Parte General. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2013.

GRAY, E. B. Creating History: The Impact of Frank Sander on ADR in the Courts. [en línea]. *Negotiation Journal*, October 2006, p. 445-454. [consulta: 10 abril 2021]. DOI: 10.1111/j.1571-9979.2006.00113.x. Disponible en: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1571-9979.2006.00113.x>

GÜEMES, C. Confianza en la administración pública = Trust in the Public Administration. en *EUNOMÍA*. [en línea]. *Revista en Cultura de la Legalidad*, [S.l.], pp. 231-238, oct. 2018. ISSN 2253-6655. [consulta: 10 julio 2021]. DOI: <http://dx.doi.org/10.20318/eunomia.2018.4353>. Disponible en: <<https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/4353/2897>>.

_____. “‘Wish you were here’ confianza en la administración pública en Latinoamérica”. [en línea]. *Revista de Administração Pública*, V. 53, n. 6, nov-dec 2019. DOI: <https://doi.org/10.1590/0034-761220180230>. [consulta: 15 abril 2022]. Disponible en: <https://www.scielo.br/j/rap/a/LDFZGMndL54m4QxkccjK4WN/>.

GÜEMES, M. C.; RAMÍREZ-ALUJAS, A. V. “Gobierno abierto, reforma del Estado y modernización de la gestión pública: alcances, obstáculos y perspectivas en clave Latinoamericana”, en *La Promesa de Gobierno Abierto*. HOFMAN, A.; RAMÍRES-ALUJAS, A. V.; BOJÓRQUEZ PEREZNIETO, J.A. (Coords.). Chile: Itapi Info Df, 2012, pp. 193-224.

GUTIÉRREZ, J. L. U. et al. *Mediación y tutela judicial efectiva: La Justicia del siglo XXI*. Editorial Reus, 2019.

HABERMAS, J. *La inclusión del otro*. Barcelona: Paidós, 1999.

_____. *Teoría de la Acción Comunicativa*. Madrid: Trotta, 2010.

HÄBERLE, P. “A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal”, en SARLET, I. W. (org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L. “La terminación del procedimiento administrativo”, en GAMERO CASADO, E. (Dir.). *Tratado de Procedimiento Administrativo Común Y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*. Tomo II. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, pp. 1713-1754.

HOBBS, T. *Leviathan*. Minneapolis: First Avenue Editions, a division of Lerner Publishing Group, 2018.

HUERGO LORA, A. J. *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*. Madrid: Civitas/Universidad de Oviedo, 1998.

_____. Los medios de resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho Administrativo. *Revista de Derecho Administrativo*, n. 7, 2009, pp. 94-113.

_____. “Una aproximación a los algoritmos desde el derecho administrativo”, en DÍAZ GONZÁLEZ, G. M.; HUERGO LORA, A. J. (dir.). *La regulación de los algoritmos*. Navarra: Aranzadi, 2020, pp. 23-87.

_____. El uso de algoritmos y su impacto en los datos personales. [en línea]. *Revista De Derecho Administrativo*, n.20, nov./2021, pp. 166-193. [consulta: 10 mayo 2022]. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/25207>.

IGLESIAS SEVILLANO, H. “La mediación en los recursos administrativos”, en CABRERA MERCATO, R. (Dir.); QUESADA LÓPEZ, P. M. (Coord.). *La mediación como método para la resolución de conflictos*. Madrid: Editorial Dykinson, 2017, pp.347-362.

INNES, J. E.; BOOHER, D. E. Reframing Public Participation: Strategies for the 21st Century. [en línea]. *UC Berkeley: Institute of Urban and Regional Development*, 2005, pp.419-436. [consulta: 14.07.2021]. Disponible en: <https://escholarship.org/uc/item/4gr9b2v5>.

JAQUENOD DE ZSÖGÖN, S. *Derecho Ambiental: El desafío del cambio global – ocho cuestiones clave*. Madrid: Dykinson, 2009.

_____. *Derecho Ambiental*. 2ª Edición. Madrid: Dykinson, 2013.

JOHONSOM DI SALVO, S. H. P. G. *Mediação na Administração Pública Brasileira: o desenho institucional e procedimental*. São Paulo: Almedina, 2018.

_____. “Arbitragem de conflitos na Administração Pública brasileira e o sistema multipuertas de resolução de disputas: um olhar revisitado e uma perspectiva para o futuro”, en JÚDICE MOREIRA, A.; FRANCO NASCIMBENI, A.; BEYRODT, C.;

MORAIS TONIN, M. (Coord.). *Mediação e Arbitragem na Administração Pública: Brasil e Portugal*. São Paulo: Almedina, 2020, pp.341-360.

JORDANO FRAGA, J. *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1995.

_____. El Derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado: elementos para su articulación expansiva. [en línea]. *Medio Ambiente & Derecho: Revista electrónica de derecho ambiental*, n.0, 1998. [consulta: 11 mayo 2022]. Disponible en: https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/17294/file_1.pdf?sequence=1.

_____. La Administración en el Estado ambiental de Derecho. *Revista de Administración Pública*, n. 173, 2007, pp. 101-141.

_____. “El Contencioso Ambiental: la larga marcha por el *standing to sue* en el Estado Ambiental de Derecho”, en LOPÉZ RAMÓN, F.; VALERO TORRIJOS, J. (Coord.). *20 años de la Ley de lo Contencioso-Administrativo*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 2019, pp.29-62.

_____. Desarrollo sostenible: El reto del derecho ambiental. [en línea]. *Medio Ambiente & Derecho: Revista electrónica de derecho ambiental*, n. 38, 2021. [consulta 16 abril 2022]. Disponible en: <https://huespedes.cica.es/gimadus/>.

JUÁREZ, J. A. C.; MEZA, J. N. S.; VALENCIA, J. H. *El debido proceso: una aproximación desde la jurisprudencia latinoamericana*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014.

JULIOS-CAMPUZANO, A. D. *La globalización ilustrada. Ciudadanía, derechos humanos y constitucionalismo*. Madrid: Editorial Dykinson, 2003.

JUSTEN FILHO, M. *Curso de Direito Administrativo*. Octava edición. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

JUSTINO DE OLIVEIRA, G.; SCHWANKA, C. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. [en línea]. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, ano 08, n. 32, 2008, pp.31-50. [consulta: 20 enero 2020]. Disponible en: <<http://dx.doi.org/10.21056/aec.v8i32.504>>.

KAKABADSE, A.; KAKABADSE, N. K.; KOUZMIN, A. ¿Reinventing the Democratic Governance Project through Information Technology? A Growing Agenda for Debate. *Public Administration Review*, Washington, v. 63, n. 1, p. 44-60, jan. /feb. 2003.

KOHN, C. Solidaridad y poder comunicativo: La praxis de la libertad en la filosofía política de Hannah Arendt. [en línea]. *Res publica*, 2000, pp. 73/92. [consulta: 20 enero 2020]. Disponible en: <http://revistas.um.es/respublica/article/view/26261>.

KOULU, R. Three Quests for the Justification in the ODR Era: Sovereignty, Contract and Quality Standards. [en línea]. *Lex Electronica*, Montreal, v. 19, n. 1, p. 44-71, invierno 2014. ISSN 1480-1787. [consulta 01 marzo 2020]. Disponible en: https://www.lex-electronica.org/files/sites/103/19-1_koulu.pdf.

KRÄMER, L. ‘Citizens rights and administrations’ duties in environmental matters: 20 years of the Aarhus Convention. [en línea]. *Revista Catalana de Dret Ambiental*, Vol. IX, n.1, 2018, pp. 01-26. [consulta: 06 abril 2022]. Disponible en: <https://doi.org/10.17345/rcda9.1>.

KRÜGER, K. El concepto de sociedad del conocimiento. [en línea]. *Revista bibliográfica de geografía y ciencias sociales*, v. 683, n. 11, Barcelona: Universidad de Barcelona, 2006. [en línea] [consulta: 13 junio 2019]. Disponible en: <<http://www.ub.es/geocrit/b3w-683.htm>>.

LACK, J. Appropriate Dispute Resolution (ADR): The Spectrum of Hybrid Techniques Available to the Parties. *ADR in Business. Practice and issues across countries and cultures*, v. 2, 2011.

LALAGUNA HOLZWARTH, M. La aplicación en España de Med-Arb, Arb-Med y variantes como alternativa a los ADR tradicionales. *La Ley. Mediación y Arbitraje*, n.4, (Arbitraje y mediación en Texto Refundido de la Ley Concursal: el secretario del Tribunal arbitral), octubre-diciembre 2020, ISSN-e 2660-7808.

LANDA, C. “Dignidad de La Persona Humana”, en: CANÇADO TRINDADE, A.A.; BARROS LEAL, C. (Coords.). *El Respeto a la Dignidad de la Persona Humana*. Fortaleza: IBDH/IIDH, 2015, pp. 107-137.

LANDERO, E. C. Bases fundamentales de la cultura de paz. *Eirene Estudios de Paz y Conflictos*, v. 2, n. 3, 2019, pp. 09-25.

LÁZARO CALVO, T. *Derecho Internacional del medio ambiente*. Barcelona: Atelier, 2005.

LEDDY PHELAN, J.; CÁCERES RIQUELME, J. (traduc.). Autoridad y flexibilidad en la burocracia imperial española. [En línea]. *Revista Historia y Justicia*, octubre, 2018. [consulta: 12 abril 2020]. DOI: <https://doi.org/10.4000/rhj.1312>. Disponible en: <http://journals.openedition.org/rhj/1312>.

LEME MACHADO, P. A. *Direito Ambiental Brasileiro*. 23ª Edición. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

LÍRIO DO VALLE, V. R. *Direito Fundamental à Boa Administração e Governança*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

LOPERENA ROTA, D. *Desarrollo Sostenible y Globalización*. Navarra: Thomson Aranzadi, 2003.

LOPES, D.; PATRÃO, A. “A mediação em litígios jurídico-administrativo: contributo para a delimitação do seu âmbito”, en FONSECA, I. C. M. (Coord.). *A Mediação Administrativa: contributos sobre as (im)possibilidades*. Lisboa: Almedina, 2019, pp.11-38.

LÓPEZ FERNÁNDEZ, R. “Los principios que informan el procedimiento de mediación”, en CABRERA MERCATO, R. (Dir.); QUESADA LÓPEZ, P. M. (Coord.). *La mediación como método para la resolución de conflictos*. Madrid: Editorial Dykinson, 2017, pp. 29-46.

LÓPEZ LÓPEZ, P.; SAMEK, T. Inclusión digital: un nuevo derecho humano. [en línea]. *Educación y Biblioteca*, n.172, julio/agosto, 2009, pp. 114-118. [consulta: 06 enero 2022]. Disponible en: <https://eprints.ucm.es/11567/>.

LOPEZ MENUDO, F. Arbitraje y Derecho Público. *Revista Justicia Administrativa*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 1999, pp. 05-22.

LOURENÇO LEVY, F. *Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LORENZETTI, L. R.; LORENZETTI, P. *Principios e instituciones de Derecho ambiental*. Madrid: Wolters Kluwer, 2019.

LOZANO CUTANDA, B. (Coord.). *Comentarios a la ley de responsabilidad medioambiental*. Pamplona: Aranzadi. 2008.

_____. *Derecho Ambiental Administrativo*. Décima edición. Madrid: Dykison, 2009.

LUIS, D. T.; KULESZA, G. S.; PEREIRA, L. G. D. F. (Coord.). Pesquisa Jurisprudência CBAr – 2ª fase, Relatório do Tema: Existência, Validade e Eficácia da Convenção Arbitral. [en línea]. 2017, pp. 01-53. [consulta: 05 marzo 2020]. Disponible en: <http://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2017/08/3-Relatorio-Validade-Clausula-03.08.pdf>.

LUNELLI, C. A.; MERAZ CASTILLO, A. Jurisdicción y medios alternativos de resolución de conflictos: una opción para las cuestiones ambientales. [en línea]. *Opinión jurídica*, Medellín, v. 13, n. 26, p. 17-32, Dec. 2014. [consulta: 02 enero 2022]. Disponible en:

<http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S169225302014000200002&lng=en&nrm=iso>.

MACHO GÓMEZ, C. Los ADR “Alternative Dispute Resolution” en el Comercio Internacional. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. Octubre 2013, v.5, n.2, pp.398-427. ISSN 1989-4570.

_____. Origen y evolución de la mediación: el nacimiento del “movimiento ADR” en Estados Unidos y su expansión a Europa. *ADC*, tomo LXVII, 2014, fasc. III, p. 931-996

MADDALENA, P. Il danno ambientale. *I Tribunali Amministrativi Regionali*, n.12, diciembre de 1988, pp. 433-439; y también: KROMAREK, P. “Quel droit à l’environnement ? Historique et développements”, en KROMAREK, P. (Dir.). *Environnement et Droits de l’Homme*. Paris: UNESCO, 1987, pp. 113-150.

MAGALHÃES BONIZZI, M. J.; ARMANI ALVES, M. V. “Breve análise dos meios alternativos de solução de conflitos envolvendo a Administração Pública no Brasil e em Portugal”, en JÚDICE MOREIRA, A.; FRANCO NASCIMBENI, A.; BEYRODT, C.; MORAIS TONIN, M. (Coords.). *Mediação e Arbitragem na Administração Pública: Brasil e Portugal*. São Paulo: Almedina, 2020, pp. 237-258.

MANCUSO, R. D. C. *Acesso à Justiça: Condicionantes legítimas e ilegítimas*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

_____. *Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir*. 7ª edición. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARCELLO GONÇALVES, F. Mediação Pós-Judicial: um caminho alternativo rumo à pacificação social. [en línea]. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Vol. IX, 2012, pp. 142-168. [consulta: 03 julio 2021]. Disponible en: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/20373>.

MARQUES CEBOLA, C. *La mediación: un nuevo instrumento de la Administración de la Justicia para la solución de conflictos*. (Tesis Doctoral). [en línea]. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2011. [consulta: 15 febrero 2019]. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10400.8/761>.

_____. La Mediación ambiental: un nuevo método de resolución de conflictos urbanísticos y ambientales (Ponencia). [en línea]. *VIII Conferencia Internacional Foro Mundial de Mediación*, Valencia, España, octubre 2012, pp. 176-188. [consulta 10 abril 2022]. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10400.8/763>.

MARQUES CEBOLA, C.; CASER, U.; VASCONCELOS, L. A confidencialidade em mediação ambiental. A sua aplicação ao Projeto MARGov em Portugal. [en línea]. *La Trama – Revista interdisciplinaria de Mediación y Resolución de Conflictos*, n. 41, mayo/2014. [consulta: 24 noviembre 2021]. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/272815340_A_confidencialidade_em_mediacao_ambiental_A_sua_aplicacao_ao_Projeto_MARGov_em_Portugal.

MARQUES CEBOLA, C.; LOPES, D.; VASCONCELOS, L.; CASER, U. *Mediação Ambiental Da Lei à Prática: À luz dos princípios da Lei n. 29/2013*. Coimbra: GestLegal, 2020.

MARQUES NETO, F. D. A.; VÉRAS DE FREITAS, R. *Comentários à Lei 13.655/2018 (Lei da segurança para a inovação pública)*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

MARTÍN DIZ, F. Del derecho a la tutela judicial efectiva hacia el derecho a una tutela efectiva de la justicia. *Revista europea de derechos fundamentales*, n. 23, 2014, pp. 161-176.

_____. *Mediación en el ámbito contencioso-administrativo*. Navarra: Editorial Arazandi, 2018.

_____. “La segunda generación de medios extrajudiciales de resolución de conflictos: Arb-Med y Med-Arb”, en JIMENO BULNES, M.; PÉREZ GIL, J. (Coords.).

Nuevos horizontes del derecho procesal: libro-homenaje al Prof. Ernesto Pedraz Penalva. Barcelona: Editorial Bosch, 2016, pp. 309-316

_____. “Mediación en la Administración de Justicia: Balance actual y perspectivas de futuro”, en MARTÍN DIZ, F. (Dir.); GONZÁLES – CASTEL, A. C. (Coord.). *Mediación en la Administración de Justicia: Implantación y desarrollo*. Santiago de Compostela: Andavira Editora, 2017, pp. 65-113.

_____. *Diez claves para la mediación en el proceso contencioso-administrativo*. Ponencia presentada en el IV Congreso Internacional para el Estudio de la Mediación y el Conflicto (Conferencia Universitaria para el Estudio de la Mediación y el Conflicto (CUEMYC), realizado en los días 03, 04 y 05 de octubre de 2019, en la Universidad de Murcia. [en línea]. [consulta: 14 julio 2021]. Disponible en: [https://eventos.um.es/files/event/28085/editorFiles/file/Documentaci%C3%B3n/Ambito/Comunicacion Diez claves mediacion c a FMD Congreso CUEMYC Murcia Octubre 2019.pdf](https://eventos.um.es/files/event/28085/editorFiles/file/Documentaci%C3%B3n/Ambito/Comunicacion%20Diez%20claves%20mediacion%20a%20FMD%20Congreso%20CUEMYC%20Murcia%20Octubre%202019.pdf).

MARTÍN MATEO, R. *Nuevos instrumentos para la tutela ambiental*. Madrid: Editorial Trivium, 1994.

_____. *Manual de Derecho Ambiental*. Tercera edición. Navarra: Editorial Thomson/Arazandi, 2003.

MARTÍN MARTÍN, S. Del Fuero del Trabajo al Estado social y democrático. Los juristas españoles ante la socialización del derecho. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, ISSN 0392-1867, Vol. 46, N. 1, 2017, pp. 335-384.

MARTÍNEZ CÁRDENAS, E. E. La revolución gerencial en la gestión pública. *INNOVAR: Revista de ciencias administrativas y sociales*, n. 19, enero - junio de 2002, pp. 17-29.

MARTÍNEZ, R. “Inteligencia Artificial, Derecho y Derechos Fundamentales”, en DE LA QUADRA SALCEDO, T.; PIÑAR MAÑAS, J. L. (Dir.), *Sociedad Digital y Derecho*, Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2018, pp. 259-278.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. “Resolución alternativa de litigios en línea y desarrollo del comercio electrónico en Europa”, en MARTÍN DIZ, F. (Dir.); GONZÁLES – CASTEL, A. C. (Coord.). *Mediación en la Administración de Justicia: Implantación y desarrollo*. Santiago de Compostela: Andavira Editora, 2017, pp. 145-175.

MEDAUAR, O. *O Direito Administrativo em evolução*. Tercera edición. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

MÉDICI COLOMBO, G. El Acuerdo Escazú: La Implementación Del Principio 10 De Río En América Latina y el Caribe. [en línea]. *Revista Catalana de Dret Ambiental*, Vol. IX, n.1, 2018, p. 01-66. [consulta: 14 abril 2022]. Disponible en: <https://doi.org/10.17345/rcda9.1>.

_____. *La tutela judicial efectiva frente al daño ambiental colectivo: Radiografía del acceso a la justicia ambiental en Argentina y España*. Tarragona: Publicaciones URV, 2019.

MEDINA, J. M. G. *Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

MEIRELLES, H. L. *Mandado de segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data, Ação direta de Inconstitucionalidade, Ação declaratória de constitucionalidade e Arguição de descumprimento de preceito fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2003.

MEJÍAS GÓMEZ, J. F. *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*. Madrid: Editorial El Derecho, 2009.

MELIÁN GIL, J. L. El paradigma de la buena administración. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. España, N.17, 2013, ISSN: 1138-039X, pp. 233-258.

MELLO MONTEIRO, A. L. S. *Métodos Consensuais e Tutela Ambiental Efetiva*. Curitiba: Alteridade Editora, 2021.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. M. Función Consultiva Administrativa efectiva: Procedimiento Administrativo y Buena Administración. *Revista Española de la Función Consultiva*, n. 32, 2019, pp. 105- 127.

MIGUEL MACHO, L. Autotutela administrativa y tutela judicial efectiva: nuevas perspectivas para el proceso contencioso-administrativo. *Revista General de Derecho Administrativo*, n.38, 2015.

MILARÉ, E. *Direito do ambiente: A gestão ambiental em foco. Doutrina, jurisprudência, glossário*. Séptima edición, rev., atual., e reform. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011.

MIRANDA, J. *Os novos paradigmas do Estado social* [en línea]. Conferencia proferida en 28 de septiembre de 2011, en Belo Horizonte, en el XXXVII Congresso Nacional de Procuradores de Estado, pp. 01-19. [consulta: 26 marzo 2020]. Disponible en: <http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/1116-2433.pdf>.

MIRANDA NETO, F. G.; SOARES, I. C. D. O. “Princípios Procedimentais da Mediação no Novo Código de Processo Civil”, en ALMEIDA, D. A. R. D.; MEDINA PANTOJA, F.; PELAJO, S. (Org.). *A mediação no novo código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.109-119.

MIRRA, A. L. V. Tutelas jurisdicionais de prevenção e de precaução no processo coletivo ambiental. *Revista do Advogado: Direito Ambiental*. N. 133, mar./2017.

MODESTO, P. Autovinculação da Administração Pública. [en línea]. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.. 24,

oct./nov./dic. de 2010. [consulta 08 abril 2021]. Disponible en: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/paulo-modesto/AUTOVINCULACAO-CONVENCIONAL-DA-ADMINISTRACAO-PUBLICA-O-CONTRATO-DE-GESTAO-NO-INTERIOR-DA-ADMINISTRACAO-PUBLICA-BRASILEIRA>.

MOESSA DE SOUZA, L. *Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos: Negociação, Mediação e Conciliação na esfera administrativa e judicial*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012a.

_____. *Mediação de Conflitos Coletivos: Aplicação dos meios consensuais à solução de controvérsias que envolvem políticas públicas de concretização de Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012b.

_____. “A mediação de conflitos e a Administração Pública”, en HALE, D.; PINHO, H. D. B. D.; XAVIER CABRAL, T. N. (Org.). *O marco legal da mediação no Brasil: comentários à Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015*. São Paulo: Atlas, 2016, p.214.

MOLANO LOPEZ, M. R. *Transformación de la función administrativa (Evolución de la Administración pública)*. Colección Profesores n. 37. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2005.

MONDÉJAR PEDREÑO, R. *Los conflictos ambientales y su tratamiento a través de la mediación*. Madrid: Editorial Dykinson, 2015.

_____. *Mediación Ambiental: Recursos y experiencias*. Madrid: Editorial Dykinson, 2015.

MONTEIRO GABBAY, D.; GROSS CUNHA, L. (Orgs.). *Litigiosidade, morosidade e litigância repetitiva no Judiciário: uma análise empírica*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MONTEIRO GABBAY, G. *Mediação & Judiciário: condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos*. [en línea]. (Tesis

Doctoral). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2011. [consulta: 01 marzo 2020].
Disponível en: www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/.../Daniela_Monteiro_Gabbay.pdf.

MONTERO AROCA, J. *Estudios de Derecho Procesal*. Barcelona: Librería Bosch, 1981.

MONTOYA MARTÍN, E. Medios alternativos de resolución de conflictos en la Administración Local. *Justicia administrativa: Revista de derecho administrativo*, n. 1, 2000, pp.133-148.

MORALES FERNÁNDEZ, G. *Los sistemas alternativos de resolución de conflictos: La Mediación. Sistemas complementares al proceso. Nuevo enfoque constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva*. Sevilla: HISPALLEX, 2014.

MORÁN, G. M. “La Mediación en EE. UU. Vías alternativas de Negociación y Resolución de Conflictos: Una nueva cultura socio-jurídica. La experiencia estadounidense”, en SOUTO GALVÁN, E. (Dir.). *La Mediación un instrumento de conciliación*. Primera Edición. Madrid: Editorial Dykison, 2010, pp. 13-30.

MORATO LEITE, J. R. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. (Tesis doctoral). [en línea]. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 1999. [consulta: 17 abril 2022]. Disponible en: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/80511>.

MORATO LEITE, J. R.; SIVINI FERREIRA, H. “Tendências e Perspectivas do Estado de Direito Ambiental no Brasil”, en MORATO LEITE, J. R.; SIVINI FERREIRA, H.; VERRI BORATTI, L. (Orgs.). *Estado de Direito Ambiental: tendências*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

MOREIRA NETO, D.D.F. Coordenação Gerencial da Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo n.214*. Rio de Janeiro: Renovar, out/dez., 1998, pp. 35-53.

_____. Novos institutos consensuais da ação administrativa. [en línea]. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 231, jan. 2003. ISSN 2238-5177, pp. 129-156. [consulta: 20 marzo 2018]. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v231.2003.45823>.

Disponível

em:

<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45823/45108>.

_____. *Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

_____. O Direito Administrativo do século XXI: um instrumento de realização da democracia substantiva. *A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte: 2011, ano, v. 11, pp. 13-37.

MORENO CATENA, V. *Introducción al derecho procesal*. Decimoprimer edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

MORRILL, C.; OWEN-SMITH, J. “The Emergence of Environmental Conflict Resolution: Subversive Stories and the Construction of Collective Action Frames and Organizational Fields”, en HOFFMAN, A.; VENTRESCA, M. *Organizations, Policy, and the Natural Environment: Institutional and Strategic Perspectives*, Stanford: Stanford University Press, 2002, pp. 90-118.

MUÑOZ MACHADO, S. Las concepciones del Derecho administrativo y la idea de participación en la Administración. *Revista de Administración Pública*, núm. 84, Septiembre/Diciembre 1977, pp.519-535.

_____. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*. Tomo I. Madrid: Civitas Ediciones, 2004.

_____. *Tratado de Administrativo y Derecho Público General*. Tomo I. *La formación de las instituciones públicas y su sometimiento al Derecho*. Tercera edición. Madrid: Editorial Iustel, 2011.

NASCIMENTO GONÇALVES, V. M. *Estado, Sociedade Civil e Princípio da subsidiariedade na era da Globalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NEMIROVSCI, O. “Un cambio cultural”, en CALDERÓN, C.; LORENZO, S. *Open Government. Gobierno Abierto*. Jaén: Algón Editores MMX, 2010, pp. 87-101.

NETTEL BARRERA, A. D. C. “El objeto del recurso contencioso-administrativo”, en EZQUERRA HUERVA, A.; OLIVÁN DEL CACHO, J. (Dir.). *Estudio de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, pp. 341-394.

NETTO DE ARAÚJO, E. *Curso de Direito Administrativo*. Sexta edición. São Paulo: Saraiva, 2014.

NIGMATULLINA, D. The Combined Use of Mediation and Arbitration in Commercial Dispute Resolution: Results from an International Study. *Journal of International Arbitration*, vol. 33, 2016, pp. 37-82.

NOHARA, I. P. *Direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

OROZCO PARDO, G. “La mediación en los conflictos de consumo”, en MORILLAS CUEVA, L. (Dir.); SUÁREZ LÓPEZ, J. M. (Coord.). *Derecho y Consumo. Aspectos penales, civiles y administrativos*. Madrid: Editorial Dykinson, 2013, pp. 672-696.

PADRÓN, J.J. “Resolución de conflictos en las nuevas tecnologías”, en DAVARA RODRÍGUEZ, M.A. (Coord.). *XVII Encuentros sobre Informática y Derecho*, 2002-2003, Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 2003, pp. 117-122.

PALOMAR OLMEDA, A. “Ordenación y principios generales de la ley de cambio climático y transición energética”, en PALOMAR OLMEDA, A.; TEROL GÓMEZ, R. (dir). *Comentarios a la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética*. Navarra: Aranzadi, 2021.

PANICACCI, F. L. *Compromisso de ajustamento de conduta: teoria, prática, vantagens da solução negociada e meio ambiente*. São Paulo: Saraiva, 2017.

PARADA VÁZQUEZ, J. R. *Derecho Administrativo*, vol. I. 13ª edición. Madrid: 2002.

PAREJO ALFONSO, L. La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública. *Documentación Administrativa*, n. 218-219, 1989, pp. 15-66.

_____. *Crisis y renovación en el Derecho Público*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales (España), 1991.

_____. “El artículo 88 de la Ley 39/1992, de 26 de noviembre: el pacto, acuerdo, convenio o contrato en el procedimiento administrativo”, en ELORRIAGA PISARIK, Gabriel, et all. (Dir.). *Convención y arbitraje en el Derecho Tributario*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales/Marcial Pons, 1996. p. 21-76.

_____. *Lecciones de derecho administrativo*, 9ª edición revisada, actualizada y ampliada. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

PELLEGRINI GRINOVER, A. “A problemática dos interesses difusos”, en PELLEGRINI GRINOVER, A. (Coord). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Editora Max Limonad, 1984.

_____. Modernidade do direito processual brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito*. Universidade de São Paulo, v. 88, p. 273-298, 1993.

PEREIRA CAMPOS, A. “Conciliações e Arbitragens no Brasil do Século XIX”, em ZANETI JÚNIOR, H.; XAVIER CABRAL, T. N. (Coords.). *Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos*. Salvador: JusPodivm, 2018, pp. 893-907.

PEREIRA CAMPOS, A.; SIAS FRANCO, J. V. A Conciliação no Brasil e a sua importância como tratamento adequado de conflitos. *Revista de Direito Brasileira*. São Paulo, v. 18, n. 7, pp. 263 – 281, Sept. /Dic. 2017.

PÉREZ CONEJO, L. *La defensa judicial de los intereses ambientales*. Valladolid: Lex Nova, 2022.

PÉREZ LUÑO, A. E. *Los derechos fundamentales*. 11a ed. Madrid: Tecnos, 2013.

_____. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Quinta edición. Madrid: Editorial Tecnos, 1995.

_____. *¿Ciberciudadani@ o Ciudadania.com?* Barcelona: Gedisa, 2004.

PÉREZ MORENO, A. Crisis de la participación administrativa. *Revista de Administración Pública*, n. 119, mayo-agosto, 1989, pp. 91-132.

_____. Instrumentos de tutela ambiental. [en línea]. *Revista Electrónica de Derecho Ambiental*, número 1, Universidad de Sevilla, 1998, pp. 01-08. [consulta: 19 noviembre 2021]. Disponible en: <http://hdl.handle.net/11441/17295>.

_____. Procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje como alternativa a la vía administrativa de recurso. *Revista Andaluza de Administración Pública*, ° 37, enero-febrero-marzo/2000. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública – IAAP, pp. 11-38.

PÉREZ ROYO, J. *Curso de Derecho Constitucional*. Decimoquinta edición. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2016.

PIELOW, J. “Integración del ordenamiento jurídico: autovinculaciones de la administración”, en MUÑOZ, G. A.; SALOMONI, J. L. *Problemática de la administración contemporánea: una comparación europeo-argentina*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997.

PIERRE, J.; PETERS, B. G. *Governance, politics, and the state*. Segunda edición. Nueva York: St. Martin's Press, 2020.

PINTO E NETTO, L.C. *Participação Administrativa Procedimental: natureza jurídica, garantias, riscos e disciplina adequada*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

POLO MARTÍN, R. “Algunas consideraciones sobre la resolución extrajudicial de conflictos entre 1808 y 1881”, en MARTÍN DIZ, F. (Dir.). *Mediación en la Administración de Justicia: Implantación y desarrollo*. Santiago de Compostela: Andavira editora, 2017, pp.21-63.

PONCE SOLÉ, J. “Procedimiento administrativo, globalización y buena administración”, en PONCE SOLÉ, J. (Coord.). *Derecho administrativo global: organización, procedimiento, control judicial*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2010, p. 79-190.

_____. Inteligencia artificial, Derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico. *Revista General de Derecho Administrativo*, Iustel, n. 50, enero 2019.

PONT VIDAL, J. Gobernanza de la pandemia covid-19 y modelos de gestión: ¿Hacia un nuevo tipo de vínculo sociedad-Estado? [en línea]. *Revista Do Serviço Público*, 71, p. 235-265. [consulta: 10 abril 2022]. Disponible en: <https://doi.org/10.21874/rsp.v71i0.4833>.

PORTOCARRERO, M. *Contratos sobre o Exercício de Poderes Públicos, Transacção e Arbitragem – Ensaio sobre a disponibilidade do Poder Administrativo*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 2015, pp. 219-254.

PRATS I CATALÁ, J. *De la burocracia al management, del management a la gobernanza: las transformaciones de las administraciones públicas de nuestro tiempo*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 2005.

_____. *A los príncipes republicanos. Gobernanza y desarrollo desde el republicanismo cívico*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 2006.

_____. “Derecho al buen gobierno”, en SEVILLA, Jordi. (Dir.) *La Reforma de Administración General del Estado*. Madrid: LID Editorial Empresarial, 2010, pp.15-74.

QUEIPO DE LLANO, C. V. “La ciudadanía en la época de la globalización”, en MIRALLES, A. A. (ed.). *Ciudadanía y persona en la era de la globalización*. Editorial Comares, 2007, pp. 115-138.

RAMIÓ, C. Los problemas de la implantación de la Nueva Gestión Pública en las administraciones públicas latinas: modelo de Estado y cultura institucional. *CLAD Reforma y Democracia*, Núm. 21, Oct/2001, p. 02-17.

_____. Una Administración pública de futuro sostenible económicamente e innovadora en el contexto de la globalización. *Cuadernos de Gobierno y Administración Pública*. Vol. 3, núm. 2. Ediciones Complutenses, 2016, pp. 103-122.

_____. *Inteligencia Artificial y Administración Pública: Robots y Humanos compartiendo el servicio público*. Catarata: Madrid, 2019.

RAMÍREZ-ALUJAS, A. V. Open Government y Gobernanza Colaborativa: El (inevitable) camino hacia un nuevo paradigma de Gobierno y Gestión Pública. *Estado del arte, desafíos y propuestas, ponencia para el X Congreso de la Asociación Española de Ciencia Política y de la Administración (AECPA): "La política en la red"*. Murcia, 2011. [en línea] [consulta 20 enero] 2019]. Disponible en: <<https://aecpa.es/files/view/pdf/congress-papers/10-0/555/>>.

RAMÓN FERNÁNDEZ, F. La mediación electrónica, la confidencialidad y la protección de datos de carácter personal. *Revista InDret*, núm. 3, pp. 02-28.

RAMS RAMOS, L. “La terminación anticipada del procedimiento sancionador con reducciones en la cuantía de la sanción ¿una verdadera forma de terminación del procedimiento administrativo?”, EN GUILLÉN CARAMÉS, J; LAVILLA RUBIRA, J. J.; JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, F. J. (Aut.). *Los nuevos desafíos del Derecho. Homenaje al profesor José Manuel Sala Arquer*. Madrid: Congreso de Diputados, 2019, pp. 1173-1221.

RAZQUIN LIZARRAGA, J. A.; RUIZ DE APODACA ESPINOSA, A. *Información, Participación y Justicia en Materia de Medio Ambiente. Comentario sistemático a Ley 27/2006, de 18 de julio*. Navarra: Aranzadi, 2007.

REAL FERRER, G. “El principio de Solidaridad en la Declaración de Río”, en PRIEUR, M.; DOUMBE-BILLÉ, S. *Droit de l' Environnement et Développement Durable*, Pulim, Limoges, 1994, pp. 77-84.

REDON ROJAS, M. A. Un análisis del concepto sociedad de la información desde el enfoque histórico. [en línea]. *Información, cultura y sociedad*, n. 4, Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2001. [consulta 14 febrero 2020]. Disponible en: <<http://dx.doi.org/10.34096%2Fics.i4.1009>>.

RÉGIS PRADO, L. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Vol. I, Octava edición. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

RHEIN SCHIRATO, V. “Repensando a pertinência dos atributos dos atos administrativos”, en MEDAUAR, O.; RHEIN SCHIRATO, V. (Coords.). *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 115-144.

RIVERO ORTEGA, R. La administración electrónica en las Leyes 39 y 40/2015. *Cuadernos de Derecho Local*, número 41, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2016, p. 72-85.

RIOS GONÇALVES, M. V. *Novo curso de direito processual civil: teoria geral e processo de conhecimento (1ª parte)*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

ROBLEDO, M. J. “De la percepción social del riesgo a los conflictos ambientales”, en DROMI, R. (Dir.). *Tutela Ambiental*. Buenos Aires – Madrid: Editorial Ciudad Argentina, 2003.

ROBLES, G. *Los Derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*. Madrid: Editorial Civitas, 1995.

ROBLES RAMOS, K. J. La eficacia de la mediación: cuestiones y perspectivas. *Revista de Administración Pública*. Puerto Rico: Escuela Graduada de Administración Pública, Vol. 47, 2016, pp.126-156.

RODRIGUES DE SOUZA, M. F.; SCARPINELLA BUENO, F. “Mediação: uma solução adequada para os conflitos ambientais entre a Administração Pública e o administrado”, en JÚDICE MOREIRA, António; FRANCO NASCIMBENI, Asdrubal; BEYRODT, Christiana; MORAIS TONIN, Mauricio. (Coords.). *Mediação e Arbitragem na Administração Pública: Brasil e Portugal*. São Paulo: Almedina, 2020, pp. 361-382.

RODRÍGUEZ-ARANA, J. *Cuatro estudios de derecho administrativo europeo:(derechos fundamentales, subsidiariedad, subvenciones y administraciones públicas)*. Granada: Comares, 1999.

_____. *Direito Fundamental à Boa administração Pública*. Coleção Eurolatinoamericana de Direito Público. WUNDER HACHEM, D. (trad.). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012a.

_____. *Interés general, Derecho Administrativo y Estado de Bienestar*. Primera edición. Madrid: Editorial Iustel, 2012b.

_____. La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa. *Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales*, v. 6, n. 6, 2013, pp. 23-56.

_____. El Derecho Fundamental a la Buena Administración en la Constitución Española y en la Unión Europea. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*. Argentina: v. 1, n. 2, 2014a, pp. 117-149.

_____. Sobre la Carta Iberoamericana de derechos y deberes del ciudadano. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña – AFDUC*. España, N.18, 2014b, ISSN: 1138-039X, pp. 17-30.

_____. *Derecho Administrativo y Administración Pública en tiempos de crisis*. Colección Estudios Jurídicos, n. 103. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2014c.

_____. *Derecho Administrativo y Derechos Sociales Fundamentales*. Sevilla: INAP/Global Law Press-Editorial Derecho Global, 2015a.

_____. Dimensiones del Estado social y derechos fundamentales sociales. [en línea]. *Rev. Investig. Const.*, 2015b, vol.2, n.2, pp. 31-62. [consulta: 30 marzo 2020]. DOI: <https://doi.org/10.5380/rinc.v2i2.44510>. Disponible en: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S235956392015000200031&lng=en&nrm=iso>.

_____. La mediación en el derecho administrativo. [en línea]. *Revista de Derecho Público*, n.74, 2015c, pp. 113-131. DOI:10.5354/0719-5249.2015.37538. [consulta: 24 marzo 2019]. Disponible en: <https://revistaeggp.uchile.cl/index.php/RDPU/issue/view/3820>.

RODRÍGUEZ BETANCOR, A. *Derecho Ambiental*. Primera edición. Madrid: La Ley, 2014.

RODRÍGUEZ CAMARENA, C. S.; BARBOSA MUÑOZ, P. A. La solución de conflictos ambientales fuera del ámbito judicial. Una aproximación teórica. *Revista de investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica*, año 13, n. 26, octubre 2019 - marzo de 2020, ISSN 1870-6924 2594, pp. 209-234.

ROJAS POZO, C. Mediación Administrativa. [en línea]. *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n. 98, mayo-agosto/2016, pp. 183-200. [consulta: 05 mayo 2019]. DOI: <https://doi.org/10.14422/icade.i98.y2016.007>. Disponible en: <<https://revistas.upcomillas.es/index.php/revistaicade/article/view/7142/6982>>.

ROMERO COLOMA, A. *El artículo 24 de la Constitución Española: análisis y valoración*. El acceso del ciudadano a la justicia. Barcelona: SERLIPOST, 1993.

ROSA MORENO, J. *El arbitraje administrativo*. Madrid: McGraw-Hill, 1998.

ROSS, D. “Med-Arb/Arb-Med: A More Efficient ADR Process or an Invitation to a Potential Ethical Disaster?”, en ROVINE, Arthur W. (Coord.). *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation*. New York: BRILL, 2013, pp. 352-366.

RUIZ DE APODACA ESPINOSA, A. “El Acceso a la Justicia Ambiental a nivel comunitario y en España veinte años después del Convenio de Aarhus” [en línea], en *Revista Catalana de Dret Ambiental*, Vol. IX, n.1, 2018, p. 01-53. [consulta: 17 abril 2022]. Disponible en: <https://doi.org/10.17345/rcda9.1>.

SACHS, I. *Caminhos para o Desenvolvimento Sustentável*. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

SÁEZ DE HEREDIA, R. A. Mediación en línea. *Revista de Mediación*, año 1, n. 1, 2008, pp.06-15.

SALAZAR ORTUÑO, E. El acceso a la justicia ambiental a partir del Convenio de Aarhus: Justicia ambiental de la transición ecológica. Primera edición. Navarra: Editorial Aranzadi, 2019.

_____. “Vulnerabilidad y acceso a la justicia ambiental”, en SORO MATEO, B.; JORDANO FRAGA, J.; ALENZA GARCÍA, J. *Vulnerabilidad Ambiental y Vulnerabilidad Climática en tiempos de emergencia*. Valencia: Tirant lo blanch, 2020, pp. 371-380.

SALGADO, E. D. *Lei de Acesso à Informação (LAI)*. São Paulo: Atlas, 2015.

SALOMÃO, L. F. O marco regulatório para a mediação no Brasil. [en línea]. *Justiça & Cidadania*, Rio de Janeiro, edición 179, 2015. [consulta: 14 julio 2021]. Disponible en: <https://www.editorajc.com.br/o-marco-regulatorio-para-a-mediacao-no-brasil/>.

SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, J. *Historia del Derecho*. Madrid: Editorial Reus, 2008.

SÁNCHEZ BRAVO, A. “Sociedad tecnológica e implicaciones ciudadanas”, en GARRIGA DOMÍNGUEZ, A.; SÁNCHEZ BRAVO, A. (editores). *Derechos humanos, protección medioambiental y nuevos retos sociales*. Madrid: Dykinson, 2015, pp. 223-240.

SÁNCHEZ GARCÍA, A. “La oportunidad de la Mediación Administrativa como respuesta a las necesidades del sistema de resolución de conflictos entre administración y administrado”, en CABRERA MERCATO, R. (Dir.); QUESADA LÓPEZ, P. M. (Coord.). *La mediación como método para la resolución de conflictos*. Madrid: Editorial Dykinson, 2017, pp. 348-384.

SÁNCHEZ MÓRON, M. *Derecho Administrativo – Parte General*. Decimoquinta Edición. Madrid: Editorial Tecnos, 2019.

SAN CRISTOBÁL REALES, S. Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil. *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, XLVI, 2013, ISSN: 1133-3677, pp.39-62.

SÁNCHEZ SÁEZ, A. J. El Nuevo Derecho Ambiental: Cambios y posibilidades de Futuro en torno a las técnicas convencionales. [en línea]. *Revista Electrónica de Derecho Ambiental*, número 2, Universidad de Sevilla, 1999. [consulta: 19 noviembre 2021]. Disponible en: https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/61786/el_nuevo_derecho_ambiental.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

_____. El modelo administrativo de la Tercera Vía neolaborista: el Libro Blanco "Modernising the Government". *Revista Andaluza de Administración Pública*, n.42, 2001, pp. 373-385.

_____. *Los convenios de colaboración para la protección del medio ambiente*. (Tesis Doctoral). Sevilla: Universidad de Sevilla, 2002.

_____. “Reflexiones sobre la Resolución Alternativa de Conflictos (ADR) en los Estados Unidos: su virtualidad en Derecho Ambiental”, en *ESPINOSA DE LOS MONTEROS, C. C. Alternativas no jurisdiccionales de resolución de pretensiones de Derecho Público: VI Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía [celebradas en Sevilla, noviembre de 2000]*. Sevilla: Junta de Andalucía, Instituto Andaluz de Administración Pública, 2003, pp. 317-334.

_____. *Los convenios administrativos para la protección ambiental*. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2004.

_____. *J. Descentralización y subsidiariedad: Hacia una Nueva Configuración del Estado*. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública (IAAP), 2005.

SAPHIRO, S.C. *Encyclopedia of Artificial Intelligence*. Ed. John Wiley & Sons. Nueva York, 1992.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A. *Principios de Derecho Administrativo General I*. Primera edición. Madrid: Iustel, 2004.

_____. *La Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo. Comentario*. Madrid: Editorial Iustel, 2010.

SANTANA GORDILHO, H. D.; LYRIO PIMENTA, P. R. Fins do princípio do poluidor-pagador. [en línea]. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 14, n. 1, abr. 2018, pp.361-379. ISSN 2238-0604. DOI: <https://doi.org/10.18256/2238-0604.2018.v14i1.2080>. [consulta 05 noviembre 2011]. Disponible en: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2080>.

SANTOS, B. D. S. *Crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 8.ed., v.1. São Paulo: Cortez, 2011.

SANTOS SILVA, R.F. E-democracia: Participación ciudadana y nuevas tecnologías para la solución de los conflictos ambientales [en línea]. *III Congreso Internacional*

Move. Net sobre Movimientos Sociales y TIC. Sevilla: Grupo Interdisciplinario de Estudios en Comunicación, Política y Cambio Social de la Universidad de Sevilla (COSMOPOLÍTICAS), 2020. [consulta: 17 abril 2021]. Disponible en: <https://idus.us.es/handle/11441/98150>.

SARLET, I. W.; FENSTERSEIFER, T. *Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente*. Quinta edición. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

SARLET, I. W.; FENSTERSEIFER, T. “Breves considerações sobre o Princípio da Proibição de Retrocesso em matéria ambiental à Luz do atual cenário de flexibilização da Legislação Ecológica Brasileira”, em MORATO LEITE, J. R.; DINNEBIER, F. F. (orgs.). *Estado de Direito Ecológico: Conceito, Conteúdo e Novas Dimensões para a Proteção da Natureza*. São Paulo: Instituto O direito por um planeta verde, 2017a.

SARLET, I. W.; FENSTERSEIFER, T. *Princípios do Direito Ambiental*. Segunda edición. São Paulo: Saraiva, 2017b.

SARMENTO, D. “Os direitos fundamentais nos paradigmas Liberal, Social e Pós-Social (Pós-modernidade constitucional?)”, em SAMPAIO, J. A. L. (Coord.). *Crise e desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp. 375-414.

SANZ LARRUGA, F. J. El derecho ante las nuevas tecnologías de la información. [en línea]. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.1, 1997, pp. 499-516. [consulta: 11 mayo 2022]. Disponible en: <http://hdl.handle.net/2183/1934>.

_____. Las bases jurídicas de la "administración electrónica" en España: el uso de las técnicas informáticas, electrónicas y telemáticas en las Administraciones públicas. [en línea]. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n. 6. 2002, pp. 713-760. [consulta: 11 mayo 2022]. Disponible en: <http://hdl.handle.net/2183/2178>.

_____. El ordenamiento europeo, el derecho administrativo español y el derecho a una buena administración. [en línea]. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.13, 2009, pp. 729-751. [consulta: 11 mayo 2022]. Disponible en: <http://hdl.handle.net/2183/7510>.

_____. Sostenibilidad ambiental y Derecho Administrativo: ¿nuevo remedio ante la crisis económica o una exigencia constitucional? A propósito de la nueva Ley de Economía Sostenible. *Actualidad Jurídica Ambiental*, n. 2, mayo/2011, pp. 10-16.

SCHMITT, C. *La Defensa de la Constitución*. Madrid: Editorial Tecnos, 1983.

SCHIEFLER, E. A. C. *Processo Administrativo Eletrônico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

SECCHI, L. Modelos organizacionais e reformas da administração pública. [en línea]. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 43, n. 2, pp. 347-369, abril, 2009. [consulta: 26 julio 2020]. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0034-76122009000200004>. Disponible en: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122009000200004&lng=en&nrm=iso>.

SEVERO GIANNINI, M. La tutela degli interessi collettivi nei procedimenti amministrativi. *Rivista di Diritto Processuale*, 1974.

SEREBRISKY, T. et al. *Infraestructura sostenible y digital para impulsar la recuperación económica post COVID-19 de América Latina y el Caribe: un camino hacia más empleo, integración y crecimiento*. Banco Interamericano de Desarrollo, 2020. [en línea] [consulta: 21 enero 2021]. Disponible en: <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Infraestructura-sostenible-y-digital-para-impulsar-la-recuperacion-economica-post-COVID-19-de-America-Latina-y-el-Caribe-Un-camino-hacia-m%C3%A1s-empleo-integracion-y-crecimiento.pdf>.

SILVEIRA, S. A. D. *Exclusão digital: a miséria na era da informação*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2001.

SORACE, D. La buona amministrazione e la qualità della vita, nel 60° anniversario della Costituzione. [en línea]. *Costituzionalismo.it*. Fascicolo 2/2008. Roma: 2008. [consulta: 15 noviembre 2018]. ISSN: 2036-6744. Disponible en: <http://www.costituzionalismo.it/articoli/277/>.

SORO MATEO, B. Responsabilidad pública, vulnerabilidad y litigios climáticos. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n. 54, 2019, pp. 57-140.

_____. “Marco jurídico general de la cuestión climática. Algunas reflexiones a la espera de la aprobación de la ley española de cambio climático y transición energética”, en HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. (Dir.). *El Derecho ante el reto del cambio climático*. Navarra: Aranzadi, 2020, pp. 111-157.

SPADA JIMÉNEZ, A. *Justicia Climática y Eficiencia Procesal*. (Tesis Doctoral). [en línea]. Málaga: Universidad de Málaga, 2020. [consulta: 10 abril 2022]. Disponible en: <https://www.educacion.gob.es/teseo/imprimirFicheroTesis.do?idFichero=gCk994EzDUs%3D>.

STEWART DIAZ, K. *Visión crítica del uso de ADR en conflictos socioambientales*. [en línea]. Santiago: Universidad de Chile - Facultad de Derecho, 2021. [consulta: 24 noviembre 2021]. Disponible en <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/182296>.

SUÁREZ XAVIER, P.R. *Gobernanza, Inteligencia Artificial y Justicia Predictiva: los retos de la Administración de Justicia ante la Sociedad en Red*. (Tesis Doctoral). [en línea]. Málaga: Universidad de Málaga, 2020. [consulta: 10 abril 2022]. Disponible en: <https://riuma.uma.es/xmlui/handle/10630/20979>.

_____. *Reconocimiento Facial y Policía Predictiva: Entre Seguridad y Garantías Procesales*. A Coruña: Editorial Colex, 2022.

SUSSKIND, L.; WEINSTEIN, A. Towards a theory of environmental dispute resolution. [en línea]. *Boston College Environmental Affairs Law Review*, vol. 9, 1980, pp.311 - 357.

[consulta: 19 noviembre 2021]. Disponible en: <https://lawdigitalcommons.bc.edu/ealr/vol9/iss2/4/>.

SUSSMAN, E. Combinations and Permutations of Arbitration and Mediation: Issues and Solutions. *ADR in Business. Practice and issues across countries and cultures*, v. 2, 2011, pp. 381-398.

SWAN, M. *Blockchain: blueprint for a new economy*. Primera edición. Sebastopol: O'reilly, 2015.

TAVARES, A. R. Democracia e Exercício do Poder: Apontamentos sobre a participação política. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. n. 03, Jan/Jun 2004, pp. 351- 378.

TOCQUEVILLE, A. D. *El Antiguo Régimen y la Revolución*. Colección Fundamentos n. 217. Serie Clásicos del pensamiento político. Madrid: Ediciones Istmo, 2004.

TOMÁS MALLÉN, B. *El derecho fundamental a una buena administración*. Madrid: INAP, 2004.

TORNOS MAS, J. “Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos”, en *Revista de Administración Pública*, N. 136, enero-abril 1995, ISSN 0034-7639, pp. 149 – 170.

_____. “Los medios alternativos de resolución de conflictos en los que es parte la Administración Pública. Últimas novedades”, en LOPEZ MENUDO, Francisco. (Coord.). *Derechos y Garantías del ciudadano. Estudios en homenaje al Profesor Alfonso Pérez Moreno*. Madrid: Iustel, 2011. pp. 1085-1103.

_____. La mediación en el derecho administrativo. [en línea]. Jornada ‘Mediación Administrativa en Cataluña’. Universitat Oberta de Catalunya, 22 de enero de 2019, p.07. [consulta: 04 marzo 2021]. Disponible en: <https://edcp.blogs.uoc.edu/wp-content/uploads/sites/24/2019/01/Joaquin-Tornos-Mas.pdf>.

TORRES KUMBRIÁN, R. D.; MARTÍNEZ BOYÉ, A; PÉREZ VIEJO, J. *Estado del bienestar, Cohesión Social Europea y Derechos de la Ciudadanía. Orígenes, tendencias, riesgos y amenazas*. Madrid: Editorial Sanz y Torres, 2019.

TORRES, S. F. *O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TWINING, W. Alternative to What? Theories of Litigation, Procedure and Dispute Settlement in Anglo-American Jurisprudence: Some Neglected Classics. *Modern Law Review*, 1993, p. 380 -392.

UREÑA, M. R. “El derecho a un medio ambiente sano como derecho humano”, en *Problemas Internacionales del Medio Ambiente: VIII Jornadas, Barcelona, 2 a 5 de julio de 1984*. Bellaterra: Universitat Autònoma de Barcelona, 1985.

VALENZUELA RENDÓN, A. I. Ventajas y Desventajas de la Conciliación en la Resolución de Conflictos Sobre Reparación del Daño al Medio Ambiente. [en línea]. *Revista Internacional Consinter de Direito*, año II, v. 3, 2016. DOI: [10.19135/revista.consinter.00003.05](https://doi.org/10.19135/revista.consinter.00003.05). [consulta: 16 abril 2022]. Disponible en: <https://revistaconsinter.com/es/revistas/ano-ii-volume-iii/parte-1-direito-e-sustentabilidade/ventajas-y-desventajas-de-la-conciliacion-en-la-resolucion-de-conflictos-sobre-reparacion-del-dano-al-medio-ambiente/>.

VALERO TORRIJOS, J. Administración pública, ciudadanos y nuevas tecnologías. *Revista Jurídica de la Región de Murcia*, ISSN 0213-4799, n. 25, 1998, pp. 13-35.

_____. Las garantías jurídicas de la Inteligencia Artificial en la actividad administrativa desde la perspectiva de la buena administración. [en línea]. *Revista Catalana de Dret Públic*, pp. 82-96, julio, 2019. [en línea] [consulta: 10 enero 2021]. DOI: <http://dx.doi.org/10.2436/rcdp.i58.2019.3307>. Disponible en: <http://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rcdp/article/view/10.2436-rcdp.i58.2019.3307>.

VALIÑO CES, A. Más allá de los métodos alternativos clásicos al proceso judicial: otras formas de resolución de conflictos. *Cadernos de Dereito Actual*, n. 11, número ordinário, 2019, pp. 201-224.

VANOSI, J. R. *Estado de derecho: democracia y control, la Corte Suprema de Justicia, responsabilidad de gobernantes, el defensor del pueblo, representación y participación, partidos políticos, seguridad jurídica, cláusulas económicas y sociales, educación, modernización, transparencia*. Buenos Aires: Astrea, 2008.

VASCONCELOS E BENJAMIN, A. H. “A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor”, en PELLEGRINI GRINOVER, A. *Et al.* (coords.). *Processo coletivo: do surgimento à atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

VELARDE ARAMAYO, M. S.; SASTRE IBARRECHE, R. “Mecanismos de herecomposición de conflictos: del arbitraje a los ‘ADR’”, en VELARDE ARAMAYO, M. S. (Coord.). *Introducción al Derecho del Arbitraje y Mediación*. Primera edición. Salamanca: Ratio Legis, 2006, pp. 11-70.

VERNIS DOMÈNECH, A.; MENDOZA MAYORDOMO, X. Una aproximación a la conceptualización del nuevo rol del Estado: el Estado relacional. [en línea]. *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, 2009, n. 44, junio/2009, p. 115-144. ISSN: 1315-2378. [consulta: 25 enero 2021]. Disponible en: <<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=357533675004>>.

VICENTE, D. M. "Mediação comercial internacional", en VICENTE, D. M. *Direito Internacional Privado - Ensaios II*. Coimbra: Almedina, 2005.

VIDA FERNÁNDEZ, J. La Administración electrónica en la Unión Europea. [en línea]. *Fundación Democracia y Gobierno Local*, Serie Claves del gobierno local, n. 12, 2010, pp. 13-59. [consulta 23 mayo 2020]. Disponible en: <<http://repositorio.gobiernolocal.es/xmlui/handle/10873/966>>.

_____. “Los retos de la regulación de la inteligencia artificial: algunas aportaciones desde la perspectiva europea”, en DE LA QUADRA SALCEDO, T.; PIÑAR MAÑAS, J. L. (Dir.), *Sociedad Digital y Derecho*, Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2018, pp. 203-224.

VILLARROYA, J. T. *Breve Historia del Constitucionalismo Español*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

VILLONE, M. “La collocazione istituzionale dell’interesse diffuso: considerazioni sul sistema statunitense”, en GAMBARO, A. (Org.). *La tutela degli interessi difusi nel diritto comparato: con particolare riguardo alla protezione dell’ambiente e dei consumatori*. Milano: Giuffrè, 1976.

VIÑOLY PALOP, M. et al. *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. QUINTANA CARRETERO, Juan Pedro (Dir.). 1º Edición. Valladolid: Thomson Reuters, 2013.

VIÑUALES FERREIRO, S. La constitucionalización del derecho a una buena administración en la Unión Europea: ¿nuevas garantías para la protección de los derechos en el procedimiento administrativo? [en línea]. *Revista de Derecho de la Unión Europea*, [S.l.], n. 27-28, ene. 2015, pp. 321-340. ISSN 1695-1085. [consulta: 15 mayo 2020]. Disponible en:
<<http://revistas.uned.es/index.php/REDUE/article/view/13600/12297>>.

VUČETIĆ, D. Is mediation viable in administrative matters? [en línea]. *Facta Universitatis, Series: Law and Politics*, Vol. 14, n. 4, 2016, pp.495-504. DOI: 10.22190/FULP1604495V. [consulta: 20 marzo 2020]. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/315464480_IS_MEDIATION_VIABLE_IN_ADMINISTRATIVE_MATTERS.

WAHRLICH, B. M. D. S. *Reforma Administrativa na Era Vargas*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1983.

WALLBACH SHWIND, R. “Acordos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB: Normas de Sobredireito sobre a celebração de compromissos pela Administração Pública”, en JUSTINO DE OLIVEIRA, G. (Coord.); BARROS FILHO, W. A. D. (Org.). *Acordos Administrativos no Brasil: teoria e prática*. São Paulo: Almedina, 2020, pp. 157- 176.

WEBER, M. *Economía y sociedad*. FCE – Fondo de Cultura Económica, 2014.

WEDY, G. *O princípio constitucional da precaução como instrumento de tutela do meio ambiente e da saúde pública: (de acordo com o direito das mudanças climáticas e o direito dos desastres)*. Tercera edición. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2020.

WUNDER HACHEM, D. “Gestão Pública e a Realidade Latino-Americana”, en DIAS DA SILVEIRA, R.; AGUIRRE DE CASTRO, R. P. (Coord.). *Estudos Dirigidos de Gestão Pública na América Latina*. Vol. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2011, pp. 71-91.

_____. *Tutela Administrativa Efetiva dos Direitos Fundamentais Sociais: Por uma implementação espontânea, integral e igualitária*. (Tesis Doctoral). [en línea]. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2014. [consulta: 08 mayo 2022]. Disponible en: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/35104>.

XAVIER CABRAL, T. N. “Justiça Multiportas e Inovação”, en *Tecnologia e Justiça Multiportas*. FUX, L.; ÁVILA, H.; XAVIER CABRAL, T. N. (coords.). Indaiatuba: Editora Foco, 2021, pp.261-274.

ZANUTTIGH, L. “Proceso e tutela dell’ambiente nell’esperienza nordamericana”, en GAMBARO, A. (org.). *La tutela degli interessi difusi nel diritto comparato: con particolare riguardo alla protezione dell’ambiente e dei consumatori*. Milano: Giuffrè, 1976, p. 427.

ZANELLA DI PIETRO, M. S. *Direito Administrativo*. Vigésima quinta edición. São Paulo: Editora Atlas, 2012a.

_____. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Parceria Público –Privada e outras formas*. Novena edición. São Paulo: Editora Atlas, 2012b.

ZAPPAROLLI, C. R.; KRAHENBUL, M. C. *Negociação, Conciliação, Mediação, Facilitação Assistida, Prevenção, Gestão de Crises nos Sistemas e suas Técnicas*. São Paulo: LTR, 2012.

DOCUMENTOS DISPONIBLES EN INTERNET

BANCO MUNDIAL. El umbral del siglo XXI: Informe sobre el Desarrollo Mundial 1999-2000. [en línea]. Madrid: Mundi-Prensa, p. II. [consulta: 13 mayo 2022].

Disponible en:

<https://documents1.worldbank.org/curated/ar/961441468149961994/pdf/192790SPANISH0WDR0199902000.pdf>

BANCO MUNDIAL. *Informe sobre el desarrollo mundial 2016: Dividendos Digitales – Panorama General*. [en línea]. Washington: Banco Mundial. [consulta: 13 junio 2019]. Disponible en:

<http://documents.worldbank.org/curated/pt/658821468186546535/Informe-sobre-el-desarrollo-mundial-2016-dividendos-digitales-panorama-general>.

BRASIL. *Plano Diretor de Reforma do Aparelho Estatal*. Brasília: Presidência da República, 1995.

BRASIL. CNJ. Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, Brasil. [en línea] [consulta: 02 febrero 2019]. Disponible en: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>.

CATALUÑA. *Avantprojecte de llei del procediment administratiu i del règim jurídic de les administracions públiques de Catalunya. Memòria de retorn de les aportacions formulades en el tràmit de consulta pública previa*. [en línea]. Generalitat de Catalunya,

2022. [consulta: 08 mayo 2022]. Disponible en:

https://participa.gencat.cat/uploads/decidim/attachment/file/3593/MEM_return_AVLRJP.pdf

_____. Libro Blanco de la Mediación en Cataluña, p.805. [in línea] [consulta: 21 abril 2019] Disponible en:

http://justicia.gencat.cat/web/.content/documents/publicacions/llibres_fora_colleccio/libro_blanco_mediacion.pdf.

CEPEJ. European Judicial Systems. *Efficiency and quality of justice. Edition 2010(data 2008)* [en línea]. Estrasburgo: Council of Europe Publishing, 2010. [consulta: 27 septiembre]. Disponible en:

<http://www.poderjudicial.es/portal/site/cgpj/menuitem.a011a24df368a6083141f040655a4ea0/?vgnextoid=8adabb9ab6a08510VgnVCM1000006f48ac0aRCRD&vgnextlocale=es&vgnextfmt=default&lang_chosen=es>.

CLAD. Informe de Relatoría (Área 07) del XXV Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública. [en línea]. [consulta: 10 diciembre 2020]. Disponible en: <https://clad.org/wp-content/uploads/2020/12/Informe-de-relatoria-Area-7.pdf>.

CONSELHO NACIONAL DE INSTITUIÇÕES DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM. Código de Ética para Mediadores. [en línea] [consulta: 09 enero 2021]. Disponible en: <https://conima.org.br/mediacao/codigo-de-etica-para-mediadores/>.

ESPAÑA. *Estrategia Española de I+D+I en Inteligencia Artificial*. Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, 2019. [en línea] [consulta: 18 junio 2020]. Disponible

en: <http://www.ciencia.gob.es/stfls/MICINN/Ciencia/Ficheros/Estrategia_Inteligencia_Artificial_IDI.pdf>.

OCDE. España. *De la reforma de la administración a la mejora continua. Informe de la OCDE sobre gobernanza pública en España*. TUÑÓN NAVARRO, J. (traducción). 1ª

ed. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), 2014.

OCDE. *Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública. España: De la reforma administrativa a la mejora continua – Resumen Ejecutivo*. Paris: OCDE Publishing, 2012.

ONU. Asamblea General. “Hoja de ruta para la cooperación digital: aplicación de las recomendaciones del Panel de Alto Nivel sobre la Cooperación Digital”. *Informe del Secretario General de 25 de mayo de 2020*. Documento disponible en: <https://undocs.org/es/A/74/821>. Acceso en 21.01.2021.

ONU. Informe “*Environmental Rule of Law: First Report*”. [en línea]. [consulta: 19 septiembre 2021]. Disponible en: <https://www.unep.org/resources/assessment/environmental-rule-law-first-global-report>.

UNIÓN EUROPEA. Parlamento Europeo. *Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999*. Conclusiones de la Presidencia. [en línea] [consulta: 23 septiembre 2020]. Disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm>.

UNIÓN EUROPEA. Comunicación de la Comisión de 15 de mayo de 2001 «Desarrollo sostenible en Europa para un mundo mejor: estrategia de la Unión Europea para un desarrollo sostenible (Propuesta de la Comisión ante el Consejo Europeo de Gotemburgo)» [COM (2001) 264 final – no publicada en el Diario Oficial].

UNIÓN EUROPEA. Comunicación de la Comisión de 13 de diciembre de 2005 relativa a la revisión de la Estrategia para un desarrollo sostenible - Plataforma de acción [COM (2005) 658 final – no publicada en el Diario Oficial].

UNIÓN EUROPEA. COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES. Plan Coordinado sobre la Inteligencia artificial. Bruselas: Comisión Europea, 2018. COM(2018) 795 final. [en

línea] [consulta: 15 junio 2020]. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52018DC0795>.

UNIÓN EUROPEA. Código de conducta europeo para mediadores. [en línea] [consulta: 27 marzo 2018]. Disponible en: http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_es.pdf.

UNIÓN EUROPEA. Parlamento Europeo. “The impact of General Data Protection Regulation (GDPR) on Artificial Intelligence”. (Estudio). *Panel para el futuro de la ciencia y tecnología*. Servicio de Investigación del Parlamento Europeo (EPRS), PE 641.530 – June 2020. [en línea] [consulta: 19 septiembre 2020]. Disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/641530/EPRS_STU\(2020\)641530_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/641530/EPRS_STU(2020)641530_EN.pdf).

UNIÓN EUROPEA. Parlamento Europeo. “*Artificial Intelligence and Law Enforcement – Impact on Fundamental Rights.*” . (Estudio). Departamento Temático de Derechos de los Ciudadanos y Asuntos Constitucionales, PE 656.295 – Julio 2020. [en línea] [consulta: 19 septiembre 2020]. Disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/656295/IPOL_STU\(2020\)656295_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/656295/IPOL_STU(2020)656295_EN.pdf)

UNIÓN EUROPEA. Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on a Single Market for Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC. Brussels, 15.12.2020 COM(2020) 825 final 2020/0361 (COD). [en línea] [consulta: 27 diciembre 2020]. Disponible en: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/proposal-regulation-european-parliament-and-council-single-market-digital-services-digital>.

UNIÓN EUROPEA. Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act). Brussels, 15.12.2020 COM(2020) 842 final 2020/0374 (COD). [en línea] [consulta: 27 diciembre 2020] Disponible en: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/proposal-regulation-single-market-digital-services-digital-services-act_en.pdf.

UNIÃO EUROPEA. *Libro Blanco sobre la inteligencia artificial - un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza*. [en línea]. Bruselas: Comisión Europea, 2020, p. 02-03. [en línea] [consulta: 10 enero 2020]. Disponible en: <<https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/aace9398-594d-11ea-8b81-01aa75ed71a1>>.

UNIÃO EUROPEA. Comisión Europea. Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL LAYING DOWN HARMONISED RULES ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE (ARTIFICIAL INTELLIGENCE ACT) AND AMENDING CERTAIN UNION LEGISLATIVE ACTS COM/2021/206 final. [en línea] [consulta: 14 julio 2021]. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52021PC0206>.

SÍTIOS DE INTERNET VISITADOS

BAIRRO ANDRÉS, M. Hacia una Carta de Derechos Digitales. *Legal Today por y para abogados*, de 26 de noviembre de 2020. [en línea] [consulta: 13 diciembre 2020]. Disponible en: <https://www.legaltoday.com/legaltech/nuevas-tecnologias/hacia-una-carta-de-derechos-digitales-2020-11-26/>.

CÂMARA, J. Em 2020, quase 60% dos focos de incêndios no Pantanal foram provocados por ações humanas, dizem MPs. [en línea]. *G1 – Globo.com*, 2021. [consulta: 06 abril 2022]. Disponible en: <https://g1.globo.com/ms/mato-grosso-do-sul/noticia/2021/04/06/em-2020-quase-60percent-dos-focos-de-incendios-no-pantanal-foram-provocados-por-acoes-humanas-dizem-mps.ghtml>.

FERREIRO, D. Medio Ambiente y solidaridad. [en línea]. *Elpais.com*, 1990 [consulta: 28 octubre 2021]. Disponible en: https://elpais.com/diario/1990/06/05/sociedad/644536804_850215.html.

GUTERRES, A. Esta es, sobre todo, una crisis humana que llama a la solidaridad. [en línea]. *UN.org*. [consulta: 08 noviembre 2021]. Disponible en: <https://www.un.org/es/coronavirus/articles/humanitarian-crisis-coronavirus-solidarity>

SERVIÇO FEDERAL DE GERENCIAMENTO DE DADOS. *Serpro lança plataforma blockchain*. [en línea]. SERPRO. 2017. [consulta: 08 mayo 2022]. Disponible en: <http://www.serpro.gov.br/menu/noticias/noticias-2017/serpro-lanca-plataforma-blockchain-2>.

SIMÕES GOMES, H. “Como as robôs Alice, Sofia e Monica ajudam o TCU a caçar irregularidades em licitações”, en *Portal G1*, 2018. [en línea] [consulta: 11 mayo 2019]. Disponible en: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/como-as-robos-alice-sofia-e-monica-ajudam-o-tcu-a-cacar-irregularidades-em-licitacoes.ghtml>>.

SOS PANTANAL. Comparando Os incêndios de 2020 com 2021 no Pantanal: o que mudou? [en línea]. *SOS PANTANAL*, 2021. [consulta: 06 abril 2022]. Disponible en: <https://www.sospantanal.org.br/comparando-os-incendios-de-2020-com-2021-no-pantanal-o-que-mudou/>.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA. “Revolução tecnológica e desafios da pandemia marcaram gestão do ministro Noronha na presidência do STJ”. *Notícias*, 23 de agosto de 2020. [en línea] [consulta: 02 octubre 2020]. Disponible en: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/23082020-Revolucao-tecnologica-e-desafios-da-pandemia-marcaram-gestao-do-ministro-Noronha-na-presidencia-do-STJ.aspx>>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. “Inteligência artificial vai agilizar a tramitação de processos no STF”. *Notícias STF*, 30 de maio de 2018. [en línea] [consulta: 11 mayo 2019]. Disponible en: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380038>>.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS. Dois anos após a tragédia de Brumadinho, danos ainda são desconhecidos. [en línea]. *UFMG*. 2021. [consulta: 06 abril 2022]. Disponible en: <https://ufmg.br/comunicacao/noticias/dois-anos-apos-a-tragedia-de-brumadinho-danos-ainda-sao-desconhecidos>.

UNIVERSIDAD DE VALENCIA. Catálogo de patrimonio. Tribunal de las Aguas. [en línea] [consulta: 17 enero 2021]. Disponible en: <https://www.uv.es/catedra-horta-valencia/es/catalogo-patrimonio/tribunal-aguas/tribunal-aguas.html>.

VIEGAS, A. et al. Um ano após perder 26% do bioma, Pantanal corre o risco de ter incêndios piores neste inverno. [en línea]. *G1 – Globo.com*, 2021. [consulta: 06 abril 2022]. Disponible en: <https://g1.globo.com/ms/mato-grosso-do-sul/noticia/2021/07/10/um-ano-apos-perder-26percent-do-bioma-pantanal-corre-o-risco-de-ter-incendios-piores-neste-inverno.ghtml>.

JURISPRUDENCIA

- UNIÓN EUROPEA

STEDH de 23 de abril de 1987, TEDH 1987/8.

STEDH de 19 de febrero de 1988, TEDH 1998/2.

SSTEDH de 20 de mayo de 1999, TEDH 199/22.

STEDH de 8 de julio de 2003, TEDH 2003/40.

STEDH de 5 de febrero de 2008, TEDH 2008/4.

- ESPAÑA

STC 2/1981, de 30 de enero.

STC de 27 de noviembre de 1985.

STC 178/1989 (Pleno), de 2 de noviembre.

STC 63/1994, de 28 de febrero.

STC 102/1995, de 26 de junio (RTC 1995, 102).

STC 194/2004, de 10 de noviembre (RTC 2004, 194).

STJ de 31 de marzo de 1992, C-255/90.

STJ de 6 de marzo de 2003, C-41/00.

STS 13/2006, de 20 de enero.

STS de 23 de febrero de 2011 (rec. 4129/2006).

- BRASIL

HC83554/PR (Rel. Min. Gilmar Mendes).

RE548.181/PR (Rel. Min. Rosa Weber).

REsp 1.251.697/PR.

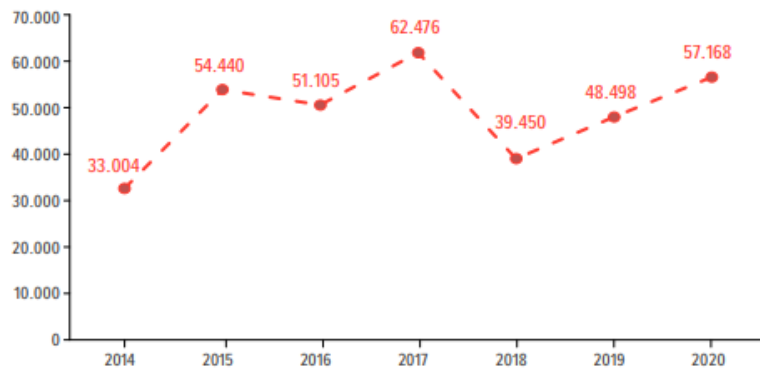
AgRg no Agravo em REsp 62.584/RJ.

REsp 1.318.051/RJ.

ANEXO

Figura 01

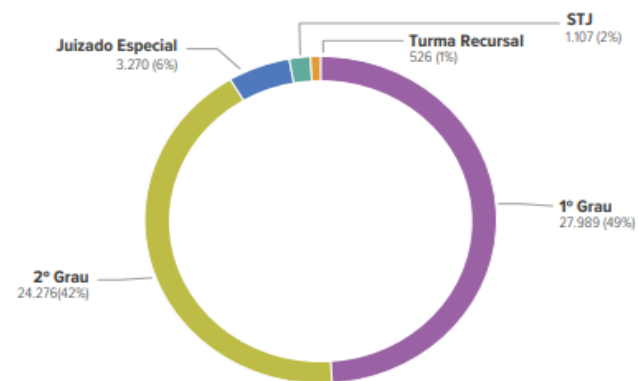
Figura 225 - Série histórica do número de casos novos ambientais



Fonte: Conselho Nacional de Justiça, 2021.

Figura 02

Figura 224 - Número de casos novos ambientais em 2020, por instância



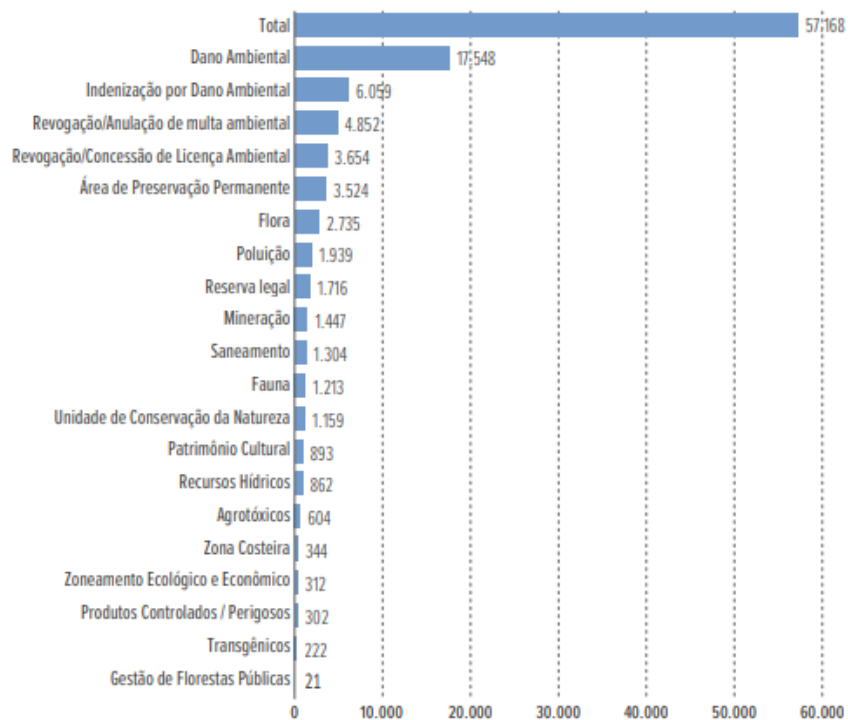
Fonte: Conselho Nacional de Justiça, 2021.

Figura 03

	5. DIREITO PREVIDENCIÁRIO –Benefícios em Espécie/Aposentadoria por Tempo de Contribuição (Art. 55/6)	274.943 (0,52%)
Estadual	1. DIREITO CIVIL–Obrigações/Espécies de Contratos	2.665.873 (5,08%)
	2. DIREITO DO CONSUMIDOR–Responsabilidade do Fornecedor/Indenização por Dano Moral	1.655.989 (3,15%)
	3. DIREITO CIVIL–Família/Alimentos	1.303.589 (2,48%)
	4. Direito Ambiental–Responsabilidade Civil/Indenização por Dano Moral	1.274.975 (2,43%)
	5. DIREITO TRIBUTÁRIO–Dívida Ativa	1.115.477 (2,12%)
Municipal	1. DIREITO ELEITORAL–Eleições/Cargos	949.062 (1,81%)
	2. DIREITO ELEITORAL–Eleições/Candidatos	608.652 (1,16%)
	3. DIREITO ELEITORAL–Eleições/Prestação de Contas	440.346 (0,84%)

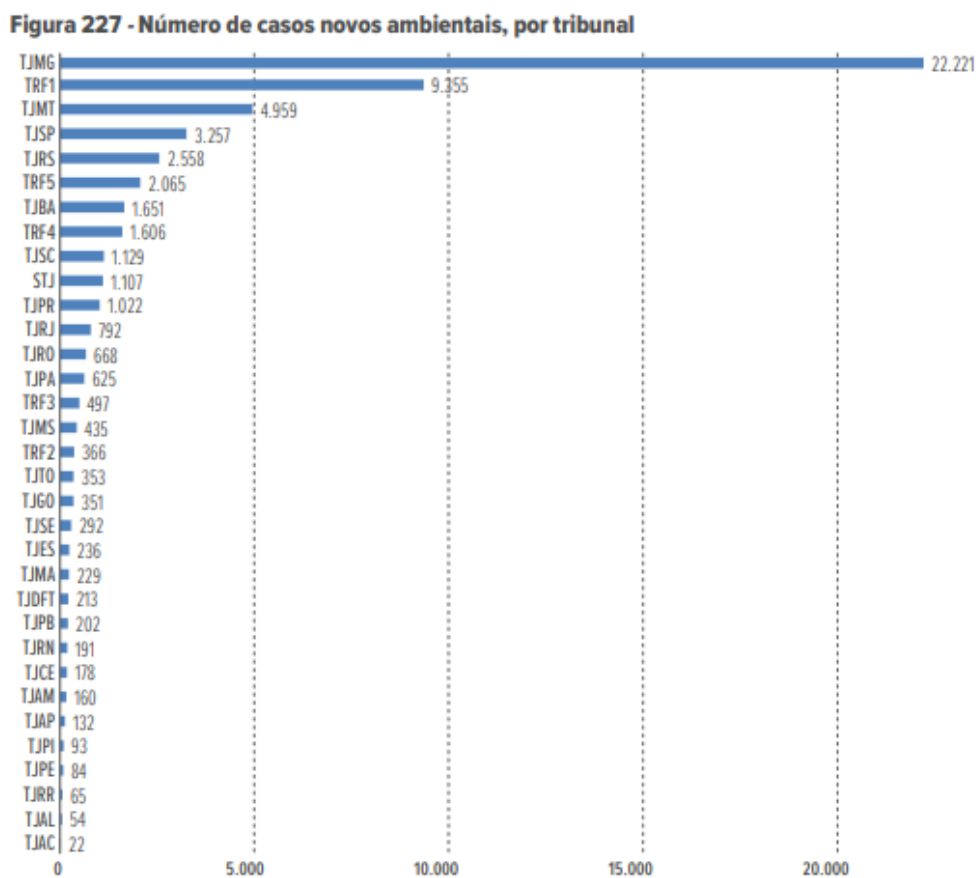
Figura 04

Figura 226 - Assuntos ambientais mais demandados em 2020



Fonte: Conselho Nacional de Justiça, 2021.

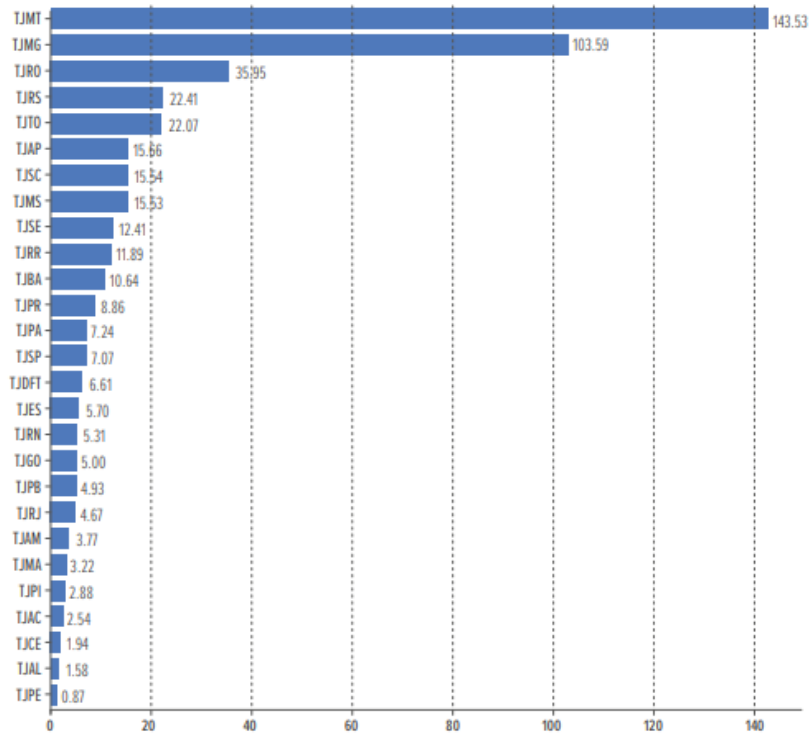
Figura 05



Fonte: Conselho Nacional de Justiça, 2021.

Figura 06

Figura 228 - Número de casos novos ambientais por cem mil habitantes na Justiça Estadual



Fonte: Conselho Nacional de Justiça, 2021.

