

COLECCIÓN
JÓVENES INVESTIGADORES

ACCESO A LA JUSTICIA Y MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA EXTRAJUDICIAL EN EL ESTADO RELACIONAL

NUEVAS PERSPECTIVAS EN
BRASIL Y ESPAÑA

Renata Fabiana S. Silva



eBook en www.colex.es



COLECCIÓN JÓVENES INVESTIGADORES

Directores:

DRA. FONTESTAD PORTALÉS, LETICIA

*Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de Málaga
lfp@uma.es*

DR. SUÁREZ XAVIER, PAULO RAMÓN

*Investigador Posdoctoral Margarita Salas del Área de
Derecho Procesal Universidad de Málaga
Universidad de Barcelona
ramonsuarez@ub.edu*

Subdirectora:

DRA. JIMÉNEZ LÓPEZ, MARÍA DE LAS NIEVES

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Procesal
Universidad de Málaga
mnievesjl@uma.es*

Coordinadores académicos

Laura Andrea Flórez Álvarez

Universidad de Málaga

Francesc Pérez Tortosa

Universidad de Málaga

Secretaria académica

Ester Renedo Santamaría

*Profesora de Derecho Administrativo
Universidad Isabel I
Investigadora predoctoral
Universidad de Burgos*

Consejo editorial:

DR. ÁLVAREZ ALARCÓN, ARTURO

Universidad de Cádiz

DRA. ARANGÜENA FANEGO, MARÍA DEL CORAL

Universidad de Valladolid

DRA. BARONA VILAR, SILVIA

Universidad de Valencia

DR. BUJOSA VADELL, LORENZO

Universidad de Salamanca

DRA. CALAZA LÓPEZ, SONIA

Universidad Nacional de Educación a Distancia

DR. COLOMER HERNÁNDEZ, IGNACIO

Universidad Pablo de Olavide

DRA. DE HOYOS SANCHO, MONTSERRAT

Universidad de Valladolid

DRA. JIMENO BULNES, MAR

Universidad de Burgos

DR. LASSO, ROGELIO

University of Illinois Chicago

DR. MARINONI, LUIZ GUILHERME

Universidade Federal do Paraná

DR. MARTÍN DIZ, FERNANDO

Universidad de Salamanca

DR. PERLINGEIRO MENDES DA SILVA, RICARDO

Universidade Federal Fluminense

DRA. PILLADO GONZÁLEZ, ESTHER

Universidad de Vigo

DRA. SOLETO MUÑOZ, HELENA

Universidad Carlos III de Madrid

DR. VALLESPÍN PÉREZ, DAVID

Universidad de Barcelona

**COLECCIÓN
JÓVENES INVESTIGADORES**

ACCESO A LA JUSTICIA Y MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA EXTRAJUDICIAL EN EL ESTADO RELACIONAL

Nuevas perspectivas en Brasil y España

Renata Fabiana S. Silva

COLEX 2023

Copyright © 2023

Queda prohibida, salvo excepción prevista en la ley, cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con autorización de los titulares de propiedad intelectual. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (arts. 270 y sigs. del Código Penal). El Centro Español de Derechos Reprográficos (www.cedro.org) garantiza el respeto de los citados derechos.

Editorial Colex S.L. vela por la exactitud de los textos legales publicados. No obstante, advierte que la única normativa oficial se encuentra publicada en el BOE o Boletín Oficial correspondiente, siendo esta la única legalmente válida, y declinando cualquier responsabilidad por daños que puedan causarse debido a inexactitudes e incorrecciones en los mismos.

Editorial Colex S.L. habilitará a través de la web www.colex.es un servicio online para acceder a las eventuales correcciones de erratas de cualquier libro perteneciente a nuestra editorial, así como a las actualizaciones de los textos legislativos mientras que la edición adquirida esté a la venta y no exista una posterior.

© Renata Fabiana S. Silva

© Editorial Colex, S.L.

Calle Costa Rica, número 5, 3º B (local comercial)

A Coruña, C.P. 15004

info@colex.es

www.colex.es

I.S.B.N.: 978-84-1359-859-8

Depósito legal: C 483-2023

SUMARIO

| | |
|--------------------------------------|----|
| AGRADECIMIENTOS | 13 |
| PRESENTACIÓN | 15 |
| PRÓLOGO | 17 |
| <i>Dr. Antonio José Sánchez Sáez</i> | |
| PRÓLOGO | 19 |
| <i>Dra. Beatriz Belando Garín</i> | |
| LISTADO DE ABREVIATURAS | 21 |
| INTRODUCCIÓN | 23 |

CAPÍTULO PRIMERO

DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA BUROCRÁTICA A LA RELACIONAL

| | |
|---|----|
| 1. NOCIONES PROPEDÉUTICAS | 25 |
| 2. ANTECEDENTES HISTÓRICO-JURÍDICOS | 27 |
| 2.1. Fundamentos del Estado liberal | 28 |
| 2.1.1. El Estado liberal en España y Brasil | 30 |
| 2.2. Fundamentos del Estado social | 33 |
| 2.2.1. El Estado social en España y Brasil | 35 |
| 2.2.2. Crisis del Estado social | 37 |
| 3. MODELOS DE ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA | 40 |
| 3.1. La burocracia | 40 |
| 3.1.1. La burocracia en las AAPP españolas y brasileñas | 42 |
| 3.2. La Nueva Gestión Pública (NGP) | 46 |
| 3.2.1. Aplicación de la NGP en España y Brasil | 48 |

SUMARIO

| | |
|--|----|
| 4. NUEVAS DIRECTRICES PARA LA MODERNIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. | 53 |
| 4.1. Buena administración | 54 |
| 4.1.1. La inserción de la buena administración en España y Brasil | 63 |
| 4.2. Estrategias tecnológicas | 67 |
| 4.2.1. Gobierno electrónico | 71 |
| 4.2.2. Gobierno abierto | 77 |
| 4.2.3. «Smartificación» de la Administración pública | 84 |
| 4.3. Incorporación de la tecnología en las Administraciones españolas y brasileñas | 92 |

CAPÍTULO SEGUNDO

LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA RELACIONAL

| | |
|--|-----|
| 1. EL NUEVO CONCEPTO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA RELACIONAL | 101 |
| 2. EL DIÁLOGO COMO CRITERIO RACIONAL PARA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA RELACIONAL | 105 |
| 3. PARTICIPACIÓN Y COLABORACIÓN EN EL ÁMBITO ADMINISTRATIVO | 107 |
| 4. EL CONSENSO COMO HERRAMIENTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA RELACIONAL | 115 |

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 | 123 |
| 1.1. Sistema multipuertas y « <i>Alternative Dispute Resolution</i> »: nuevo paradigma de acceso a la justicia | 126 |
| 1.2. Evolución de los ADR en España y Brasil | 132 |
| 2. PERFIL DE LOS ADR | 135 |
| 2.1. Clases de ADR | 135 |
| 2.1.1. Arbitraje | 137 |
| 2.1.2. Negociación | 140 |
| 2.1.3. Conciliación | 143 |
| 2.1.4. Mediación | 147 |
| 2.1.4.1. Antecedentes histórico-jurídicos | 147 |
| 2.1.4.2. Evolución de la mediación en España | 148 |
| 2.1.4.3. Evolución de la mediación en Brasil | 152 |
| 2.1.4.4. Concepto | 153 |
| 2.1.4.5. Principios | 154 |

SUMARIO

| | |
|---|-----|
| 2.1.5. Tipos híbridos | 162 |
| 2.1.5.1. Med-Arb. | 164 |
| 2.1.5.2. Arb-Med. | 165 |
| 2.1.5.3. Mini-trial. | 166 |
| 3. DISRUPCIÓN TECNOLÓGICA Y ONLINE DISPUTE RESOLUTION | 167 |

CAPÍTULO CUARTO

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

| | |
|--|-----|
| 1. INTRODUCCIÓN | 171 |
| 2. BASES CONSTITUCIONALES DE LA MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA EN ESPAÑA Y BRASIL | 172 |
| 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. | 173 |
| 2.2. Democracia, pluralismo, eficiencia y subsidiariedad como argumentos constitucionales de refuerzo a la mediación en ámbito administrativo. | 178 |
| 3. PERFIL DE LA MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA | 187 |
| 3.1. Concepto | 187 |
| 3.2. Peculiaridades del conflicto administrativo. | 189 |
| 3.3. Principios aplicables a la mediación administrativa | 191 |
| 3.3.1. Voluntariedad | 191 |
| 3.3.2. Igualdad | 192 |
| 3.3.3. Imparcialidad | 194 |
| 3.3.4. Confidencialidad | 196 |
| 3.3.5. Legalidad | 196 |
| 3.3.6. Otros principios | 197 |
| 3.4. Sujetos de la mediación administrativa. | 197 |
| 3.4.1. Administración pública. | 198 |
| 3.4.2. Administrado | 199 |
| 3.4.3. Mediador administrativo | 200 |
| 3.4.4. Otros intervinientes | 204 |
| 3.5. Mediabilidad administrativa | 206 |
| 3.6. Clases de mediación administrativa | 211 |
| 3.6.1. Intrajudicial | 211 |
| 3.6.3. Extrajudicial | 215 |
| 3.7. Resultado del procedimiento de mediación administrativa: el acuerdo | 219 |
| 3.8. Garantías de los administrados en el procedimiento de mediación | 222 |

SUMARIO

| | |
|--|-----|
| 3.9. Dificultades en la aplicación de la mediación en el ámbito administrativo | 224 |
| 3.10. Mediación administrativa: ¿realidad del presente o expectativa para el futuro? | 226 |
| CONCLUSIONES | 229 |
| BIBLIOGRAFÍA | 235 |
| DOCUMENTOS DISPONIBLES EN INTERNET | 261 |
| SITIOS DE INTERNET VISITADOS | 263 |

AGRADECIMIENTOS

«Son muchas las manos y los corazones que contribuyen al éxito de una persona»

Walt Disney

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

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 superase los obstáculos y avanzase en los estudios, haciendo posible concluir el Máster y el Doctorado en Derecho en otro país.

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, la investigación que ha generado esta obra no sería posible.

Tampoco puedo dejar de manifestar mis agradecimientos a la Profesora Leticia Fontestad Portalés que amablemente me recibió para una estancia de investigación en la Universidad de Málaga. Seguramente este periodo de investigación, bajo la supervisión de la Profesora Leticia Fontestad Portalés, ha contribuido mucho para esta obra.

Agradezco a todos mis amigos y profesores que me apoyaron en este proceso, sea con el debate de ideas y conceptos, con la ayuda en el castellano o con el soporte emocional tan necesario en los momentos de baja de ánimo. Entre ellos, hago una mención especial a los Profesores Esperanza Macarena Sierra Benítez, Juan Pablo Murga Fernández, Teresa Aguado Correa, Jorge Antonio Quindimil López y María Luísa Gómez Jiménez.

No puedo dejar de registrar mi eterna gratitud al Profesor Jaime Rodríguez-Arana, fuente de conocimiento e inspiración para las ideas desarrolladas en este trabajo. Además del indiscutible conocimiento, es una persona de intensa generosidad y amabilidad. El mismo registro tengo que hacer al Profesor Juarez Freitas, siempre muy amable y atencioso, cuya doctrina también fue esencial al desarrollo de esta obra.

Aún tengo que agradecer al amigo Ramón Suárez, no sólo por sus sugerencias y aportaciones derivadas de su intenso conocimiento en filosofía y derecho procesal español, sino también por su amistad incondicional.

Por fin, no puedo olvidar de todos los funcionarios de la Biblioteca de la Universidad de Sevilla. La atención, el cariño y la ayuda recibida por estos profesionales fueron fundamentales al desarrollo de la investigación que ha generado esta obra.

Sin la colaboración de todas estas manos y corazones, no sería posible la conclusión de este libro.

Muito obligada!

PRESENTACIÓN

Esta monografía, de autoría de la Dra. D.^a Renata Fabiana Santos Silva, supone la primera obra con la que daremos inicio a la *Colección Jóvenes Investigadores* que, con entusiasmo e ilusión, lanzamos con el apoyo y la colaboración de la prestigiosa Editorial Colex. Como directores de la Colección, nos enorgullece realizar tanto la presentación de este trabajo de investigación como la presentación de la propia Colección.

Comencemos por hablar un poco de la Colección y su finalidad. La *Colección Jóvenes Investigadores* tiene como objetivo principal apoyar la investigación emergente y de calidad realizada por jóvenes investigadores en el ámbito de las Ciencias Jurídicas. Para ello, a través de esta Colección, se difundirán los trabajos de excelencia académica de jóvenes doctores y jóvenes investigadores, debidamente evaluados y avalados por el Comité Científico de la Colección del que forman parte Catedráticos de Derecho de diferentes Universidades Españolas. A efectos de la Colección, se entenderá por jóvenes investigadores, todos aquellos que se encuentren en fase de finalización de sus estudios de doctorado o que habiendo obtenido ya el título de doctor, no hayan transcurrido más de diez años desde la fecha de obtención.

La idea de crear esta Colección surge a partir de la realización del I Congreso Internacional de Jóvenes Investigadores organizado por los profesores del área de Derecho Procesal en la Universidad de Málaga que, ya en aquella ocasión, contó con la participación de la, entonces doctoranda, Renata Fabiana Silva y más de cincuenta jóvenes investigadores de España y de otros países.

El intercambio de conocimientos científicos y la gran acogida que tuvo el evento entre los jóvenes investigadores, propició que de la estrecha colaboración de los profesores de Derecho Procesal de la Universidad de Málaga con la Editorial Colex, surgiera la Colección Jóvenes Investigadores.

Abrir la colección con una obra de autoría de la Dra. Santos Silva, concretamente la adaptación de su tesis doctoral, nos llena de orgullo por varias razones. En primer lugar, porque la Dra. Santos Silva fue una de los más de cincuenta jóvenes investigadores tanto de Universidades españolas como extranjeras que participaron en la primera edición del Congreso de Jóvenes investigadores de la cual parte la idea de crear esta Colección. En segundo lugar, por su participación constante en las actividades dirigidas a los jóvenes investigadores realizadas en la Universidad de Málaga. Y, por último, por la calidad y rigor científico de la obra que se presenta.

La obra de la Dra. Santos Silva con la que inauguramos esta Colección supone un novedoso estudio sobre la implementación de la mediación administrativa desde una perspectiva comparada entre el Ordenamiento jurídico brasileño y el español, y la inclusión de los métodos alternativos de resolución de controversias.

Nos encontramos, sin lugar a duda, ante una obra de gran actualidad e interés, expresiva del elevado criterio de calidad perseguido por esta Colección, por lo que no nos queda más que recomendar su lectura y felicitar a su autora por el magnífico trabajo de investigación.

En Málaga, 18 de enero de 2022,

Dra. Leticia Fontestad Portalés

*Profesora Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Málaga
Consejo Académico Consultivo Guerrero Abogados*

Dr. Ramón Suárez

*Investigador Posdoctoral Margarita Salas
Universidad de Málaga / Universidad de Barcelona
Miembro del Observatorio de Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona*

PRÓLOGO

Dr. Antonio José Sánchez Sáez

Renata Fabiana Santos Silva no es una alumna de tesis normal.

Entiéndaseme bien.

No es la típica alumna nativa estudiosa que haya hecho su Grado en la Universidad de Sevilla y que, por la inercia de las cosas y el devenir de la vida, haya acabado haciendo una tesis doctoral, para quedarse en la Universidad.

Tampoco lo es en el sentido de que no encarna el prototipo de un alumno extranjero que viene a Sevilla a realizar una tesis «de aliño» que le pueda servir para abrirse puertas en su país, gracias al prestigio de un Doctorado europeo.

Porque Renata era ya una jurista consolidada y consumada en su Brasil natal, donde ocupaba el importante puesto de Jefe del Centro de Estudios y Perfeccionamiento de la «Procuradoria Geral do Estado da Bahia», además de ser profesora asociada en la Universidad de Salvador. No necesitaba, por tanto, los laureles de una Tesis en España o en Portugal, para subir en la escala social y jurídica de su país, que ya había alcanzado. En su caso, estamos hablando del «ser», más que del «tener», en palabras que siempre me repetía mi maestro Alfonso Pérez Moreno cuando yo me encontraba en la tesitura de comenzar mi Tesis doctoral.

Renata terminó el Máster oficial de Derecho Público de la Universidad de Sevilla con las mejores calificaciones de su promoción. Y ha realizado una tesis doctoral brillante, hecha de esfuerzo sacado a deshoras, de estudios en el avión de ida y vuelta del querido país hermano brasilero, de investigación robada al sueño o a las fiestas, durante varios años, leyendo todo lo que yo le pedía, echando ratos sin fin en la Biblioteca de nuestra Facultad y en las de su país, apretando, en suma, los dientes, hasta escribir la tesis fulgurante que ahora, lector, tienes en tus manos.

Ella no quería hacer falso derecho comparado, como nos advertía D. Alejandro Nieto tantas veces, poniendo capítulos superpuestos de los distintos regímenes jurídicos de España y Brasil, sin entrecruzarlos ni compararlos, sino que, de verdad, en cada apartado y subapartado de su tesis ha comparado las soluciones jurídicas de ambos países, en materia de mediación administrativa y extrajudicial, para un mejor y más amplio acceso a la justicia ambiental, concebida en un sentido amplio.

El tema ya le venía dado desde su TFM en nuestro Máster, pero lo acreció con creces tras varios años de estudio. A mí, ambientalista de larga data, me parecía adecuado, pero encajándolo adecuadamente dentro del movimiento en favor de una Administración relacional que venimos viviendo en España, Europa y Estados Unidos en las últimas décadas, una Administración dispuesta a celebrar convenios y

ADRs en las materias discrecionales que lo permitan, especialmente en la ambiental, avanzadilla en tantas cosas en nuestra disciplina, sin pactar el núcleo, claro está, de la potestad administrativa, que es indisponible para los entes públicos sometidos al Derecho Administrativo.

Por sus páginas desfilan la mediación administrativa, la protección ambiental, las nuevas herramientas consensuadas de tutela ambiental, y, finalmente, la mediación administrativa extrajudicial como posibilidad de ampliación del acceso a la justicia ambiental, cuya puerta quedó abierta en el Convenio de Aarhus y el Acuerdo de Escazú, respectivamente.

Y es que en un país, que es más un continente, lleno de recursos naturales fabulosos, la temática ambiental se vive como una problemática cierta y no teórica, que afecta no solo a las poblaciones indígenas que los mantienen, sino también al resto del planeta, que disfruta de sus prestaciones. Late en el fondo de la tesis de Renata una preocupación honda y sentida por el alma de su tierra, para que no esquilme sus riquezas naturales, pero también huye del sentimentalismo ambiental, tan en boga, ay, en los últimos años, pues aboga por su explotación razonable, y, en definitiva, por un entendimiento entre las Administraciones y los afectados a la hora de dirimir conflictos ambientales.

Quede, pues, aquí, negro sobre blanco, mi testimonio de testigo privilegiado del esfuerzo de Renata Fabiana, que he compartido al alimón con mi compañera de la Universidad de Valencia la Profa. Beatriz Belando Garín, a la que conocí en el Real Colegio Complutense de la Universidad de Harvard hace muchos años, que ha tenido la fortuna de codirigir la tesis conmigo.

Antonio José Sánchez Sáez
Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Sevilla
Sevilla, a 23 de enero de 2023.

PRÓLOGO

Dra. Beatriz Belando Garín

La presente obra es fruto de la tesis doctoral de la autora que obtuvo la calificación de sobresaliente «cum laude» en la Universidad de Sevilla en el año 2022 y que tuvo el honor de codirigir con mi estimado compañero y catedrático de la citada Universidad, Antonio José Sánchez Sáez.

La monografía que ahora ve la luz es el resultado así de un largo de proceso de estudio y análisis comparativo entre dos realidades jurídicas diversas, Brasil y España, pero que comparten un problema común: la necesidad de actualizar ciertas instituciones públicas para dar respuesta a una nueva demanda de la sociedad, el acercamiento de estas a la realidad social. En concreto, el libro aborda los nuevos parámetros de Justicia Administrativa, en la que se incluye la mediación, en línea con lo expuesto recientemente por el Consejo de Europa (CEPEJ, *Promoting mediation to resolve administrative disputes in Council of Europe member states*, 22 de diciembre de 2022). Para ello se exponen con claridad los argumentos por los que es constitucional y legalmente posible la mediación administrativa, recogiendo los pronunciamientos legales y jurisprudenciales más significativos que hasta la fecha se han producido sobre este extremo.

Los nuevos mimbres de la Justicia Administrativa, que incluyen a la mediación administrativa entre sus instrumentos de desarrollo, requieren igualmente de unas aclaraciones previas sobre la nueva posición de la Administración ante los ciudadanos o sobre la diferenciación entre la mediación y el arbitraje o la conciliación. La autora hace así un imprescindible repaso al concepto de Buena Administración en los textos normativos y en la jurisprudencia nacional y europea y a las distintas fórmulas de *Alternative Dispute Resolution* (ADR).

Finalmente, la autora no se limita a una reflexión genérica sobre la inclusión de la mediación en la Justicia administrativa, sino que la enmarca en los litigios climáticos (Justicia Ambiental) donde los procesos contenciosos no permiten dar cobertura adecuada a todos los intereses públicos presentes, al margen de las dificultades procesales que estos poseen y que han sido magníficamente expuestos por nuestra doctrina y recogidos en la monografía.

En definitiva, la autora propugna una nueva concepción de Justicia Administrativa, que abarcaría a la mediación extraprocésal en línea con lo planteado en el Proyecto de Ley de medidas de Eficiencia Procesal (BOCG de 22 de abril de 2022) prevista para los asuntos civiles y mercantiles y que ha incluido a los «MASC» (Medio más adecuado de resolución de controversias), como paso previo y obligatorio para la interposición de una demanda.

La autora aborda de esta forma un tema complejo y lo hace con profundidad, desde el dominio del derecho comparado, permitiendo al lector acercarse con conocimiento a las nuevas realidades que se aproximan.

En Valencia, 25 de enero de 2023

Beatriz Belando Garín
Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Valencia

LISTADO DE ABREVIATURAS

| | |
|-----------------|---|
| AP /AAPP | Administración pública / Administraciones públicas |
| ADR | <i>Alternative Dispute Resolution</i> |
| Ag.Rg | <i>Agravo Regimental</i> |
| BAPE | <i>Bureau d'audiences publiques sur l'environnement</i> |
| BOE | Boletín Oficial del Estado |
| CA/CCAA | Comunidad Autónoma /Comunidades Autónomas |
| CCAF | <i>Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal</i> |
| CDD | Carta de Derechos Digitales |
| 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 |
| CIDDCAP | Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública. |
| CIGE | Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico |
| CIIGP | Carta Iberoamericana de Innovación en la Gestión Pública |
| CICGP | Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión Pública |
| CLAD | Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo |
| CNJ | <i>Conselho Nacional de Justiça</i> |
| CNMP | <i>Conselho Nacional do Ministério Público</i> |
| CONIMA | <i>Conselho Nacional de Instituições de Mediação e Arbitragem</i> |
| CORA | Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas |
| DASP | <i>Departamento Administrativo do Serviço Público</i> |
| DOE | <i>Diário Oficial do Estado</i> |
| IA | Inteligencia Artificial |
| LAI | <i>Lei de Acesso à Informação</i> |
| LCSP | Ley de Contratos del Sector Público |

| | |
|---------------|---|
| LEC | Ley de Enjuiciamiento Civil |
| LINDB | <i>Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro</i> |
| 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 | <i>Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado</i> |
| MSC | <i>Mandado de Segurança Coletivo</i> |
| NGP | Nueva Gestión Pública |
| OCDE | Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos |
| ODR | <i>Online Dispute Resolution</i> |
| RE | <i>Recurso Extraordinário</i> |
| Resp | <i>Recurso Especial</i> |
| STF | <i>Supremo Tribunal Federal</i> |
| STJ | <i>Superior Tribunal de Justiça</i> |
| TFUE | Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea |
| TEDH | Tribunal Europeo de Derechos Humanos |
| TC | Tribunal Constitucional |
| TCU | <i>Tribunal de Contas da União</i> |
| TIC | Tecnología de la Información y Comunicación |
| TST | <i>Tribunal Superior do Trabalho</i> |
| TJUE | Tribunal de Justicia de la Unión Europea |
| UE | Unión Europea |

INTRODUCCIÓN

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, como la mediación.

Esta realidad también afecta el Derecho Administrativo, que experimenta una metamorfosis en sus elementos tradicionales, como: el acto administrativo, el servicio público, el interés general. En este contexto, la sociedad de la información y comunicación exige de la Administración pública (en adelante, AP) una postura más centrada en la colaboración y en el diálogo. Así, la solución de los conflictos administrativos también sigue esta tendencia relacional que genera nuevas posibilidades de solución para este tipo de controversia.

El objetivo principal de esta obra es demostrar la viabilidad y aplicabilidad de la mediación administrativa extrajudicial para la apertura del acceso a la justicia en los conflictos entre las Administraciones públicas (en adelante, AAPP) y los administrados en Brasil y en España. El libro está organizado en cuatro capítulos, que buscan comprender las razones de esta tendencia a partir del análisis del proceso de cambio y modernización de las AAPP, como también a través de la evolución del concepto de acceso a la justicia.

En este sentido, 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 AAPP 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 de 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 solución de conflictos, incluyendo los mecanismos híbridos y la resolución en línea.

Por fin, 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 imperativo examinar el anclaje constitucional de la mediación administrativa en Brasil y en 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 analizar 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.

En las conclusiones del trabajo, pretendemos ofrecer al lector reflexiones y respuestas a algunas preguntas lanzadas en el curso de la obra. Con efecto, la tutela judicial no es el mejor, ni el único camino para garantizar el acceso a la justicia, sobre todo en disputas de naturaleza administrativa. Es necesario imponer una nueva gobernanza en la resolución de esta categoría de conflictos basada en la democracia, flexibilidad y en el consenso.

CAPÍTULO PRIMERO

DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA BUROCRÁTICA A LA RELACIONAL

1. NOCIONES PROPEDÉUTICAS

La AP contemporánea experimenta un período de profunda transformación 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 las prácticas de consenso y de colaboración.

Según ESTEVE PARDO, estas transformaciones registradas en las 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 adaptación de las estructuras de los órganos estatales 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 realizarse «desde la convicción de que el poder público es una institución para mejorar las condiciones de vida de los ciudadanos»³.

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.º 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.

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.º 6, 2013, p.34.

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 y de la 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 es necesario buscar soluciones no 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.

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.

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 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.º 119, mayo-agosto, 1989, p. 93.

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 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 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 de 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.

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 – IFCI, 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.

ACCESO A LA JUSTICIA Y MEDIACIÓN ADMINISTRATIVA EXTRAJUDICIAL EN EL ESTADO RELACIONAL

El acceso a la justicia constituye uno de los mayores retos de la sociedad en el siglo XXI, considerando la complejidad que ha asumido la configuración del derecho a la tutela judicial efectiva en las últimas décadas. Dicha complejidad se amplifica si consideramos los cambios que se han visto en la forma como la Administración Pública se relaciona con los administrados.

En este contexto, las Administraciones públicas deben adoptar una postura más democrática y relacional, permitiendo una participación más efectiva de los administrados en las cuestiones de interés general. Esta perspectiva relacional también alcanza las políticas y estrategias de resolución de conflictos. Por tanto, es necesario garantizar el acceso a la justicia en una perspectiva sustantiva, permitiendo la apertura de la justicia a otros tipos de soluciones.

Por ello, el objetivo central de esta obra es investigar la viabilidad y aplicabilidad de la mediación administrativa extrajudicial para la apertura del acceso a la justicia en los conflictos entre los administrados y las Administraciones públicas, en el contexto brasileño y español.



RENATA FABIANA S. SILVA

Letrada del Estado de Bahía (Brasil). Actualmente ocupa el puesto de Letrada Jefe del Centro de Estudios y Perfeccionamiento de la Procuraduría General del Estado de Bahía. Profesora de Derecho Administrativo de la Universidade Salvador (Brasil).

Es Doctora en Derecho (*cum laude*) por la Universidad de Sevilla (España), dónde también ha cursado el Máster en Derecho Público y ha obtenido el premio extraordinario de fin de estudios. Posé estudios de posgrado en Fundamentos de Derecho Público Global por la Universidade da Coruña (España).

PVP: 30,00 €

ISBN: 978-84-1359-859-8



9 788413 598598