

CARBALLO MARTÍNEZ, Gerardo: *La Mediación Administrativa y el Defensor del Pueblo*, Defensor del Pueblo-Thomson Aranzadi, 2008, 531 págs.

La obra se estructura en trece capítulos divididos a su vez en dos partes. En la primera de ellas el autor hace un estudio detallado del concepto de «mediación», entendida ésta como un instrumento para la resolución de conflictos a través de una instancia no judicial dirimente y neutral que proponga a los contendientes un acuerdo con la finalidad de acabar con el conflicto y evitar el litigio judicial. En la segunda parte de la obra se estudia la aplicación de este modelo de justicia compositiva por el Defensor del Pueblo a lo largo de los años de Democracia.

El Capítulo Primero se inicia con una referencia histórica a los orígenes de la mediación y la evolución de la misma hasta su incorporación en la Constitución Española de 1978 en el ámbito administrativo. En todo caso, la idea de mediación surge desde la necesidad de establecer un marco de pacificación en el seno de una comunidad política y bajo la idea de justicia. En concreto, en España, en el siglo IV aparece «el Defensor Civitatis» o «Defensor Plebis» que actuaba como mediador y protector de los ciudadanos frente a los abusos y violencias de los curiales. Esta actividad mediadora se mantiene en la España musulmana con el «Sahib al-Mazalim» (señor de las injusticias), en la Edad Media con la mediación «regia» (aunque en realidad en-

cubría una resolución arbitraria del Rey en la protección de privilegios de clase frente a una reclamación posiblemente justa), y en épocas posteriores, la mediación aparece entremezclada con otras figuras compositivas como el arbitraje.

En los inicios del constitucionalismo se mantienen distintas vías que tratan de poner fin a los conflictos pero van dirigidas principalmente a las relaciones entre particulares dejando fuera una posible solución entre éstos y la Administración cuyo objetivo principal es la defensa del interés general por encima del particular. Esta situación se agrava con el movimiento positivista en el que las relaciones paccionadas, como la mediación, quedan muy alejadas de poderse llevar a cabo frente al imperio de la norma escrita.

Con la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978 el autor sitúa la mediación administrativa como uno de los elementos esenciales del sistema, enmarcándola en el Título Preliminar del Texto Fundamental. Así, la relaciona con los valores superiores de libertad y justicia (art. 1.1 CE), con la libertad de la persona y sus derechos inviolables (art. 10.1 CE) y con el deber de los Poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas (art. 9.1 CE); al tiempo

que la vincula con el derecho fundamental a la participación en asuntos públicos reconocido en el artículo 23.1 de la CE, y sin que en ningún caso la figura de la mediación contradiga el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE, puesto que la mediación encuentra su razón de ser en el respeto a la Ley y al Derecho, y cuando se traspase la frontera de la legalidad y de los intereses generales siempre será posible un recurso judicial posterior, algo que ha sido ratificado por distintas Sentencias del Tribunal Constitucional.

El Capítulo II hace referencia al concepto de mediación y su naturaleza jurídica, poniendo de manifiesto la dificultad para encontrar una definición única de la mediación dadas las diferentes áreas sociales en las que la misma se aplica, pero, en todo caso, se parte de una misma base: la existencia de un conflicto entre dos partes en el que un tercero trata de poner fin a las diferencias existentes a través de fórmulas de entendimiento que sean aceptables para ambas partes. Afirma el autor que nuestro ordenamiento jurídico únicamente se ha referido a la mediación describiéndola como un equivalente jurisdiccional a otras figuras compositivas que se encuentran en una zona intermedia entre el derecho material pacífico y el derecho procesal litigioso; lo que le lleva al autor a realizar un análisis comparativo entre la mediación y otras formas de terminación de los procesos judiciales como: la transacción, el allanamiento, la renuncia, el desistimiento, la conciliación o el arbitraje.

Tras el breve capítulo III en el que se recogen distintos actos de órganos de la Unión Europea relativos a la mediación, la conciliación y el arbitraje, y su aplicación en distintos ámbitos por los Estados miembros, en el Capítulo siguiente se estudian las características de la mediación en el seno de la Administración pública, partiendo de la idea de una Administración más prestacional o

social que se despoja de su *autoritas* para aceptar de forma voluntaria un procedimiento negocial.

En este sentido, aunque de las distintas normas existentes no se puede encontrar un concepto de mediación con sustantividad propia en el orden jurídico-administrativo, sí se concibe la mediación como un instrumento jurídico a través del cual se persigue un doble objetivo: * una función alternativa al proceso, basada en la resolución de un conflicto; y * convertirse en un instrumento que permita al ciudadano participar en las funciones públicas, ya sea a título personal o a través de organizaciones sectoriales.

El capítulo V recoge la regulación que de la mediación realiza la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, siendo la primera vez que en el Derecho Administrativo se incorporan módulos convencionales en la terminación del procedimiento administrativo; se siguen, en este sentido, los pasos iniciados por Alemania e Italia. Con ello se persigue que las Administraciones públicas puedan celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con sujetos de derecho público o privado, permitiendo una terminación anormal del procedimiento administrativo al exonerar a la Administración de la obligación de dictar una resolución expresa.

Considera el autor que la mediación puede darse tanto en las potestades regladas de la Administración como en las potestades discrecionales, a pesar de las dudas que respecto a las primeras se pueden generar, pero dado que en el contenido de las obligaciones que establece una relación jurídica-administrativa, siempre se puede generar un cierto grado de incertidumbre que requiera una más afinada interpretación, se permitiría dar cabida a la mediación. Al tiempo que establece los límites de la mediación, de manera que la misma no

puede versar sobre materias no susceptibles de transacción y debe respetar los intereses generales tomando, en este sentido, como punto de partida los valores propios del Estado social y democrático de Derecho.

La primera parte de la obra termina con el Capítulo VI en el que se estudian las diferentes posibilidades de llevar a cabo la mediación en el procedimiento contencioso-administrativo. Se plantea el autor si una vez iniciado el procedimiento contencioso-administrativo y durante el desarrollo del mismo cabría la posibilidad de llevar a cabo la mediación judicial entre las partes. Algo difícil de resolver dada, por un lado, la redacción del artículo 77 LJCA cuyo n.º 1º habla de «acuerdo y transacción» y su n.º 2º de «conciliación»; así como por el principio de escritura que prevalece en el procedimiento contencioso frente al principio de oralidad. Ahora bien, considera el autor que en la actualidad, haciendo una interpretación amplia del artículo 77 LJCA, no es posible ignorar la aceptación de la mediación en el orden jurídico-administrativo, de manera que el Juez pudiera designar un mediador entre las partes cuyo acuerdo final fuera convalidado en sede judicial.

Con el capítulo VII se inicia la segunda parte de la obra en la que se aborda la mediación desde una perspectiva institucional y bajo la idea de una «mala administración».

Por mediación institucional se entienden de la interrelación de un tercero que a través de un apoderamiento instituido detenta una especial autoridad de facto o de derecho que le permite intervenir directamente o facilitar los medios para que dicha intervención sea garantista y eficaz. En este sentido, considera el autor que el Defensor del Pueblo tiene una gran semejanza con la mediación dado que el mismo no decide ni modifica ni anula resoluciones administrativas, sino que, por lo general, investiga y se infor-

ma de los problemas para sugerir actuaciones o recomendar criterios además de otras posibles advertencias o recordatorios de deberes legales.

A lo largo de este capítulo se analiza la figura del Defensor del Pueblo en el ámbito anglosajón y continental, y las características y competencias del mismo en cada uno de estos sistemas. Así en los países basados en el sistema de «Common Law» el concepto de «mala administración» está relacionado con una actividad ilegal, injusta o ineficiente de la Administración; mientras que en el sistema continental estaríamos, generalmente, ante resoluciones administrativas que, aún siendo legales, pueden considerarse excesivamente rigurosas en su aplicación y por tanto, generar situaciones injustas para el ciudadano.

Por otra parte, respecto al *Defensor del Pueblo Europeo* considera el autor que sus funciones no responden en puridad a las clásicas atribuidas al Ombudsman continental lo que le aleja de esta figura como mediador.

Finalmente en cuanto al concepto de «mala administración» en el Derecho español, dado que el mismo no aparece definido normativamente, se considera que habrá que partir del concepto contrario, esto es, qué se entiende por «buena administración». En este sentido, la buena administración será aquella que sea eficaz, que no infrinja y que no lesione las situaciones de los administrados; pero este concepto no se concreta exclusivamente en el resultado de la actuación administrativa, sino que abarca también a los medios de los que dispone la Administración para llevar a cabo sus funciones.

Los Capítulos siguientes se centran en el estudio del Defensor del Pueblo en España tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978. El Capítulo VIII está dedicado a la configuración del Defensor del Pueblo en la Constitución de 1978 y su desarrollo normativo y com-

petencial. La Constitución Española instituye *ex novo* la figura del Defensor del Pueblo, y lo hace dentro del Capítulo IV del Título I titulado «De las garantías de las libertades y derechos fundamentales», algo nada casual dado que al Defensor del Pueblo como mediador entre los ciudadanos y los poderes públicos se le va a atribuir una competencia esencial en todo Estado democrático como es la defensa de los derechos fundamentales de la persona, por lo que se le reconoce legitimación para interponer el recurso de amparo, además de su legitimación para interponer recursos de inconstitucionalidad.

Ahora bien, en relación con la Administración, a pesar de que las competencias ejercidas por el Defensor del Pueblo aparecen recogidas en la Constitución —lo que le coloca en una situación de autoridad formal— no puede afirmarse que el Defensor del Pueblo ostente una posición de supremacía o superioridad sobre la Administración, dado que los actos en que se desarrolla su actividad de inspección carecen de eficacia jurídico-pública. Esto es, cuando el Defensor del Pueblo se encuentra con una Administración que pone trabas a la hora de colaborar, no cuenta con elementos de compulsión o ejecución directa que permitan remover esos obstáculos, quedándole como salida el ponerlo en conocimiento de las Cortes Generales. En definitiva, el Defensor del Pueblo carece de facultades para realizar por sí mismo los actos de ejecución de sus resoluciones en su ámbito de investigación y, por lo tanto, no dispone de la *potestas* que debe operar en contraposición con la *auctoritas* y que implicaría la realización de actos de fuerza con la finalidad de alterar materialmente una situación jurídica.

Respecto a las competencias del Defensor del Pueblo en relación con los Jueces y Tribunales ordinarios, se analiza cómo en determinadas situaciones el De-

fensor del Pueblo se despoja de la autoridad y de la magistratura de persuasión que habitualmente desempeña, al comparecer ante los órganos judiciales como parte procesal con derecho objetivo a un proceso y a una resolución fundada. Lo que provoca que la función de mediación quede seriamente debilitada en favor de una función litigiosa o de justicia rogada.

En cuanto a la función de control que le corresponde ejercer al Defensor del Pueblo, en el sentido de vigilar el correcto funcionamiento de la Administración Pública en relación con los ciudadanos, no debe olvidarse que el diálogo y la comunicación forman parte esencial de su magistratura de persuasión lo que les convierte en instrumentos dirigidos a resolver, de forma pacífica, las controversias que puedan existir, a través de un consenso logrado a partir de una actividad imparcial de mediación. A este respecto, el autor analiza cuál ha sido la evolución de la mediación desde su ejercicio por el Defensor del Pueblo, diferenciando cuatro fases distintas:

Una primera fase (1983-1988), en la que la labor de mediación se realiza con parámetros de legalidad fijos y cerrados pero teniendo muy en cuenta el Preámbulo de la Constitución desde una perspectiva axiológica y ético-social, lo que hace introducir en ocasiones el concepto de equidad para la resolución de conflictos.

Una segunda fase (1988-1994), caracterizada por entender la legalidad positivizada como el más prioritario de los principios a los que se debe adecuar la actuación de la Administración Pública. De forma que la equidad aparece como un criterio complementario para la interpretación de la legalidad a la luz de la Constitución.

Una tercera fase (1995-1999), en la que se reconsideran los criterios en torno a la utilización de la mediación por parte del Defensor del Pueblo, de manera que

se trata de impulsar su actuación mediadora entre los ciudadanos y la Administración evitando un incremento de procesos judiciales.

Y una cuarta fase (2000-2005), en la que se definen de forma más clara las competencias del Defensor del Pueblo, en la medida en que, partiendo de una actividad de mediación, se incorporan nuevos valores referenciales en la defensa de los derechos de los ciudadanos.

De esta forma la *mediación en derecho* se convierte en la técnica habitual de autocomposición que realiza el Defensor del Pueblo, lo que le obliga a realizar un examen de la actuación de la Administración en el ámbito de sus potestades regladas o discrecionales, debiendo pronunciarse acerca de los hechos o normas cuestionadas y su adecuación a la legalidad jurídico administrativa o constitucional que resulte aplicable. Además hay que tener en cuenta que frente al régimen estricto que impone la justicia estatal, contrasta el dinamismo de la actuación del Defensor del Pueblo, quien no está vinculado *stricto sensu* por lo que las partes hayan solicitado en el procedimiento de queja, dado que puede ampliar sus mecanismos de respuesta en el sentido que resulte más acorde con la protección de los derechos del Título I de la Constitución; y que el Defensor del Pueblo facilita la comunicación de manera que al no imponer una solución obligatoria a las partes, permite que sean ellas mismas quienes controlen el resultado final, decidiendo sobre las propuestas formuladas por dicha Institución.

Este Capítulo VIII finaliza con un estudio de las distintas resoluciones que puede dictar el Defensor del Pueblo, la naturaleza jurídica de las mismas, su fuerza vinculante, así como distintas propuestas realizadas por el autor para que dichas resoluciones sean más efectivas.

En los dos Capítulos siguientes se estudia el concepto de *mediación en equidad*, entendida ésta como un medio de ponderación del derecho, en la medida en que pueda encontrarse la mejor decisión buscando el equilibrio necesario entre el interés general de la Administración y los intereses particulares de los sujetos privados, de acuerdo con una interpretación más adecuada a la defensa de sus derechos fundamentales. Esto es, estamos ante un mecanismo dirigido a resolver conflictos jurídicos o de intereses buscando un cumplimiento de la norma menos riguroso en la medida en que puedan evitarse situaciones injustas o perjudiciales para el ciudadano.

Y si bien, el Defensor del Pueblo se ha caracterizado por ejercer una función prioritaria del control de la legalidad de la actuación administrativa, son muchos los ejemplos de mediación en equidad que se recogen en distintas resoluciones de esta Institución. Así, basado en la equidad el defensor del Pueblo recomienda a la Administración Pública, tanto la realización del derecho del caso concreto desde criterios de *suma iustitiae*, como la adaptación del ordenamiento a la realidad social, dado que la equidad constituye uno de los principios generales que informan el ordenamiento jurídico.

En el Capítulo XI, el autor recoge distintos casos a los que se ha enfrentado el Defensor del Pueblo a lo largo de todos estos años, y en los que ha ejercido su función mediadora en el marco de los distintos modelos de equidad. Mientras, el Capítulo XII muestra un resumen gráfico de los supuestos en el Defensor del Pueblo ha aplicado los distintos tipos de equidad en sus resoluciones, donde se muestra claramente que el mayor número de resoluciones se basan en la técnica de la mediación en derecho frente a la mediación en equidad.

Finalmente, el último de los capítulos recoge las conclusiones, a modo de resu-

men, de este pormenorizado estudio de la mediación administrativa y el Defensor del Pueblo.

MARIA ISABEL MARTÍN DE LLANO
*Profesora Contratada Doctora
de Derecho Constitucional*
UNED

* * *

ABSTRACT: *The work is divided in to two parts, comprising a total of thir teen chapters. In the first part the autnor makes a detailed study of the concept of «conciliation», an instrument for the resolution of conflicts througm a competent and neutral non-judicial body that proposes to the parties an agreement to end the conflict and prevent litigation. In the second*

part of the work it is described the use of this model of justice by the Spanish Ombudsman along the current democratic period.

RESUMEN: *La obra se estructura en trece capítulos divididos a su vez en dos partes. En la primera de ellas el autor hace un estudio detallado del concepto de «mediación», entendida ésta como un instrumento para la resolución de conflictos a través de una instancia no judicial dirimente y neutral que proponga a los contendientes un acuerdo con la finalidad de acabar con el conflicto y evitar el litigio judicial. En la segunda parte de la obra se estudia la aplicación de este modelo de justicia compositiva por el Defensor del Pueblo a lo largo de los años de Democracia.*

KEY WORDS: *Ombudsman. Conciliations.*

PALABRAS CLAVE: *Defensor del Pueblo. Justicia compositiva.*