



UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales



Escuela de Derecho

T E S I N A

LA MEDIACIÓN ANTE EL CONSEJO DE DEFENSA DEL ESTADO COMO  
REQUISITO DE PROCESABILIDAD: RELACIÓN CON LA TUTELA JUDICIAL  
EFECTIVA Y EL ESTÁNDAR DE PONDERACIÓN DE DERECHOS  
FUNDAMENTALES.

Autores: Camila Fernanda Ahumada Baeza

Pía Fernanda Astorga Lizana

Profesor guía: Dr. Carlos Dorn Garrido

Valparaíso, diciembre de 2017.

## Índice

<b>Tabla de abreviaturas</b> .....	2
<b>Resumen</b> ( <i>Abstract</i> ).....	3
<b>Introducción</b> .....	4
<b>Capítulo I: De la mediación</b> .....	6
1. Una cuestión previa: ¿Qué se entiende por mediación? .....	6
2. Breve referencia a los ámbitos del derecho nacional en que se inserta la mediación.....	15
3. Del fin público de la mediación .....	16
4. De la mediación ante el Consejo de Defensa del Estado .....	18
<b>Capítulo II: El estándar de ponderación de derechos y su relación con la mediación.</b> .....	21
1. Reflexiones previas .....	21
2. Juicio de valor respecto a los estándares de proporcionalidad, idoneidad y necesidad ..	23
3. Mediación como carga procesal .....	28
<b>Capítulo III: La mediación ante el Consejo de Defensa del Estado y su relación con el derecho fundamental de tutela judicial efectiva</b> .....	37
1. De la Mediación ante el Consejo de Defensa del Estado y la tutela judicial efectiva .....	37
2. ¿Cómo logran convivir de manera legítima la mediación ante el Consejo de Defensa del Estado y el derecho fundamental de tutela judicial efectiva?.....	39
<b>Conclusiones</b> .....	42
<b>Bibliografía</b> .....	46

## Tabla de abreviaturas

MASC	Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos
ADR	<i>Alternative Dispute Resolution</i>
LBPA	Ley de Bases de Procedimientos Administrativo 19.880
LBGAE	Ley de Bases Generales de la Administración del Estado 18.575
CDE	Consejo de Defensa del Estado
STC	Sentencia de Tribunal Constitucional
TC	Tribunal Constitucional
CPR	Constitución Política de la República

## Resumen

El presente trabajo realiza un análisis de la mediación ante el Consejo de Defensa del Estado, a propósito de su introducción en virtud de la Ley 19.966 del año 2004, que establece un régimen de Garantías Explícitas en Salud (GES) como requisito de procesabilidad para el posterior ejercicio de las acciones indemnizatorias, en materia de negligencias médicas en que han incurrido prestadores públicos de salud. Se procede a la revisión de la relación entre la mediación y el derecho fundamental de la tutela judicial efectiva en el derecho nacional, a la luz de la ponderación de derechos y el principio de proporcionalidad.

**Palabras clave:** Mediación – Ley 19.966 – Requisito de procesabilidad – Derechos fundamentales – Principio de proporcionalidad

## Abstract

The following essay consists on an analysis about mediation in the State Council Defense upon it's regulation in 2004's 19.966 law, which establishes a regime of health explicit guarantees (HEG) as a requirement of processability for the exercise of compensatory actions, in matters of medical negligence incurred by public health providers. It reviews the relation between mediation and the effective judicial protection fundamental right in national law, in light of the weighing of rights and the proportionality principle.

**Keywords:** Mediation – Law 19.966 - Requirement of processability - Fundamental rights - Principle of proportionality

## Introducción

Nuestra Constitución Política de la República, en su artículo 19 N° 9 asegura a todas las personas el derecho a la protección de la salud, quedando el Estado obligado a proteger el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo. Señala a continuación, que al Estado le corresponderá la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud. Finalmente, que es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, teniendo cada persona el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, es decir, estatal o privado.

Concordante con lo anterior, la Ley N° 19.966 de 2004, que establece un Régimen de Garantías en Salud, señala en su artículo 1° que dicho régimen general establecerá las prestaciones de carácter promocional, preventivo, curativo, de rehabilitación y paliativo, y los programas que el Fondo Nacional de Salud deberá cubrir a sus respectivos beneficiarios, en su modalidad de atención institucional. Asimismo, en su artículo 2° señala que el referido régimen contendrá, además, garantías explícitas en salud relativas al acceso, calidad, protección financiera y oportunidad con que deben ser otorgadas las prestaciones.

Es por lo ello, que la salud es un derecho fundamental del que goza cada persona que forme parte de nuestra sociedad, lo que lo hace merecedor de protección y resguardo por parte del Estado. Sin embargo, partiendo del supuesto que actualmente nos encontramos frente a un sistema de justicia sobrecargado, y que en muchas ocasiones no logra satisfacer los intereses de quienes ponen en marcha estos mecanismos, se ha intentado por diversas vías alternativas a los Tribunales de Justicia buscar una forma de atender a ciertos reclamos de los particulares que logren dar solución ante la vulneración del mencionado derecho. Es el caso de los daños ocasionados por la Administración del Estado o sus funcionarios, en el cumplimiento de sus funciones de otorgamiento de prestaciones de carácter asistencial, que si bien no se encuentran sometidos a un régimen especial de resolución de conflictos, sí se establece un requisito para dar curso a cualquier reclamo que se pretenda realizar por la vía jurisdiccional, esto es, una mediación ante el Consejo de Defensa del Estado.

Para exponer lo antes señalado, partiremos desde un concepto de mediación que analice sus aspectos generales, para luego llegar al estudio específico de la mediación en Salud, motivo de este trabajo, para esclarecer desde nuestra perspectiva como ésta se relaciona con el derecho (también fundamental) de la tutela judicial efectiva y sus expresiones, en un contexto de estándar de ponderación exigido por nuestro legislador.

## Capítulo I: De la mediación

### 1. Una cuestión previa: ¿Qué se entiende por mediación?

En un Estado de Derecho, caracterizado por la separación de poderes, y donde debe asegurarse la tutela judicial efectiva a los ciudadanos, proscribiendo la autotutela como forma de resolución de conflictos, el Poder Judicial es quien detenta la administración de justicia y, por tanto, quien debe resolver los conflictos presentados por los justiciables ante el órgano jurisdiccional. Esto en principio, pues paralelamente al sistema judicial, se contempla un modelo autocompositivo de resolución de conflictos en los llamados “Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos” (MASC o ADR) para la solución de conflictos jurídicos. Tal como lo indica la nomenclatura, se refiere a aquellos mecanismos que intentan resolver disputas, principalmente al margen de los tribunales o mediante medios no judiciales. Son este caso, las partes conflictuadas las que resuelven sus desacuerdos, asistidos o no por terceros neutrales que faciliten el proceso de diálogo y el camino hacia la solución del conflicto, destacándose siempre el ejercicio de la autonomía de la voluntad.

En un modelo de justicia como el nuestro, los ADR según la doctrina internacional, constituyen una vía de descongestión para la actividad jurisdiccional, y es que la democratización del acceso a la justicia se traduce evidentemente en un gran ingreso de casos, más de aquellos que los tribunales material y técnicamente pueden resolver. Adicionalmente, la percepción de los justiciables sobre la tramitación de las causas, el excesivo formalismo, la burocracia y los costos que deben asumir de la defensa técnica, motivan a la implementación de estos mecanismos.

En el caso de nuestro país, se observa el apego irrestricto de los justiciables a una “cultura del litigio” en donde prevalece la resolución judicial de los conflictos en contraposición a la solución alternativa que ofrecen estos mecanismos. Así las cosas, el clásico modelo de solución de conflictos en contraposición a la mediación, viene dado por la heterocomposición. Esta modalidad en la resolución de conflictos se caracteriza por intervenir un tercero imparcial (juez o árbitro), quien es el que dirime el asunto controvertido, imponiendo su decisión, la que tendrá

un carácter obligatorio para las partes. Se ha señalado por los autores que la heterocomposición judicial constituye la forma más avanzada de resolver conflictos y que otorga mayores garantías, ya que se desarrolla a través de la intervención del juez imparcial y mediante un procedimiento legalmente establecido y tramitado.

Tal como señala A. Bordalí, el “recorrir a vías alternativas sería ventajoso para los usuarios, pero también para la Justicia, puesto que le permitiría recuperar eficiencia concentrándose en aquellas materias respecto de las cuales su intervención es insustituible”. (2004, pp. 165-186).

La mediación, pues se inserta dentro de los llamados mecanismos alternativos de solución de conflictos (MASC) donde ha tomado un papel relevante por cuanto se ha convertido en el medio más eficaz para la solución del conflicto y precaviendo los futuros, progresivamente siendo integrada a diversas áreas del derecho como en Derecho comercial, familia, laboral, administrativo, entre otras.

En cuanto a su conceptualización, la mediación se concibe como una “forma pacífica de solución de conflictos, en la que las partes enfrentadas, ayudadas por un mediador, puedan resolver sus disputas, en un foro justo y neutral, hasta llegar a una solución consensuada, que se traduce en un acuerdo satisfactorio y mutuamente aceptado por las partes” (Mejías,1997, p. 96)

De la definición anterior es posible desprender algunas de los rasgos característicos más esenciales de la mediación:

- i. **La intervención de un tercero ajeno al conflicto sin poder decisorio, el que se denomina “mediador”:** el cual debe ser imparcial, independiente, neutral, restringido en su actuar a sólo acercar a las partes para lograr una solución quedando privado de imponer su decisión, a diferencia de lo que ocurre en un sistema de solución de conflictos heterocompositiva judicial. El mediador puede además proponer acuerdos cuando las partes lo soliciten expresamente, siempre teniendo en consideración que ellas son las que deben decidir por el conflicto (inter partes), no por ello se debe considerar que tiene un rol activo ya que sólo propicia disminuir la hostilidad entre los conflictuados. El mediador es quien se encuentra legitimado para dirigir el proceso, y es reconocido como tal por las partes.

- ii. **Su objetivo es la resolución pacífica del conflicto y/o la gestión del mismo:** la finalidad de la mediación es poner fin al conflicto de la forma antes mencionada, empero no es la única, es posible también a través de ella gestionar el conflicto cuando este tenga pretensión de perdurar en el tiempo, de manera tal que las relaciones jurídicas se recompongan o faciliten.
- iii. La mediación puede tener lugar a propósito de un conflicto ya judicializado como complemento o bien sin tener relación alguna con un proceso previo.
- iv. **Es un mecanismo desformalizado, en donde prima el principio de autonomía de la voluntad:** En principio la mediación no tiene una regulación legal pormenorizada como un mecanismo necesario de solución de conflictos, su esencia es la voluntariedad, las partes son las que establecen cuáles serán las etapas de la mediación. La excepción viene dada por la existencia de disposiciones legales expresas que la establecen como trámite obligatorio o requisito de procesabilidad previo para elevar el conflicto a instancia jurisdiccional, como es lo que establece la ley 19.698 para la resolución de ciertas materias de derecho de familia y la ley 19.966 en el artículo 43 y ss., que define legalmente a la mediación a propósito de los daños en salud ocurridos en establecimientos públicos.
- v. **Es un mecanismo que promueve o facilita el acceso de los individuos a la justicia, con un menor costo y mayor rapidez en contraste con el proceso judicial:** En virtud de este mecanismo que opera como un equivalente jurisdiccional, se logra la descongestión de los tribunales de justicia. La rapidez es una de sus grandes virtudes, el problema es posible solucionarlo de raíz en un espacio acotado de tiempo en comparación con el proceso ordinario, donde su estructura no facilita arribar a una solución oportuna, es más, para ciertos asuntos resulta ser más gravoso y extemporánea la decisión adoptada por el órgano jurisdiccional, ocasionando la escalada del conflicto. En lo que respecta a las costas, la defensa técnica implica un desembolso considerable

- vi. **La mediación, al igual que otros ADR ofrecen una mejor respuesta al conflicto, ya que toma en consideración los intereses de las partes:** Los sujetos en conflicto se encuentran frente a frente, expresando sus intereses ante el tercero mediador que han acepado, quien considerará dichas pretensiones al momento de proponer el acuerdo. Es menester tener presente que, para conflictos específicos, se ofrecerá mediante esta forma alternativa de resolución de conflictos, una respuesta más satisfactoria que el modelo clásico de administración de justicia, fundamentalmente porque el mediador tiene acceso a mucha más información que un juez ordinario regido por las reglas de admisibilidad y ponderación de la prueba, no se ciñe a lo estrictamente legal, sino que abarca el plano de las emociones de los conflictuados.

Tratándose de los principios que están insertos en la mediación, podemos mencionar los siguientes, teniendo como parámetro en la legislación nacional, la Ley n° 19.966 que establece un Régimen de Garantías Explícitas en Salud, en particular los artículos 43 y ss. de dicho cuerpo legal y el Reglamento de Mediación por reclamos en contra de prestadores institucionales públicos de salud o sus funcionarios y prestadores privados de salud, así como también la Ley 19.698 que Crea a los Tribunales de Familia, artículo 103 y ss.:

**a) Principio de Autonomía de la voluntad:**

Constituye la *conditio sine qua non* de la mediación, y es que las partes en todo momento son las que tienen la voluntad de someter o no el conflicto a este mecanismo, el lugar que tienen las partes es la de acordar la decisión a sus problemas. Nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de la mediación ni tampoco a concluir un acuerdo. Este principio informa todo el proceso de la mediación que va desde el acercamiento de las partes hasta la decisión sobre el asunto controvertido y fase post mediación de ejecución de lo acordado. Este principio también permea al mediador, puesto que él tiene la posibilidad de dar por terminado el proceso cuando aparezca de manifiesto que no es posible seguir adelante, cuando estimare que no es ventajoso para los intereses de las partes o bien cuando el conflicto requiera ser sometido a un método de solución diverso. Como ya se señaló, este principio es un elemento de la esencia de la mediación

y uno de los más importantes. Como manifestaciones de este principio, podemos mencionar el papel protagónico que tienen las partes al conservar el poder de decisión y la falta de imperio en los criterios de solución a los que pueda arribar el mediador (a diferencia de lo que ocurre con la figura del juez, en cuanto sus decisiones tienen efecto de cosa juzgada) puesto que su labor se circunscribe a la facilitación del diálogo inter partes.

**b) Celeridad o principio dispositivo:**

Derivado del principio anterior, es posible llevar a mediación todo asunto que sea disponible entre las partes, ellas pueden elegir en cualquier momento sustraer el asunto controvertido de la mediación, con la consecuencia lógica de tenerla por frustrada. Recae sobre las partes el deber de aportar con toda la información necesaria para el correcto desempeño del mediador, debiendo ser proactivas en todo su desarrollo. Para facilitar la celeridad del proceso, es que las reuniones con el mediador son de carácter oral, no existe un deber de escrituración de las actuaciones como en el caso de un proceso judicial.

**c) Confidencialidad**

La confidencialidad recae tanto respecto de la existencia como contenido de la mediación y es uno de los principios más relevantes en conjunto con el de autonomía de la voluntad. Todas las actuaciones y las declaraciones de las partes tendrán el carácter de secreto, no pudiendo invocarse en un eventual y siguiente proceso judicial.

Este deber de reserva se extiende además del mediador, a las partes y también a terceros que hayan tomado lugar en alguna etapa de la mediación. Esto se explica dado que uno de los fines de la mediación, una vez lograda la confianza, es desentrañar los verdaderos intereses de las partes, lo que ellos quieren o pretenden en relación al conflicto y además porque la confianza es un pilar fundamental en el proceso de mediación y en quien se desempeña como mediador.

#### **d) Imparcialidad:**

El mediador debe mantener un comportamiento neutral, recto, y un actuar enmarcado en la probidad. No puede haber conflictos de interés (ya sea económicos, personales, entre otros) en relación con las partes o con el conflicto mismo, que tornen la mediación parcial.

Debe existir buena fe en el desempeño de la función de mediador, y se debe limitar a auxiliar a las partes para alcanzar por sí mismas una solución.

Como breve adelanto, y en lo que respecta a lo medular de este trabajo, es importante destacar la forma en que concibe este principio la Administración del Estado. Una de las tantas referencias que es posible hallar se encuentra en los principios que rigen el procedimiento administrativo, consagrado en el art. 11 de la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo (19.980):

“Artículo 11. Principio de imparcialidad. La Administración debe actuar con objetividad y respetar el principio de probidad consagrado en la legislación, tanto en la substanciación del procedimiento como en las decisiones que adopte.

Los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos.”

En palabras de Bermúdez Soto, esta “regla consagra el deber de la Administración de actuar con objetividad tanto en sustanciación del procedimiento como en las decisiones que adopte, pero además el legislador hace referencia al respeto que se debe al principio de probidad como un respaldo necesario a la garantía de imparcialidad.” (2014, p.151).

Con relación a lo anterior, la probidad administrativa además de contar con una consagración constitucional, ha sido desarrollado en específico en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado N° 18.575 ( en adelante, LBGAE). El título tercero (“De la probidad administrativa”) de la mencionada Ley, establece el deber que pesa sobre los funcionarios públicos de observar un comportamiento probo:

“Artículo 54.- Las autoridades de la Administración del Estado, cualquiera que sea la denominación con que las designen la Constitución y las leyes, y los funcionarios de la Administración Pública, sean de planta o a contrata, deberán dar estricto cumplimiento al principio de la probidad administrativa.

El principio de la probidad administrativa consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular.

Su inobservancia acarreará las responsabilidades y sanciones que determinen la Constitución, las leyes y el párrafo 4° de este Título, en su caso.”

Como es posible observar, el inciso II del precepto inserto, entrega una definición de lo que debe entender por probidad administrativa, cuya inobservancia trae aparejada las responsabilidades y sanciones respectivas.

Toda esta concepción de la Administración del Estado que está detrás de la imparcialidad esencial de la mediación, y en específico de la mediación obligatoria en casos de negligencias médicas, se plasma en el artículo número 4 del Reglamento por reclamos en contra de prestadores institucionales públicos de salud o sus funcionarios y prestadores privados de salud, que preceptúa lo siguiente:

“Artículo 4°.- Principios Generales. Para los efectos de este Reglamento y el procedimiento de mediación establecido en la ley N° 19.996, se entenderá por:

Principio de Imparcialidad: El mediador debe actuar con objetividad, cuidando de no favorecer o privilegiar a una parte en perjuicio de la otra y respetar el principio de probidad consagrado en la legislación.”

A modo de conclusión, a partir de lo anteriormente mencionado, la mediación como ADR ofrece ventajas e inconvenientes que se pueden resumir en:

- i. Mayor celeridad en la solución del conflicto a un bajo costo económico y emocional de las partes. Alta sensación de satisfacción con el procedimiento basado en el

- diálogo en igualdad de condiciones y restablecimiento de las relaciones entre las partes.
- ii. Flexibilidad en el desarrollo de la mediación, es desformalizada y no impera la ritualidad propia de un proceso judicial, lo que la convierte en un mecanismo sencillo.
  - iii. El acuerdo de las partes no garantiza que en el futuro puedan existir nuevamente inconvenientes
  - iv. No toda controversia entre partes puede ser objeto de mediación. Es posible que existan intereses diametralmente opuestos y que impidan lograr alcanzar un acuerdo. Los autores Ury, Brett y Golberg entregan un ejemplo, como es el caso de los intereses de una clínica que practica abortos respecto de un grupo pro vida, en donde la disputa sólo será posible resolver a través de un juicio. (1995, p.22).
  - v. Existencia de asimetría de información entre las partes, en el caso específico de la mediación en salud, por ejemplo. Existe una relación desequilibrada entre el paciente y su familia en comparación a la institución de salud y sus funcionarios. Este es un gran problema que presenta actualmente la mediación en este ámbito. Si bien es cierto, no existe prohibición sobre la parte más débil de recurrir a asesorías técnicas, sin embargo, ello conlleva un desembolso pecuniario que la parte menos favorecida no siempre puede solventar. Lo anterior, impediría lograr un verdadero acuerdo informado y consensuado.

### **Síntesis:**

- Una de las características esenciales presente en los Estados de Derecho es el monopolio de la Administración de Justicia radicado en el Poder Judicial y la consecuencial prohibición de la autotutela, empero, es posible encontrar otra forma de solución de conflictos en los llamados “mecanismos alternativos de solución de conflictos” (MASC)
- El origen de estos mecanismos se sitúa en Norteamérica durante los años 60 denominándose “ADR” (Alternative Dispute Resolution”). La finalidad de estos es la desjudicialización de los tribunales a fin de que la función del juez se concentre fundamentalmente en los procesos jurisdiccionales, asegurando a la vez, el acceso de los ciudadanos a los tribunales.

- La inclusión jurídica de los mecanismos alternativos de solución de controversias, tuvo mayor éxito en los países del *Common Law* en comparación a aquellos del Derecho Continental Europeo.
- La mediación, como forma heterocompositiva de solución de conflictos y comprendida dentro de los MASCS, es concebida como una forma de solución pacífica de conflictos que se caracteriza por la intervención de un tercero imparcial (“mediador”) cuya función es la de acercar a las partes en conflicto y lograr una solución acordada.
- Nuestro ordenamiento jurídico, en específico la Ley N° 19.966 que establece un Régimen de Garantías Explícitas en Salud, señala alguno de los principios que informan a esta figura y definen sus características. Los principios más relevantes son: la autonomía de la voluntad, el principio dispositivo, la confidencialidad y la imparcialidad.
- Por último, dentro de las ventajas y desventajas de la mediación es posible destacar la celeridad en el proceso de solución de conflictos unido a un bajo costo económico, así como también el inconveniente de no asegurar el fin definitivo del conflicto.

## **2. Breve referencia a los ámbitos del derecho nacional en que se inserta la mediación**

En nuestro país han surgido diversas iniciativas que tienen por objeto el mejoramiento de la asistencia jurídica y/o el acceso a ésta. Es por ello que en el marco del proceso de modernización de la justicia le han dado un reconocimiento expreso a la Mediación como sistema colaborativo de resolución de conflictos, existiendo hoy en día legislación al respecto en el ámbito familiar, de salud y laboral; así como también se han impulsado políticas de trabajo para dar a conocer a la ciudadanía los sistemas alternativos de resolución de conflictos como una opción de solución más rápida y efectiva que concurrir a un tribunal, ya que muchas veces los problemas que aquejan a la comunidad no son conflictos de relevancia jurídica o, porque no cuentan con un asidero legal que las respalde .

En este contexto, es que podemos señalar que los hitos de iniciativa de mediación en nuestro país son los siguientes:

- Año 2001: Mediación laboral.
- Año 2004: Mediación familiar (Ley 19.968)
- Año 2005: Mediación por Daños en Salud con implementación de Unidades de Mediación ante el Consejo de Defensa del Estado (en adelante, CDE).
- Año 2007: Proyecto Pilotos Justicia Vecinal del Ministerio de Justicia.
- Año 2008: Proyecto "Mejorando el acceso a la justicia y resolución colaborativa de conflictos sociales y familiares" del Ministerio de Justicia (AGCI y UE).

Ahora bien, para efectos de esta investigación, nos centraremos en la mediación ante el Consejo de Defensa del Estado por daños en salud, específicamente, cuando el prestador del servicio de salud corresponde a un ente público.

### **3. Del fin público de la mediación**

Cuando entre dos o más personas existe un conflicto, uno de los modos de abordarlo, resolverlo o transformarlo es el diálogo entre las partes. En los casos en que para facilitar dicho diálogo y tratar de llegar a un acuerdo, interviene un tercero ajeno al conflicto, podemos hablar de mediación. Ésta se basa en la democracia, la pacificación social, el diálogo individual y social, el respeto, y el consenso para la convivencia.

Un beneficio claro de este sistema es que hay mayores posibilidades de cumplimiento voluntario y colaborativo de la decisión tomada, si lo comparamos con la sentencia de un juez. En este sentido, mediación descomprime el trabajo de los juzgados, que sólo intervendrán en caso de no que no se llegue a un acuerdo. Además, en muchos casos supone un ahorro de tiempo y costes en comparación a los procesos judiciales.

En un juicio una parte gana, pero la otra pierde; en la mediación se dialoga para que ambas partes lleguen a un acuerdo con la ayuda de un tercero imparcial en el que ambas partes ganen.

Las políticas públicas de justicia de estos últimos años se han abocado del desafío de modernizar el sistema de administración de justicia, no sólo por la vía de aumentar la capacidad de éste para resolver conflictos, sino que también haciéndose cargo del modo en que el sistema los resuelve.

La incorporación de los mecanismos alternativos dentro de los procesos de reforma de los sistemas judiciales puede tener variadas motivaciones. Existen tres grandes justificaciones que a nuestro juicio avalan el establecimiento de este método: (a) aumentar el acceso a sistemas de resolución de conflictos para aquellos casos que de otra manera no tendrían respuesta, principalmente aquellos que afectan a los sectores más pobres; (b) descargar de trabajo a los tribunales haciendo más eficiente su gestión y (c) mejorar la calidad de soluciones a través de una mayor participación de las partes.

Ahora bien, el estudio de la mediación, o más específicamente, del fin público que ésta persigue conlleva que se analice la obligatoriedad/voluntariedad que la mediación impone, surgiendo interrogantes tales como: ¿Cómo pueden llegar las partes a la mediación? ¿Cuándo nos encontramos frente a una mediación obligatoria y cuándo frente a una voluntaria o

facultativa? ¿En qué se distingue una de otra? ¿Cómo impactan dichas diferencias en los niveles de acuerdos y en los índices de satisfacción de los usuarios? ¿La mediación obligatoria tiene mayor impacto en la descongestión de los tribunales que la voluntaria? ¿La mediación obligatoria introduce a las partes a un proceso que más tarde podrían elegir voluntariamente? ¿Pueden los tribunales (o la ley) obligar a las partes soportar los costos de tiempo que impone la mediación obligatoria? ¿Qué sucede si se comparan los índices de satisfacción de la mediación obligatoria con los índices de satisfacción de las sentencias judiciales?

Existen cuatro grandes vías de ingreso a la mediación: (a) por iniciativa directa de las partes, sea de una de ellas o ambas de común acuerdo; (b) por remisión de participantes secundarios, entendiéndose por ellos quienes no siendo partes directas están interesadas en la resolución de conflictos, como por ejemplo, familiares, amigos, vecinos o cualquier otra persona a quien pueda beneficiar la solución del conflicto; (c) por iniciativa directa del propio mediador y (d) por designación realizada por una autoridad. Desde esta perspectiva, las diferencias entre la mediación obligatoria y voluntaria en nuestro país parecen diluirse, la mediación situada en el contexto judicial siempre será mediación obligatoria, sea que opere por mandato legal, por orden o sugerencia del juez. Como se aprecia, el elemento determinante está dado por la intervención judicial, la voluntad de las partes aparece entonces “mediada” por la autoridad. De lo anterior se sigue que la mediación voluntaria –como se ha entendido en Chile– no sería sino una modalidad de mediación obligatoria. La mediación facultativa ciento por ciento pura sería aquella que se desarrolla fuera del sistema judicial y que nace por iniciativa propia de una o de ambas partes o por recomendación o derivación de un tercero significativo para ellas. Esto es lo que en Chile los mediadores practicantes han denominado mediación por “demanda espontánea”.

Pese a que las diferencias entre una y otra se diluyen y la búsqueda de argumentos a favor de la mediación obligatoria parece innecesaria, estimamos igualmente útil conocer el fin público que persigue específicamente en el ámbito administrativo, materia que nos convoca en realización de este trabajo.

Corolario del Estado de Derecho es la centralidad y dignidad del ser humano, hecho que va a exigir también que las personas dispongan de mayores espacios de participación para que la definición del interés general se pueda realizar tal y como se ha de querer en un Estado Democrático de Derecho, en contextos de integración y complementariedad. Es por ello, que cómo ha de proceder en cada caso es algo que ha de determinarse en el marco de la ejecución e

implementación de las diferentes políticas públicas, todo esto en el contexto de una concepción de interés general dinámico, abierto permanentemente a la participación social para que pueda tener el grado y la intensidad que reclama su redacción misma.

Lo anterior, es la piedra angular para entender el alcance de la mediación en el ámbito del Derecho Administrativo, el cual no es concebido como un Derecho de la Administración Pública, sino que como “El Derecho” del poder público para la libertad solidaria de las personas.

En este escenario, una institución como la mediación sólo puede tener algún sentido en la medida que determinados asuntos públicos, conectados a “los intereses generales”, puedan resolverse fuera de los estrechos márgenes de un Tribunal, a partir de una argumentación razonable en supuestos de discrecionalidad. En realidad, el ciudadano nunca podrá disponer del mismo régimen que la Administración Pública, nunca podrá ser absolutamente igual a ésta, ni en el procedimiento ni en la posición procesal de los conflictos, pero que ello sea así per se no significa que la Administración esté revestida de prerrogativas o privilegios en relación a sus “súbditos”, pues en la actualidad la Administración Pública está obligada a buscar las mejores condiciones para que todos y cada uno de sus ciudadanos puedan ejercer en las mejores condiciones sus derechos fundamentales, aun cuando el ejercicio de los mismo sea, a su vez, en contra de ésta.

En conclusión, podemos sostener que la mediación en el contexto del Derecho Administrativo hay que enmarcarla en la resolución o prevención de conflictos entre los ciudadanos y la Administración Pública, lo que a su vez, tiende a fortalecer la confianza de los ciudadanos en la Administración que los rige, ya que este tipo de participación de la sociedad en la conformación de la acción pública constituye una manera concreta a que la concepción de interés general sea la expresión de lo social en lo público.

#### **4. De la mediación ante el Consejo de Defensa del Estado**

La Ley establece un Régimen de Garantías Explícitas en Salud, acode a la Ley N° 18.469. El plan de Garantías Explícitas de Salud (GES) -antes plan AUGE-, que tiene por objeto garantizar la cobertura de un número de problemas de salud por parte de Fonasa y las Isapres. Dicho régimen contendrá garantías explícitas en salud relativas al acceso, calidad, protección financiera y oportunidad de prestación del servicio.

Se refiere específicamente a la mediación como trámite prejudicial obligatorio en su Título III “de la responsabilidad en materia sanitaria”, Párrafo II “de la mediación”, artículos 43 y siguientes, normativa que establece que previo al inicio de una acción judicial, las personas que deseen hacer efectiva la responsabilidad de un prestador de salud (todos aquellos que otorguen atenciones en salud, tales como hospitales, consultorios, profesionales de la salud, clínicas, etc.) por los daños derivados del otorgamiento de prestaciones de salud, deberán solicitar una mediación. Distinguiéndose: (i) Si el prestador es del sector público, perteneciente a las redes asistenciales definidas por el artículo 16 bis del decreto ley 2.763 de 1979, o por alguno de sus funcionarios, la mediación se solicita ante el Consejo de Defensa del Estado, quien tiene un equipo de profesionales abocado a esta tarea; (ii) Si, en cambio, el prestador es del sector privado, deben concurrir a la Superintendencia de Salud.

Es un procedimiento no confrontacional entre usuarios y establecimientos públicos de salud para buscar acuerdos, mutuamente convenientes, que permitan reparar el daño ocasionado con motivo de una atención en salud.

Por su parte, la resolución exenta N° 142 de 2005 de los Ministerios de Hacienda y Salud de 29 de marzo de 2005, publicada con fecha 08 de abril de 2005, establece montos máximos a pagar por los prestadores institucionales en virtud del procedimiento de mediación establecido por la Ley N° 19.966. En su encabezado señala: *“Que la ley N° 19.966 ha creado un procedimiento de mediación previo al ejercicio de acciones jurisdiccionales en contra de los prestadores institucionales públicos o sus funcionarios, para obtener la reparación de los daños ocasionados en el cumplimiento de sus funciones de otorgamiento de prestaciones de carácter asistencial. Que el artículo 53 de la ley N° 19.966 ordena a los Ministerios de Salud y de Hacienda establecer los montos máximos que, en virtud del procedimiento de mediación regulado en el párrafo II del título III de la ley 19.966, podrán pagar los prestadores institucionales públicos”*.

A mayor abundamiento, el Decreto N° 47 de Mediación por reclamos en contra de prestadores institucionales Públicos de salud o en sus funcionarios y prestadores privados de salud, establece en algunas disposiciones importantes de mencionar:

Artículo 1°, señala que la mediación que establece el artículo 43 de la Ley N° 19.966 se regirá por las disposiciones de dicha Ley y por el presente reglamento.

El artículo número 2, define su ámbito de aplicación, al prescribir: “sólo serán susceptibles de mediación los reclamos deducidos por los interesados en contra de los prestadores públicos de salud o sus funcionarios o de prestadores privados, cuando ellos se funden en la alegación de haber sufrido daños ocasionados en el cumplimiento de sus funciones de otorgamiento de prestaciones de carácter asistencial.

Cuando el reclamo deducido se dirija en contra de los prestadores institucionales públicos o sus funcionarios, la mediación se desarrollará ante el Consejo de Defensa del Estado, el que podrá designar como mediador a uno de sus funcionarios, a otro en comisión de servicio o a un profesional que reúna los requisitos para integrar el Registro de Mediadores indicado en el artículo 10 de este reglamento”.

El artículo número 4, señala como principios generales: principio de igualdad, principio de celeridad, principio de confidencialidad, principio de imparcialidad, principio de voluntariedad, y principio de probidad, de los cuales hace una pequeña referencia respecto de su concepción para éstos efectos.

Los artículos del número 5 al 8, que establecen correlativamente: el nombramiento del mediador, el que estará a cargo del CDE, pudiendo designar a uno de sus funcionarios o a otro funcionario público en comisión de servicio o a una persona que cumpla los requisitos establecidos en el artículo 10 de este reglamento (requisitos para ser inscrito en el Registro de Mediadores); la posibilidad de solicitar la inhabilidad del mediador y nombramiento de un reemplazante; inhabilidad de oficio y; posibilidad de reasignación de mediador.

El artículo número 15, que hace referencia a la informalidad del procedimiento, al establecer: “El mediador tendrá amplia libertad para sesionar con las partes, ya sea en forma conjunta o por separado, pero manteniendo informada a la otra parte. Podrá, además, efectuar visitas al lugar donde ocurrieron los hechos, requerir de las partes o de terceros los antecedentes que estime necesarios y, a menos que cualquiera de las partes se oponga, solicitar informes técnicos a expertos sobre la materia de la mediación, cuyo costo será de cargo de las partes”.

## Capítulo II: El estándar de ponderación de derechos y su relación con la mediación

### 1. Reflexiones previas.

Frente a la situación de colisión de derechos fundamentales, como lo es en el caso propuesto a analizar, el autor alemán Robert Alexy ha desarrollado una teoría de ponderación, basada en la aplicación del principio de proporcionalidad, con el objeto de determinar el peso relativo de los derechos que se encuentren en conflicto, y lograr una ponderación racional y no meramente basada en el arbitrio o intuición. Ello se condice dado que los derechos no son ilimitados, sino que poseen un contenido esencial y límites, los cuales se pueden establecer a partir de diversas técnicas, entre ellas la ponderación.

Es necesario, en primer lugar, determinar qué es una ponderación, la cual es posible definir como la determinación de los beneficios que reporta la medida adoptada son mayores o menores que los perjuicios que genera la colisión sobre los intereses constitucionales involucrados en la colisión, dado que no existen derechos o bienes constitucionales que tengan un carácter absoluto. Bertelsen Simonetti (2010, pp. 41-42) ha señalado que consiste en “contrapesar los bienes jurídicos en pugna –en nuestro análisis, los derechos fundamentales que colisionan– de acuerdo con las circunstancias del caso, para determinar cuál es más importante en el supuesto y cuál debe rendirse”

El principio de proporcionalidad adquiere relevancia toda vez que los derechos fundamentales no son absolutos, sino que siempre existe la posibilidad de que estos sean limitados. La técnica desarrollada por Alexy, por tanto, pretende tutelar de forma más efectiva los derechos extendiendo su ámbito de protección, pero a la vez integrándolos de forma armónica al sistema de derechos de manera tal que sean compatibles entre sí.

La base de la teoría del jurista alemán, descansa sobre la distinción básica entre reglas y principios. Así, las reglas se han definido como normas que ordenan algo definitivamente o

mandatos de carácter definitivo. Se trata de normas condicionadas o también pueden revestir la forma de normas categóricas. A partir de ello, es que las reglas pueden ser cumplidas como no cumplirse.

Por su parte, los principios por el autor son entendidos como normas que ordenan algo que sea realizado en la mayor medida posible, en atención a las posibilidades fácticas y jurídicas (de ahí su denominación de mandatos de optimización). Estos principios tienen como característica que pueden ser cumplidos en diversos grados, dependiendo de las posibilidades anteriormente mencionadas.

La distinción anterior entre reglas y principios reviste importancia por cuanto la relación de estos mandatos de optimización, tienen una estrecha e importantísima relación con el principio de proporcionalidad del derecho constitucional material.

El principio de proporcionalidad es posible de distinguir en subprincipios, a saber: el principio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Corolario de lo anterior, es que los principios de idoneidad y de necesidad expresan el mandato de optimización relativo a las posibilidades fácticas, en donde la ponderación no tiene papel alguno. En cambio, tratándose del principio de proporcionalidad en sentido estricto, se refiere a la optimización relativa a las posibilidades de carácter jurídico. Es allí donde sí tiene relevancia la ponderación

Cabe destacar que el Tribunal Constitucional chileno, desde el inicio de sus actividades, utilizó en sus fallos la ponderación de derechos basado en el principio de la razonabilidad, siguiendo a Valenzuela Somarriva (2010) como aquel principio que “se estructura sobre una base objetiva constituida por pautas fundadas en conceptos y valores básicos, expresados en forma explícita o subyacentes en el ordenamiento constitucional, teniendo primordial relevancia entre ellas el de Justicia y el Bien Común”. No es sino hasta los últimos años de la primera década del siglo XXI que el Tribunal ha comenzado a aplicar el principio de proporcionalidad, como parámetro de control en materia de igualdad ante la ley, el cual empero no ha explicitado el lugar en donde radica su fundamentación en el ordenamiento jurídico nacional.

A pesar de ello, es posible sostener que implícitamente se encuentra reconocido el principio en comento en diversas disposiciones constitucionales:

En lo que concierne este trabajo, y el derecho a la tutela judicial efectiva, el Tribunal Constitucional utiliza el principio de proporcionalidad como un elemento para calificar las

restricciones al acceso a la jurisdicción. Así lo ha expresado en causal rol número 1.046 sobre inaplicabilidad del art. 170 del Código Sanitario, señalando que “ para estudiar la constitucionalidad de las normas, debe necesariamente revisarse si las limitaciones que ellas establecen se encuentran suficientemente determinadas por la ley y si están razonablemente justificadas; esto es, si persiguen un fin lícito, resultan idóneas para alcanzarlo y si la restricción que imponen puede estimarse proporcional al logro de esos fines lícitos que la justifican”:

Es pues, el principio de proporcionalidad uno de los tantos instrumentos existentes para resguardar un Estado Constitucional democrático y más específicamente los derechos fundamentales, siendo un parámetro para el control de estos respecto de las restricciones en pos de otros derechos o bienes constitucionales. Así, constituiría el principio en comento, una obligación respecto de los juzgadores en orden a argumentar y dar razones que permitan fundamentar lo decidido por ellos, evitando la arbitrariedad y/o subjetividad.

## **2. Juicio de valor respecto a los estándares de proporcionalidad, idoneidad y necesidad**

El principio de proporcionalidad se configura como una técnica de control aplicable en aquellos casos en que el Estado interviene en el campo de los derechos fundamentales restringiéndolos o limitándolos. Se ha señalado por H. Nogueira Alcalá, en la materia, que se trata de un principio inherente al Estado de Derecho, y especialmente relevante por cuanto se encontraría implícitamente dentro del derecho al debido proceso sustantivo y del derecho a la igualdad ante la ley. (2010, p. 355).

Según el autor C. Bernal, si seguimos la metáfora de Alexy, “los derechos fundamentales establecen lo constitucionalmente necesario (los mandatos) y lo constitucionalmente imposible (las prohibiciones) y a la vez, deparan al legislador el extenso terreno de lo constitucionalmente posible (lo permitido)” (2005, p.204). En nuestro sistema el art. 19 número 26 de la Constitución Política de la República constituye el margen aplicable al legislador en cuanto preceptúa que:

“Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

26°.- La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo

autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.”

A partir de lo anteriormente expresado, el principio de proporcionalidad admite una triple distinción en los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, los que serán analizados a continuación.

#### **a) El principio de idoneidad**

Este principio también es denominado como de adecuación o de conformidad de los medios a los fines.

La limitación de los derechos fundamentales sólo puede provenir ya sea de un bien constitucionalmente protegido, existiendo la prohibición de limitación en atención a bienes o intereses infra constitucionales. Según el propio autor, el subprincipio de idoneidad tiene más bien el status de un criterio negativo, mediante el cual se puede detectar qué medios no son idóneos.

El principio de idoneidad en aplicación copulativa de los demás subprincipios, constituye el marco a partir del cual se excluye lo no idóneo.

La idoneidad es definida por C. Bernal Pulido (2005, p.689) como “aquella regla que evalúa la constitucionalidad de una medida que afecta el disfrute de derechos fundamentales en dos sentidos. Por una parte, analiza si la medida o su finalidad son legítimas y, en segundo lugar, que la medida evaluada sea idónea para favorecer la obtención de la finalidad perseguida”.

La restricción a los derechos fundamentales encuentra su justificación constitucional toda vez que tenga respaldo en normas constitucionales, de su misma jerarquía, esto en virtud del principio de jerarquía constitucional. R. Alexy hace una doble distinción en cuanto a las restricciones. Así pues, distingue entre:

- a) Restricciones directamente constitucionales: aquellas que tienen su origen en normas constitucionales diversas. Constituyen esta categoría los derechos fundamentales y los bienes constitucionales.

- b) Restricciones indirectamente constitucionales: aquellas que tienen su origen en normas de inferior jerarquía constitucional, pero que sin embargo han sido autorizadas por normas constitucionales. En esta categoría podemos situar a las limitaciones que realiza el legislador.

La aplicación de este subprincipio permite efectuar un juicio previo fáctico relativo a si la medida en evaluación es un medio adecuado para favorecer la finalidad pretendida. En efecto, según lo afirmado por R. Alexy (2011, pp.11-29), el legislador generalmente buscará por lo menos realizar sus fines en alguna medida. Esto basta para superar el test de idoneidad. Por esta razón, la relevancia práctica del subprincipio de idoneidad es más bien baja dado que exige un mínimo de idoneidad y no así un máximo.

**La aplicación práctica de este principio al artículo en análisis, a saber, artículo 19 bis se puede analizar de la forma siguiente:**

- i. En primer lugar, es necesario determinar cuál es la medida que someteremos al control de proporcionalidad, siendo esta la mediación como requisito de procesabilidad.
- ii. Luego debemos atender a la(s) finalidad(es) para la cual ha sido establecida esta mediación previa en casos de negligencia médica. Ello es posible de desprender del mensaje del legislador en la materia, en donde se expresó que al establecer Garantías Explícitas de la Salud era posible que en casos puntuales pudiese existir un incumplimiento lo que conllevaría a que se “incremente exponencialmente los litigios y se produzca un aumento de la judicialización de los conflictos en el ámbito de la salud; la inquietud por el hecho de que el problema anterior pueda exacerbarse por la acción de abogados que transformen estos conflictos en una industria generadora de ingresos, y - que la mediación ha sido recientemente incorporada a la legislación nacional en el proyecto de ley sobre Tribunales de Familia.”. De lo anterior, se colige que la finalidad para la cual ha sido establecida la mediación en materia de negligencia es evitar la judicialización excesiva de las relaciones en el ámbito de la salud.
- iii. En tercer lugar, es necesario realizar una “una evaluación de idoneidad teleológica. Consiste en analizar si la medida restrictiva de derechos fundamentales y su finalidad, si es una, o cualquiera de las finalidades, si son varias, efectivamente promueven un

derecho fundamental, un bien constitucional o un interés establecido por el legislador constitucionalmente autorizado<sup>43</sup>.

En efecto, estamos ante la presencia de una autorización de carácter constitucional, la que otorga la posibilidad de afectar derechos constitucionalmente protegidos bajo ciertas condiciones. Así lo preceptúa nuestra Carta Fundamental en el artículo 19 número 26 al expresar:

*Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:*

*26°.- La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.*

Pues bien, la obligatoriedad de la mediación como requisito previo para el ejercicio de las acciones indemnizatorias ante la justicia ordinaria en casos de negligencia médica, fácticamente y en aplicación de la esta regla, constituye efectivamente un medio adecuado para promover la finalidad perseguida, la cual es disminuir la judicialización excesiva de las relaciones en el ámbito de la salud, paciente - médico. De esta manera lo ha entendido Alexy, ya que se trata en este caso es de determinar si, en los hechos, la medida evaluada permite favorecer la finalidad pretendida. Se trata de proteger o promover mediante esta pretensión un derecho fundamental o un bien jurídico constitucional, el cual es el establecido en el artículo 19 número 9 de la CPR, que garantiza a todas las personas el derecho a la protección de la salud; consigna que es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias, y dispone que cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado.

Una vez superado este análisis, es menester evaluar técnicamente la idoneidad, para seguir en el orden de cosas, con los principios siguientes. Esta evaluación exige la existencia de una coherencia entre modos y fines, de manera tal que la finalidad se pueda alcanzar a través de la medida identificada. Alexy ha señalado que “si la medida identificada no es apta para favorecer el disfrute de derechos fundamentales, de bienes constitucionales o de intereses

establecidos por el legislador constitucionalmente autorizado, entonces es técnicamente inidónea. Y, como adicionalmente su imposición afecta el disfrute de un derecho fundamental, deberá ser declarada inconstitucional. Por otro lado, el autor Sánchez Gil expresa que “en caso contrario, habrá superado el examen realizado a la luz de la regla de idoneidad y deberá continuar su análisis bajo las demás reglas. Conviene reiterar que el tribunal que evalúa la idoneidad instrumental de la medida no requiere confirmar que se trata de la medida más eficaz, sino que basta que advierta que la medida permite promover el objetivo perseguido.”

A nuestro parecer y de la forma en que ha explicitado el legislador la finalidad de la incorporación de la mediación como un requisito previo y necesario para evitar la judicialización desmedida en este ámbito de la salud y por otro el de garantizar el derecho fundamental de protección a la salud, no nos parece una medida idónea técnicamente. La razón de ello, deriva de la fuerte restricción del ejercicio del derecho fundamental del acceso de la justicia que la propia Constitución garantiza a las personas en el artículo 19 número 26. Si bien la pretensión del legislador de evitar el “colapso” del sistema judicial es totalmente legítima, ello no puede bajo ningún respecto constreñir el acceso de la justicia, especialmente a particulares que usan los servicios públicos y que puede generalmente caracterizarse como personas de escasos recursos, cuya desigualdad con el Estado es evidente. Dicha medida en los hechos no propende hacia el disfrute de un bien, interés o un derecho constitucional, sino que totalmente lo contrario según lo hemos explicado.

Al no haber superado la evaluación de la idoneidad técnica, no es necesario seguir evaluando la medida a la luz de los principios de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto.

#### **b) El principio de necesidad**

En términos generales, para el autor alemán, el principio de necesidad puede ser entendido en términos prácticos como que el sacrificio impuesto sea necesario, no existiendo otro menos lesivo, para preservar así otro derecho o un bien constitucionalmente protegido. (Alexy, 2011: p.71)

El principio de necesidad supone que la medida adoptada y que restringe un derecho fundamental, debe ser necesaria y cuanto más imprescindible para alcanzar el fin propuesto con dicha limitación (necesidad teleológica), pero además debe considerar que, de entre todas las

medidas restrictivas existentes, debe escogerse sólo aquella que resulta ser menos gravosa para lograr la finalidad perseguida. (necesidad técnica). De lo anterior, el principio de necesidad implica un juicio de valor en razón de la eficiencia de la medida restrictiva de derechos

En palabras de Alexy, “este principio exige que de entre dos medios igualmente idóneos respecto a P1, deberá ser elegido aquel que sea menos lesivo respecto a P2. Si existe un medio que intervenga en menor medida y que sea igualmente idóneo, será posible realizar una posición sin tener que perjudicar a la otra.” (2011, p.14).

### **c) El principio de proporcionalidad en sentido estricto (o ponderación)**

Derivado del principio de proporcionalidad en sentido estricto, se encuentra la ponderación. El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, según lo anteriormente señalado, se relaciona con la optimización relativa a las posibilidades fácticas, esto es el ahorro de los costos que pueden ser evitado. Empero, en casos concretos, dichos costos serán inevitables al presentarse una colisión de principios, en donde necesariamente se deberá concurrir a la ponderación. Este principio entonces, se identifica con la “ley de ponderación” en nomenclatura de Alexy, que la expresado de la forma siguiente: “Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro.” (2011, p.15).

Este subprincipio, a diferencia de la idoneidad, reviste de gran importancia práctica en tanto es posible de hallar su aplicación en la mayor parte de la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales, incluyendo el nuestro. Se trata, pues, de una comparación (de ahí la nomenclatura “ponderación”) según M. Soto entre la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental. Mediante esta comparación, se prohíbe que una afectación intensa de un derecho fundamental sea correlativa tan solo a una protección mínima o leve de otro derecho o bien jurídico. (2014, p.123).

### **3. Mediación como carga procesal**

El eje central del presente trabajo, se ha desarrollado a propósito de la forma en que se entiende lo dispuesto por la Ley 19.966 en su artículo 43, disposición que exige someter el

conflicto con los prestadores de salud públicos o privados a mediación, como un requisito de procesabilidad necesario para ejercer la acción indemnizatoria correspondiente.

Desde luego, la jurisprudencia nacional ha sido vacilante en esta materia. Los fallos de tribunales se han inclinado ya sea por reafirmar el carácter obligatorio de la mediación para ejercer la acción respectiva, o bien se han referido al trámite como precedente obligatorio dependiendo si se trata de un prestador de salud público o privado.

En este punto es dable destacar, el voto disidente del Tribunal Constitucional nacional, respecto de la causa por inaplicabilidad del 10 de julio del año 2012, rol número 2.042-11 INA. Para efectos de no hacer tediosa la lectura y comprensión de este fallo, se resumirán los pasajes más importantes de dicha sentencia.

El fallo discurre a partir de un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que es solicitado por un particular que ha sido objeto de perjuicios, así como también su hija, con ocasión de un parto, con un prestador privado de salud. Se intenta la declaración de inconstitucionalidad respecto de los incisos primero y segundo del artículo 43 de la Ley 19.966, que establece el Régimen de Garantías de Salud y que preceptúan lo siguiente:

"El ejercicio de las acciones jurisdiccionales contra los prestadores institucionales públicos que forman las redes asistenciales definidas por el artículo 16 bis del Decreto Ley N°2.763, de 1979, o sus funcionarios, para obtener la reparación de los daños ocasionados en el cumplimiento de sus funciones de otorgamiento de prestaciones de carácter asistencial, requiere que el interesado, previamente, haya sometido su reclamo a un procedimiento de mediación ante el Consejo de Defensa del Estado, el que podrá designar como mediador a uno de sus funcionarios, a otro en comisión de servicio o a un profesional que reúna los requisitos del artículo 54. En el caso de los prestadores privados, los interesados deberán someterse a un procedimiento de mediación ante mediadores acreditados por la Superintendencia de Salud, conforme a esta ley y el reglamento, procedimiento que será de cargo de las partes. Las partes deberán designar de común acuerdo al mediador y, a falta de acuerdo, la mediación se entenderá fracasada".

La requirente aduce que la mediación previa como requisito de procesabilidad para el posterior ejercicio de acciones judiciales, vulnera en su aplicación a la gestión judicial (que se

explicará a continuación), las garantías consagradas en el artículo 19 n° 2, 3, 24 y 26 de la Carta Fundamental.

La gestión judicial referida anteriormente, es la demanda de indemnización de perjuicios por negligencia médica, la que a la fecha de presentación del requerimiento se encontraba en la Corte Suprema, para que conociera de un recurso de casación en el fondo interpuesto por la requirente de autos en contra de la sentencia interlocutoria de segunda instancia, que confirmó la resolución dictada por el 11° Juzgado Civil de Santiago, que acogió en todas sus partes el incidente de nulidad de todo lo obrado interpuesto por uno de los demandados, fundado en haberse omitido el trámite de la mediación antes de deducir la demanda civil.

En lo concerniente a los hechos, el juicio pretende obtener la indemnización de perjuicios resultantes de las lesiones sufridas por la requirente y su hija, a causa de la mala praxis médica e incumplimiento de deberes de diligencia y cuidado, consistentes en no haberles entregado la atención médica básica de parto adecuada que les correspondía en virtud del contrato de hospitalización celebrado.

En lo medular y en consideración al punto específico a partir del cual se desarrolla este trabajo, nos centraremos en la argumentación que dan las partes respecto al artículo 19 número 3 y 26 de la Carta Magna y también lo esgrimido por el Tribunal en su voto de disidencia contrastándolo paralelamente con el voto de mayoría.

El voto disidente fue acordado por los ministros Hernán Vodanovic Schnake, Enrique Navarro Beltrán e Iván Aróstica Maldonado, quienes estuvieron por acoger la inaplicabilidad solicitada por las siguientes razones:

- i. El artículo número 43, inciso segundo, de la Ley N° 19.966 no puede ser aplicado en el juicio pendiente, por resultar contrario a la Constitución

Es contrario a la Carta Fundamental ya que dicho precepto contempla la mediación como requisito obligatorio y además como un presupuesto para acceder a la justicia (lo que se manifiesta en el posterior ejercicio de las acciones indemnizatorias correspondientes). De esta forma, se vulneraría el artículo 19 número 3 de la CPR.

También se arguye que es inconstitucional por establecer dicho procedimiento de mediación fuera del amparo del Poder Judicial, infringiendo el art. 76 del citado cuerpo legal, por cuanto el legislador al momento de introducir la mediación como requisito previo, modificó el status quo existente a la época, que los juicios por indemnización de perjuicios derivados de negligencias médicas fueran conocidos por los tribunales del Poder Judicial, aplicándose sólo respecto de ellos la mediación forzosa (inciso II del artículo 43), la que se desarrolla en esfera administrativa (art. 44 inciso II) y con vocación proclive a que las partes “lleguen a una solución extrajudicial de la controversia” (artículo 43, inciso tercero), merced a la suscripción de un acta final que “surtirá los efectos de un contrato de transacción” (artículo 53, inciso primero). Todo lo cual supone, obviamente, predisponer al afectado a que decline algunas de sus reclamaciones y haga ciertas concesiones.

ii. En segundo lugar, el mismo tribunal ha expresado que para “la protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”, sea que se pretenda la declaración, reconocimiento, salvaguarda o ejecución de los mismos, el artículo 19, N° 3°, de nuestra Carta Fundamental asegura a todas las personas el acceso sin más trabas ni demoras a la Judicatura y su correspondiente juez natural cuyo correlato, el artículo 76 del mismo texto supremo concibe como la jurisdicción, esto es el poder-deber que le asiste “exclusivamente” a los órganos del Poder Judicial para “conocer y resolver” toda clase de contiendas sobre bienes o derechos, precisamente con miras a brindar una “pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República”, conforme afianza al sistema judicial chileno el artículo 77 constitucional;

iii. El acceso a la justicia como una garantía para efectiva protección de los derechos:

Señala el mismo TC que en diversas ocasiones se ha pronunciado respecto a la postura sobre la materia en cuanto a que el derecho de acceso a la justicia es una garantía que no es posible de sustituir o reemplazar, ya que ella es la que permite la protección real y efectiva de los derechos. En la misma STC añade que “carecería de sentido que la Carta Fundamental se hubiese esmerado en asegurar la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, así como los derechos a la defensa jurídica, a ser juzgado por el juez natural y a un justo y racional procedimiento, si no partiera de la base de la existencia de un derecho anterior a todos ellos y que es presupuesto

básico para su vigencia, cual es el derecho de toda persona a presentarse ante el juez, a ocurrir a los tribunales, sin estorbos o condiciones que lo dificulten, retarden o impidan arbitraria e ilegítimamente.”

- iv. La STC añade: “Que así, entonces, asumir a priori que la sola interposición de unas acciones reparatorias puede generar alguna “judicialización injustificada y excesiva”, aparte de configurar una predicción sin fundamento, no puede justificar que al sospechado se lo induzca a depreciar un derecho claro e incuestionable, porque en tal caso no se le estaría asegurando la constitucionalmente debida “protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”. Pues, justamente para que nadie sea estimulado a devaluar sus legítimos derechos, es que los mecanismos alternativos de solución de controversias, en cuanto son forzados, incluso para los casos más evidentes y menos dudosos, no pueden sino tener lugar dentro y bajo el amparo de los tribunales del Poder Judicial, desde que “exclusivamente” les corresponde “resolver” todos los contenciosos, cualquiera sea su naturaleza o la calidad de las personas que en ellos intervengan, aun si se trata de una madre que reclama cierta indemnización de una clínica privada”

A juicio del voto mayoritario esto no sería del modo planteado por el voto minoritario, puesto que si bien la mediación se realiza en un contexto extrajudicial, ésta debe ser posteriormente aprobada por el competente tribunal, por tanto, la resolución del conflicto técnicamente sigue siendo por sentencia judicial.

Uno de los principios que informan la mediación es el de la autonomía de la voluntad y el de celeridad, los cuales fueron tratados oportunamente, y nos remitiremos a ello. En consecuencia, el acceso a la justicia desde esta perspectiva no se ve afectado, pues si bien en este caso la mediación es una carga procesal, puede que las partes puedan llegar a un acuerdo que ponga fin el conflicto, no siendo necesario para ello la judicialización del conflicto. Ergo, mientras los derechos sean disponibles, la mediación debe verse como una posibilidad viable de resolución de conflictos.

La Mediación es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, definido en el artículo 43 inciso 3 de la Ley N° 19.966 de 2004, que establece un Régimen de garantías en Salud, como

*“un procedimiento no adversarial que tiene por objetivo propender a que, mediante la comunicación directa entre las partes y con intervención de un mediador, ellas lleguen a una solución extrajudicial de la controversia”.*

Si bien estamos contestes en que la mediación se da en un contexto extrajudicial, es evidente que lo es por el carácter de los derechos involucrados, pues a lo que apunta la ley de daños por salud es indemnizar según sea el caso en los términos mencionados a lo largo de este trabajo. Por tanto, en este sentido, derechos básicamente patrimoniales siempre se han entendido disponibles para las partes, en consecuencia, no habría nada nuevo bajo el sol en este punto. Consideramos que este es el argumento más débil del voto disidente.

v. La mediación como un obstáculo para acceder a la justicia:

Es innegable que el art. 43, en palabras del tribunal, resulta ser un impedimento, obstáculo, o traba infundada para acceder a la Justicia. Tanto así que en el caso concreto la requirente quedó impedida de ejercer una acción procesal para perseguir la reparación de los daños que se le habrían causado por prestadores de servicios de salud, con el fundamento, precisamente, de que el artículo 43 de la Ley N° 19.966 “impone de manera perentoria, como presupuesto esencial de validez de toda relación jurídico procesal, que antes que se ejerza cualquier acción en que se persiga el resarcimiento de ciertos daños causados por prestadores privados de salud, debe someterse el conocimiento de tales hechos a un proceso de mediación previa ante los mediadores acreditados en la Superintendencia de Salud”.

vi. Segunda inconstitucionalidad: de la celebración de la mediación

Posteriormente el TC, afirma que una segunda inconstitucionalidad viene dada por la forma en que la mediación es celebrada al margen de los tribunales, para dirimir las causas civiles y criminales, pues se lleva a efecto en la esfera de la Superintendencia de Salud, no obstante la prohibición de injerencia jurisdiccional que el inciso primero del artículo 76 de la Carta Fundamental impone al Presidente de la República y, por lógica extensión, a todos los demás organismos y servicios pertenecientes a la Administración Pública. Siendo de reiterar que, aun de admitirse la legitimidad de la mediación prejudicial obligatoria, para que sea constitucionalmente aceptable, ella debe llevarse a cabo dentro del Poder Judicial. Entre los autores, Bidart Campos, por ejemplo, sostiene que para que una ley de mediación obligatoria sea

constitucional, es imprescindible que la instancia de mediación y los mediadores no dependan del Poder Ejecutivo ni pertenezcan a su órbita, sino que su organización y funcionamiento se radique en la esfera del Poder Judicial, aunque más no sea por una razón constitucional evidente, cual es la prohibición del artículo 109 al Poder Ejecutivo para que no tome injerencia en el Poder Judicial; de hacerlo, viola la división de poderes (Germán Bidart Campos : “La mediación prejudicial obligatoria en la órbita del Poder Ejecutivo”, en La Ley, 1988-F-467).

Continuando con los comentarios hacia el voto minoritario, en este punto nos queda referirnos a la mediación como obstáculo al acceso a la justicia y a su supuesta inconstitucionalidad por realizarse en un contexto extrajudicial pero con el agregado de órganos no pertenecientes al poder judicial.

En lo que respecta a limitación al acceso a la justicia, es suficiente señalar que nos remitimos al comentario anterior, pero agregando, que la mediación materializada como un contrato de transacción entre el Estado y los particulares, es, como su nombre lo indica, un contrato, que por ende siempre estará sujeto a la nulidad por vicios del consentimiento conforme a las reglas generales.

Por otra parte, podríamos considerar que el Consejo de Defensa del Estado, al resolver un conflicto entre partes, y que afecta los derechos de las personas, estaría ejerciendo jurisdicción. Sin embargo, mal podría estimarse que sí lo hace, por cuanto su función en el caso de la Mediación en Salud es más bien lograr solucionar un conflicto extrajudicialmente, a través de un conjunto de prerrogativas que le concede la Ley, sin contar con las atribuciones de que goza un juez (imperio, por ejemplo), y sin que por ello se estime que está cumpliendo un rol de tutela de los derechos vulnerados de alguna de las partes, materia que queda a exclusiva competencia de los Tribunales de Justicia.

vii. Tercera inconstitucional: omisión del imperativo del art. 77 de la CPR

La Magistratura constitucional ha sido dura en señalar que, sumado a lo anterior, existe una tercera causal de inconstitucional y que sería la más grave, y es que este precepto sería nulo en su origen. La nulidad de la norma derivaría que al establecerse un mecanismo “alternativo” de solución de conflictos como obligatorio y además como un equivalente jurisdiccional, debió haberse tramitado como una ley orgánica constitucional de conformidad al artículo 77, inciso primero de a CPR.

El TC razona de esta forma ya que con criterio análogo ha prevenido en otras oportunidades que sólo en virtud de este tipo de leyes (LOC), deben establecerse arbitrajes forzosos o comisiones conciliadores arbitrales. Añade que, en el caso concreto, es posible observar que en el proceso de génesis legislativa del artículo 43 de la Ley 19.966 no fue oída la Corte Suprema, lo que constituye una evidente infracción al artículo 77 de la Carta, siendo también omitido el control de constitucionalidad preventivo ante el mismo TC, contraviniendo el art. 93 número 1 de la Constitución Política.

### **Breve análisis crítico del voto de disidencia**

Como queda de manifiesto, el voto de disidencia del TC es en orden a declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del precepto impugnado por la requirente.

Estimamos, en consideración a lo expuesto, que el voto disidente ha sido enfático en reiterar que el precepto es inconstitucional y que lesiona derechos fundamentales por las razones ya expuestas, no obstante creemos que faltó precisar que la figura de la mediación obligatoria como requisito de procesabilidad para el posterior ejercicio de acciones indemnizatorias por negligencias médicas de la Ley 19.966, no responde al concepto, características ni principios de la mediación desarrollada por los autores del movimiento MASC, descrita ya en el capítulo I del presente trabajo.

Si se compara la figura legal inserta en el art. 43 de la Ley con la mediación desarrollada en doctrina, es notoria la desnaturalización de dicha figura.

Primeramente, el proceso de mediación es entregado a un servicio público por atribución de la Ley, el Consejo de Defensa del Estado, cuyo objeto precisado en el artículo número 2 de su Ley Orgánica, es la defensa judicial de los intereses del Estado. De ello, es posible afirmar que evidentemente hay un conflicto con la imparcialidad del mediador como principio inherente y esencial de la mediación. Como se explicó en el Capítulo I de este trabajo, el mediador debe ser neutral, no debiendo existir conflictos de interés de cualquier índole con las partes que se someten a mediación. Pues bien, dada la regulación de la Ley 19.966 no parece ser que dicha imparcialidad sea asegurada de manera efectiva, en efecto, el artículo 3 del Reglamento de Mediación por Reclamos en contra de Prestadores Institucionales Públicos de Salud o sus Funcionarios y Prestadores Privados de salud, entiende que:

“Artículo 3°.- Definiciones. Para los efectos de la aplicación del presente reglamento, las expresiones que a continuación se indican tendrán los significados que se señalan:

Mediador: es la persona o personas designadas por el Consejo de Defensa del Estado, o por las partes en su caso, para efectuar la mediación.”

Así las cosas, de dicha definición entregada por el cuerpo legal citado, desde ya se advierte el conflicto con la imparcialidad que existe en el procedimiento primigenio de designación de mediador. La designación a priori de mediador, le corresponderá siempre al Consejo de Defensa del Estado, del cual ya tenemos conocimiento de su objeto. En caso de desacuerdo de las partes en torno a la figura del mediador o a raíz de alguna inhabilidad alegada es posible designar otro, pero siempre quedando limitado al Registro de Mediadores que lleva la Superintendencia de Salud.

Lo anterior, es posible de reforzar en la norma del artículo 10 del mismo Reglamento citado, y donde creemos que nuevamente queda de manifiesto la parcialidad que tendría la mediación en materia de negligencias médicas, partiendo de la base que el mediador puede ser también un funcionario del Consejo de Defensa del Estado, actuación en la que prevalecería el interés particular por sobre el interés general, y que no sería compatible además con la probidad administrativa y su correlato, el principio de imparcialidad.

“Artículo 5°.- Nombramiento del mediador. El *Consejo podrá designar como mediador a uno de sus funcionarios, a otro funcionario público en comisión de servicio o a una persona que cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 10 de este reglamento.*”

En segundo lugar, el impulso para desarrollar la mediación en materia de negligencias médicas no viene dado por las partes, sino que se establece como un requisito prejudicial necesario para que, en un momento posterior, en aquella hipótesis en que no prosperare, sea posible judicializar el asunto controvertido y ejercitar las acciones indemnizatorias para la reparación de los daños ocasionados; hecho que pugna también con el derecho de acceder a la jurisdicción de manera libre, sin que ningún obstáculo lo coarte. La doctrina en materia de MASC, ha señalado explícitamente que constituye la autonomía de la voluntad la condición de existencia de la mediación, en tanto sean las partes quienes deben evaluar si deciden o no someter el asunto a este mecanismo, de la forma en que hemos señalado anteriormente.

Por último, otra cuestión reparable en la figura de la pseudo mediación en salud, es la duración de dicho procedimiento. Se establece un plazo total para el procedimiento de sesenta días corridos, pudiendo ser incluso prorrogado con acuerdo de las partes, hasta un máximo de ciento veinte días. A nuestro parecer, el principio de celeridad por el cual debe discurrir la mediación, también se vería afectado. Si bien el procedimiento de mediación se desarrolla en atención al principio de informalidad, la posibilidad de extender el plazo de actuación, implica a nuestro parecer buscar a todas luces una solución, que en este contexto podría llegar a ser forzada, en cuanto se trata de asuntos de naturaleza que revisten especial desgaste emocional y psicológico para la parte que fue dañada por la negligencia.

### **Capítulo III: La Mediación ante el Consejo de Defensa Del Estado y su relación con el derecho fundamental de tutela judicial efectiva.**

#### **1. De la Mediación ante el Consejo de Defensa del Estado y la tutela judicial efectiva.**

La noción de "derecho a la tutela judicial" importa el reconocimiento de un derecho prestacional que recaba del Estado la protección jurídica debida, en el igual ejercicio de los derechos ante la justicia, proscribiendo la autotutela, y garantizando una respuesta a la pretensión de derechos e intereses legítimos con autoridad de cosa juzgada y con la eficacia coactiva que demanda la satisfacción de derechos fundamentales.

Este derecho se deduce del artículo 19, numeral 3º, inciso 1º, de la Constitución Política de la República que garantiza a todas las personas "la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos". El elemento definitorio de este derecho es la concurrencia de todos los presupuestos jurídicos que hagan efectiva esta tutela de derechos e intereses y que operan con independencia al proceso. Si hay un punto de frontera entre el derecho a la tutela judicial y el debido proceso es justamente aquel que permite distinguir todos los factores externos al proceso y que lo predeterminan. El debido proceso comienza con acciones que se impetran, pero que requieren que el acceso a ella esté resuelto previamente, que existan precedentes, en un amplio sentido, motivados y conocidos, y que lo solicitado tenga garantías de cumplimiento según la naturaleza del procedimiento. A todo ello se aboca la tutela judicial.

A mayor abundamiento, cabe señalar que resulta evidente que esta tutela se encuentra modulada en un debido proceso, estructurado bajo reglas de racionalidad instrumental o adjetiva. Esto importa una serie de requisitos, límites y condiciones para ejercer el derecho, todas materias propias de los procedimientos que establece la ley. En consecuencia, el derecho a la tutela judicial "no es un derecho absoluto ejercitable en todo caso, sino que dicho derecho debe ejercerse dentro del proceso legalmente establecido, cumpliendo los requisitos fijados razonablemente a fin de no limitar o afectar sustancialmente el derecho complementario a la defensa

Por otro lado, nuestra Carta Fundamental en su artículo 19 N°9 asegura a todas las personas el derecho a la protección de la salud, quedando el Estado obligado a proteger el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo. En consecuencia, la Salud es un derecho de carácter fundamental del que gozan todos los individuos que forman parte de nuestra sociedad, categoría que hace objeto de protección y resguardo por parte del Estado.

En el caso de los daños ocasionados por la Administración del Estado o sus funcionarios, en el cumplimiento de sus funciones de otorgamiento de prestaciones de carácter asistencial, que, si bien no se encuentran sometidos a un régimen especial de resolución de conflictos, sí se establece un requisito previo o presupuesto necesario para dar curso a cualquier reclamo que se pretenda realizar por la vía jurisdiccional.

Dicho todo lo anterior, es que resulta menester ahondar en cómo logran convivir ambos derechos fundamentales en conjunto a la exigencia de Mediación ante el Consejo de Defensa del Estado.

La Mediación es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, definido en el artículo 43 inciso 3 de la Ley N° 19.966 de 2004, que establece un Régimen de garantías en Salud, como *“un procedimiento no adversarial que tiene por objetivo propender a que, mediante la comunicación directa entre las partes y con intervención de un mediador, ellas lleguen a una solución extrajudicial de la controversia”*.

Tal como señala el artículo 53 de la Ley N° 19.966 que establece un Régimen de Garantías en Salud, el acuerdo al que se llegue en el procedimiento de Mediación produce los efectos de un contrato de transacción. La transacción es un contrato mediante el cual las partes, haciéndose recíprocas concesiones, ponen fin a un litigio pendiente, o precaven uno eventual (artículo 2.446 del Código Civil). Es así, como siendo un contrato, la transacción es creadora de derechos y

obligaciones para las partes, aunque normalmente produce el efecto de extinguir obligaciones (artículo 1.567 N° 3 del Código Civil).

Por su parte, sabemos que la transacción constituye un equivalente jurisdiccional, esto es, “un acto que, sin haber emanado de la jurisdicción de nuestros tribunales de justicia, equivale a los efectos que produce una sentencia para la solución de un conflicto”.

En el caso de la mediación en salud, estamos sin dudas ante a un procedimiento que puede dar lugar, en caso de ser procedente y haber acuerdo entre las partes, a un contrato de transacción, en que ambas partes (reclamante y reclamado) participan en igualdad de condiciones para fijar por iniciativa propia, o excepcionalmente con la ayuda del mediador, los términos de un acuerdo que ponga fin al conflicto que nace en el evento que la Administración del Estado o sus funcionarios, no hayan cumplido sus funciones de otorgamiento de prestaciones de carácter asistencial, y a consecuencia de ello se haya producido un daño.

Cabe mencionar que la mediación materializada como un contrato de transacción entre el Estado y los particulares, es, como su nombre lo indica, un contrato, que por ende siempre estará sujeto a la nulidad por vicios del consentimiento conforme a las reglas generales.

## **2. ¿Cómo logran convivir de manera legítima la Mediación ante el Consejo de Defensa del Estado y el derecho Fundamental de tutela judicial efectiva?**

Para comenzar a desarrollar este punto, es importante expresar que la Comisión de Estudios para la elaboración de la Ley N° 19.966, efectuó diversas consideraciones críticas, siendo la más importante de ellas que el mediador, conforme a la indicación en comentario, sea un funcionario público. Sobre este punto, la Comisión coincidió en que semejante mediador no tendrá la independencia necesaria para promover acuerdos entre las partes en conflicto, ya que generalmente estará vinculado a una de ellas en calidad de dependiente.

Como forma de soslayar este inconveniente, la Comisión propuso que el mediador sea nombrado de entre un grupo de profesionales altamente calificados, que integren una lista de mediadores, y que sean nombrados por el Ministro de Salud.

Alternativamente, se planteó que el mediador sea designado por el Consejo de Defensa del Estado, de entre uno de sus miembros o designando a un tercero, funcionario o no, que dé garantías de independencia.

Finalmente, se estimó que el Consejo de Defensa del Estado es un organismo idóneo para este efecto, ya que, si bien es de carácter público, es independiente del Gobierno de turno (2° Informe de la Comisión de Salud).

Según el artículo 5° del Reglamento de Mediación, el Consejo podrá designar como mediador a uno de sus funcionarios, o a otro funcionario público en comisión de servicios, o a otra persona que cumpla con los requisitos legales contenidos en el artículo 10 del Reglamento (título profesional de una carrera de a lo menos diez semestres de duración; cinco años de experiencia laboral a lo menos, y no haber sido condenado u objeto de formalización de investigación criminal en su caso, por delito que merezca pena aflictiva).

El mediador, señala la Ley, tendrá amplia libertad para sesionar con las partes, ya sea en forma conjunta o por separado, de lo cual deberá mantener informada a la otra parte. Asimismo, deberá mantener una actitud imparcial y velar porque se respeten los principios de igualdad, celeridad, voluntariedad, confidencialidad e imparcialidad. Y, señala especialmente la Ley en su artículo 50, que, para el caso de los reclamos contra prestadores institucionales, el mediador deberá cumplir especialmente el principio de probidad administrativa, para garantizar su imparcialidad, que consiste en mantener una conducta moralmente intachable, privilegiando el interés público por sobre el particular.

El mediador, asimismo, deberá ayudar a las partes a llegar por sí mismas a la solución de la controversia, sin perjuicio de proponer bases para un acuerdo, en caso de ser necesario, situación de suyo excepcional en este procedimiento (y criticable), por cuanto la regla general en materia de mediación, es que el mediador no puede intervenir proponiendo alternativas de solución, lo que queda exclusivamente a disposición de las partes.

La ley ya mencionada señala en su artículo 47, inciso segundo, que las partes, en cualquier momento de la Mediación, podrán expresar su voluntad de no perseverar en el procedimiento, el que se dará por terminado mediante un acta que deberá ser firmada por aquéllas y por el mediador.

Ahora bien, expuesto el contexto, cabe preguntarnos de qué manera coordinamos la existencia de la garantía consagrada en el artículo 19 N° 3 de la Constitución (debido proceso) y el respeto al libre acceso a la justicia, con la instauración de un procedimiento imperativo, obligatorio y previo a la justicia ordinaria, para poder hacer efectivo el reclamo en contra de los prestadores institucionales públicos en materia de salud, como es la Mediación en Salud consagrada en la Ley N° 19.966 de 2004.

Para analizar los derechos constitucionales señalados precedentemente, es preciso, en primer término detenernos en la expresión “Acceso a la Justicia”, para, en definitiva, determinar si la obligatoriedad de recurrir ante el Consejo de Defensa del Estado previo a la interposición de una demanda ante los Tribunales Ordinarios de Justicia, se ajusta a lo que el concepto de Estado de Derecho quiere pretender, partiendo de la base que en dicho Estado de Derecho nos encontramos con un grupo de ciudadanos a quienes se les reconoce ciertos derechos que no pueden ser desconocidos por el Poder Público. Entonces, “Acceso a la Justicia” en un sentido genérico, podría entenderse como igualdad de oportunidades para acceder a las instituciones, órganos o Poderes del Estado que generan, aplican o interpretan las leyes y regulaciones normativas con especial impacto en el bienestar social y económico. Desde esta perspectiva, el derecho de acceso a la justicia incluye no sólo la protección de los derechos humanos a través de recursos judiciales sino, también, mediante instancias administrativas, no estatales o ambas, o prejudiciales de resolución de conflictos, como los mecanismos alternativos (mediación, conciliación, entre otros) y, además, todos los dispositivos tendientes a obtener la completa satisfacción de los derechos obtenidos en juicio a través de la ejecución de los fallos. Desde otra perspectiva en un sentido específico, entendemos por “Acceso a la Justicia” el conjunto de medidas que se adoptan para que las personas resuelvan sus conflictos y protejan sus derechos ante los Tribunales de Justicia.

En este orden de cosas, debemos preguntarnos qué pasa cuando un particular estima que no se ha dado cumplimiento a las prestaciones en salud que están garantizadas por la ley, y quiere reclamar ante los Tribunales de Justicia.

La respuesta está en la propia Ley N° 19.966 de 2004, que establece la obligación de recurrir ante el Consejo de Defensa del Estado a presentar el reclamo, y someterlo al procedimiento de Mediación regulado en la citada Ley y en el Reglamento establecido por Decreto Supremo N° 47 de 2005, del Ministerio de Salud.

Con ello, podríamos considerar que el Consejo de Defensa del Estado, al resolver un conflicto entre partes, y que afecta los derechos de las personas, estaría ejerciendo efectivamente jurisdicción. Sin embargo, quienes refutan esta aseveración, señalan que, su función en el caso de la Mediación en Salud es más bien lograr solucionar un conflicto extrajudicialmente, a través de un conjunto de prerrogativas que le concede la Ley, sin contar con las atribuciones de que goza un juez (imperio, por ejemplo), y sin que por ello se estime que está cumpliendo un rol de tutela de los derechos vulnerados de alguna de las partes, materia que queda a exclusiva competencia de los Tribunales de Justicia.

### **Conclusiones**

Parte importante de la doctrina sobre resolución de conflictos reconoce dos grandes sistemas de respuesta. El primero, denominado de autocomposición, integrado por aquellos medios en los cuales son las propias partes confrontadas las que resuelven sus desavenencias, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, ya sea de manera directa o asistidos por terceros neutrales que facilitan el diálogo y la búsqueda de soluciones al conflicto. Dentro de este primer grupo se encuentran mecanismos como la negociación, la mediación y conciliación.

El segundo grupo, denominado de heterocomposición, está compuesto por aquellos medios en los cuales las partes someten la solución de sus conflictos a terceros que se encargan de resolverlos independientemente de la de la voluntad de las partes. En este segundo grupo se ubican tanto los mecanismos de justicia formal como el arbitraje.

El derecho de acceso a la justicia es una garantía consagrada constitucionalmente que permite a los justiciables recurrir para la solución de sus conflictos a órganos jurisdiccionales que se caracterizan por su independencia e imparcialidad.

Ante los numerosos obstáculos que parece plantear en la realidad el acceso a la justicia, la búsqueda de mecanismos alternativos de solución de conflictos se ha transformado en un tema de relevancia y actualidad.

La mediación surge como un procedimiento alternativo, desformalizado y de menor costo que el proceso judicial, que busca soluciones más efectivas en el tiempo, con alcance de

equivalente jurisdiccional, estableciéndose de modo previo y obligatorio para descongestionar los tribunales de justicia.

Creemos que en toda sociedad civilizada es adecuado el establecimiento de métodos de resolución de conflictos que no impliquen el ejercicio de la labor jurisdiccional, pudiendo las partes por sí mismas arribar a sus propias soluciones. Al contemplar el legislador estos sistemas en nuestro ordenamiento jurídico, está reconociendo la autonomía de las personas y su capacidad para ser gestoras de su propio devenir y de las soluciones a sus problemas, de esta forma el Estado reconoce en cada uno de los miembros de la familia la capacidad y el derecho preferente, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad. Como características principales de la mediación como forma alternativa de resolución de conflictos, podemos señalar: fomenta la desjudicialización de los procesos y, por tanto, ayuda en la descongestión de los Tribunales de Justicia; menores costos económicos tanto para el sistema judicial, como para los actores; menores costos emocionales para los ciudadanos; disminuye el tiempo en que se resuelven los conflictos; se promueve una mayor y mejor comunicación entre las partes, ya que éstas tienen la oportunidad de proponer salidas y soluciones a sus conflictos.

El principio de legalidad es uno de los principios y conquistas más importantes del estado legal de derecho. Gracias a este principio se pudo garantizar lo que, en su momento, se concibió como seguridad jurídica. Los parlamentos pudieron controlar los actos del poder administrativo o ejecutivo y garantizar que los jueces apliquen irrestrictamente la ley. Además, el principio de legalidad evitó la dispersión jurídica al establecer una sola fuente del derecho y al generar normas de reconocimiento del derecho válido. Este principio no ha desaparecido en el Estado Constitucional de Derecho, sino que se ha re conceptualizado en función de la Constitución y de los derechos reconocidos en ella.

Por lo antes mencionado, cabe plantearse si la mediación de carácter previo atentaría contra la garantía constitucional establecida en el artículo 19 N° 3 de nuestra Constitución Política. Ello porque la obligatoriedad del procedimiento obstaculizaría el acceso al órgano jurisdiccional, derecho consagrado en el texto constitucional y que confiere a toda persona la posibilidad real de acceder igualitariamente a la justicia no siendo sus derechos limitados con exigencias de actuaciones prejudiciales.

Por otra parte, el artículo 19 N° 3 asegura el acceso a la jurisdicción sin trabas, garantizado el derecho al juez natural, es decir, el ser juzgado por un el órgano jurisdiccional que corresponde en aplicación de las normas de competencia, y que haya sido previamente establecido por la ley. En consecuencia, debe entenderse que el artículo 19 número 3 de la Constitución Política asegura a toda persona el derecho a acceder a los órganos jurisdiccionales.

Es por lo anterior, que debe considerarse que se trata de mecanismos ajenos al Poder Judicial, por lo que las garantías de legalidad, independencia e imparcialidad como requisitos mínimos de cualquier debido proceso, son de muy difícil control. Por ello, su aplicación debe ser acotada y para materias muy específicas. Además, creemos que, de una u otra forma, suponen una postergación en el ejercicio del derecho consagrado en el artículo 19 n° 3 de nuestra Carta Fundamental y ello debe ser siempre considerado como un obstáculo más.

Así, es que la principal crítica que se ha señalado respecto del sistema de mediación, previa, obligatoria y ajena al Poder Judicial, es que posterga indebidamente a la jurisdicción y pone barreras de entrada demasiado onerosas para los derechos del justiciable, debiéndose evaluar el tiempo, costos y demás elementos involucrados a la hora de demandar por infracción de garantías de salud de la Ley N19.966

A nuestro juicio, y de lo analizado precedentemente, consideramos que en efecto existe una vulneración abierta al derecho a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos. Así, se ha señalado además respaldando nuestra posición, una crítica de tipo ideológica, “que se entiende está detrás del surgimiento o fortalecimiento de estos mecanismos que "estimulan" a los ciudadanos a aceptar un acuerdo, cualquiera que éste sea, y se refiere a que el Estado parece que hubiese renunciado a detentar el monopolio de la administración de justicia, abriendo la puerta a una especie de privatización de la justicia civil, generando instancias para materializar una fuga desde la jurisdicción y de la cosa juzgada estatal (Taruffo M., 2009)

Tal como señala los autores A. Pérez y J. Copani (2006) además de esta vulneración que conduce a los justiciables a un sistema de justicia de segunda clase, no es posible asegurar las bases esenciales de un mecanismo alternativo de solución de conflictos como lo es la mediación: la "independencia, neutralidad e imparcialidad" de quien encabeza el mecanismo alternativo, el contradictorio y la igualdad de armas entre las partes, postulados elementales de justicia que sí

están presentes en la jurisdicción y su instrumento esencial, el proceso, por mandato constitucional.

En consecuencia, la esencia de la mediación en el ámbito de la salud, incorporado por la Ley N°19.996 como mecanismo obligatorio, es inexistente toda vez que pierde la voluntariedad, elemento central de este mecanismo alternativo de solución de conflictos. La mediación en nuestro sistema se perfilaría como un medio para alcanzar *necesariamente* acuerdos y no como un mecanismo para tutelar derechos.

Por último, cabe señalar lo dicho por Bordalí (2002) y J. Jiménez (1999); y es que la mediación "desvía de la jurisdicción" la protección de derechos fundamentales, en este caso el derecho a la salud, lo que implicaría un retroceso en el propósito del constitucionalismo contemporáneo de atribuir una efectiva fuerza normativa a los derechos y libertades reconocidos en los textos constitucionales, máxime cuando la doctrina coincide en destacar que la cuestión sustantiva del contenido del derecho viene muchas veces condicionada por la cuestión jurisdiccional, donde la jurisprudencia de los tribunales van configurando y perfeccionando la definición del derecho por la vía de su tutela y garantía. Así la respuesta a la interrogante planteada en los inicios tendría una respuesta concreta: La mediación obligatoria de la forma planteada por la Ley N° 19.966, como un requisito previo de procesabilidad vulnera el derecho de los ciudadanos de acceso a la justicia. Por otro lado, no es una mediación propiamente tal que se ajuste a la definición dada por el movimiento MASC, sino que es una construcción bastante particular del legislador nacional so pretexto de evitar la judicialización masiva e injustificada de casos en materia de negligencia médica, pero que evidentemente no se ciñe ni respeta las bases fundamentales de este mecanismo de solución alternativa de conflictos.

## Bibliografía

Alexy, Robert: "Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, septiembre – diciembre de 2002, número 66, pp. 13-64.

Alexy, Robert: "Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, enero-abril de 2011, número 91, pp. 11-29.

Alexy, Robert (2003): "*Teoría de los derechos fundamentales*", traducción de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, pp.81-98.

Barona Vilar, Silvia: "Las ADR en la Justicia del siglo XXI, en especial la mediación", en *Revista de Derecho (Coquimbo)*, 2011, volumen 18, número 1, pp.185-211

Bermúdez Soto, Jorge (2014): "*Derecho Administrativo General*". Thomson Reuters, Santiago de Chile.

Bernal Pulido, Carlos (2005): "*El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*". Segunda edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España.

Bertelsen Simonetti, Soledad (2010): "*Métodos de solución de conflictos entre derechos fundamentales*" en Cuadernos del Tribunal Constitucional. Santiago de Chile, Chile.

Bordalí Salamanca, Andrés: "Justicia Privada" en *Revista de Derecho (Valdivia)*, julio de 2004, volumen 16, pp.165-186.

Carbonell, Miguel (coord.) (2010): "El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica", Editorial Librotecnia, Santiago, Chile.

De la Sierra, Susana y Ortega, Luis (2009): "*Ponderación y Derecho Administrativo*", Madrid, Marcial Pons, 190 pp.

Decreto 100, de 19 de septiembre de 2015. Ministerio General de la Presidencia, publicado en el Diario Oficial de fecha 22 de septiembre de 2015. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República.

D.F.L. N° 1, de 28 de Julio de 1993. Ministerio de Hacienda, publicado en el Diario Oficial de fecha 7 de agosto de 1993. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado.

Díaz García, L. Iván: “La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales”, en *Revista de derecho Valparaíso*, 2011, número 36, pp.67-206.

Dorn Garrido, Carlos (2010): “*La inconstitucionalidad por omisión legislativa*”, Santiago de Chile, Metropolitana, p.453.

Duffy, Karen; Grosh, James y Olczak, Paul (1996): “*La mediación y sus contextos de aplicación: una introducción para profesionales e investigadores*”, Barcelona, Paidós Ibérica, p. 416.

Fisher, Roger; Ury, William; Patton, Bruce (2009): *Si, ¡de acuerdo! Cómo negociar sin ceder*, Grupo Editorial Norma, Colombia.

Jiménez Campo, Javier (1999): “*Derechos fundamentales: concepto y garantías*”, Madrid, Editorial Trotta, p. 91.

Ley N° 19.966, del Ministerio de Salud, de 03 de septiembre de 2004, que establece un Régimen de Garantías en Salud.

López González, José (2016): “*El principio general de proporcionalidad en derecho Administrativo*”, Sevilla, Universidad de Sevilla, p.151.

Mejías Gómez, Juan Francisco: “Resolución alternativa de conflictos”, en *Cursos sobre resolución alternativa de conflictos*, Generalitat de Valencia, Valencia, 1997, p. 26.

Nogueira Alcalá, Humberto: “El principio de proporcionalidad y su aplicación en Sudamérica por la jurisdicción constitucional, con especial mención al Tribunal Constitucional chileno” en Carbonell, M. (coord.)(2010), “*El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica*”, Editorial Librotecnia, Santiago, Chile, pp. 353- 403.

Núñez Ojeda, Raúl (2013): “*Negociación, mediación y conciliación como métodos alternativos de solución de controversias*”, en Estudios y documentos Reforma Procesal Civil, pp. 6 – 18. Disponible en <http://rpc.minjusticia.gob.cl/media/2013/05/Informe-Metodos-Alternativos.pdf>.

Palomo Vélez, Diego; Valenzuela Villalobos, Williams.: “Descarte de la inconstitucionalidad de la obligatoriedad de la mediación prejudicial que establece ley N° 19.966: lectura crítica de la sentencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista Ius et Praxis (Talca)*, 2012, número 18, pp. 387-426.

Pérez, Álvaro; Copani, Juan: "Los llamados medios alternativos de resolución de conflictos vistos desde el proceso civil: ¿La justa realización del derecho material vs. ¿La resolución de conflictos?", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXVII, Sem. I (Valparaíso), 2006, pp. 168-169.

Pozo Rojas, Casiano (2016): “*La mediación administrativa*”, en *Revista Icade, revista de las facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, N° 18, pp. 183-200.

Rainer, Arnold; Martínez Estay, José Ignacio; Zúñiga Urbina, Francisco: “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca*, 2012, número 1, pp.65-116.

Sentencia de la Corte Suprema (2007): Caratulada “Hidalgo con Servicio de Salud Valparaíso – San Antonio”, rol número 1976- 2007.

Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile (10 de julio de 2012): Caso inaplicabilidad por inconstitucionalidad, rol número 2.042-11 INA. Disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/ver.php?id=2465>. Fecha última consulta: 27 de octubre de 2017.

Soto Fregoso, Mónica Aralí: “El principio de proporcionalidad en tres piezas”, en *Revista Quid iuris (México)*, diciembre 2014, número 27, p. 123.

Taruffo, Michele: "Una alternativa a las alternativas: modelos de resolución de conflictos", en *Páginas sobre Justicia civil* (Madrid), 2009, p. 115.

Ury, William; Brett, Jeanne; Goldberg, Stephen (1995): *Cómo resolver las disputas*. Ediciones Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina.

Vásquez Palma, María Fernanda; Carnevali Rodríguez, Raúl; Palomo Vélez, Diego (2016): *Mecanismos alternativos de solución de conflictos: un estudio multidisciplinar*. Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, Chile.

Valenzuela Somarriva, Eugenio (2005): *Criterios de Hermenéutica Constitucional aplicados por el Tribunal Constitucional. Primera parte, Principios generales*. Editorial Tribunal Constitucional de Chile, Santiago, Chile.