

SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD
DE LA FIGURA DE LA “MEDIACIÓN”
OBLIGATORIA CONTENIDA
EN EL ARTÍCULO 43 DE LA LEY N° 19.966
(COMENTARIO CON OCASIÓN DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ROL N° 2042-11
DEL 10 DE JULIO DE 2012)

*Alejandro Leiva López**

Introducción

A propósito de la sentencia del TC, rol N° 2042-11, pronunciada con fecha 10 de julio de 2012, que rechaza requerimiento de inaplicabilidad del artículo 43 de la ley N° 19.966, analizaremos la razón que tuvieron los sentenciadores para tomar dicha postura, decisión que consideramos errada y alejada del concepto y contenido del debido proceso.

273

En este sentido, el requerimiento sometido a su conocimiento busca la declaración de inaplicabilidad del precepto contenido en el artículo 43 de la ley N° 19.966, fundado en que vulneraría los artículos 19 N° 2, 3; 24 y 26 de la Constitución, al consagrar la figura de la “mediación” forzosa.

El presente comentario tiene por objetivo:

1. exponer sobre el contenido constitucional de la garantía del debido proceso y la necesidad de un expedito acceso a la justicia como pilar fundamental del principio y
2. exponer sobre la naturaleza jurídica de la figura de la “mediación” en nuestro ordenamiento jurídico.

Los requirentes argumentan entre otras razones:

“(…) la norma impugnada supone una fuerte cortapisa a la libertad de las personas para demandar perjuicios causados por negligencia médica, al obligar a recurrir a una instancia prejudicial previa, lo que vulnera la garantía del libre e igualitario acceso a la justicia”¹.

* Profesor de Justicia Criminal Facultad de Derecho Universidad del Desarrollo.
Correo electrónico: aleival@udd.cl.

¹ TC, sentencia N° 2042, p. 4.

Los antecedentes de hecho que motivaron el requerimiento tienen su origen en la pretensión de los actores de obtener de los demandados una indemnización de perjuicios por las lesiones sufridas por una madre y su hija por parte de una clínica privada, a causa de una mala praxis médica e incumplimiento de deberes de diligencia y cuidado, consistentes en no haberles entregado la atención médica básica de parto que les correspondía en virtud del contrato de hospitalización celebrado.

Norma impugnada

La ley N° 19.966 de fecha 3 de septiembre de 2004 consagra un régimen de garantías en salud. Dicha norma crea en su artículo 43 la figura de la “mediación” forzosa, la que obliga a que la persona dañada por una prestación de salud, necesariamente pase por dicho trámite con antelación a impetrar acciones jurisdiccionales en contra de prestadores institucionales públicos o sus funcionarios y en contra de prestadores privados, como lo son clínicas u otros establecimientos de naturaleza no estatal.

274 Esta mediación estará a cargo –cuando se trate de daños provocados por prestadores de salud públicos– del Consejo de Defensa del Estado. Tratándose de prestadores de salud privados, estará a cargo de mediadores acreditados por la Superintendencia de Salud².

Como adelantamos, los requirentes buscan la declaración de inaplicabilidad, puesto que la norma en comento afectaría las garantías constitucionales comprendidas en los artículos 19 N°s 2, 3, 24 y 26 de la Constitución.

² En efecto, la norma aludida consagra: “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 mediación es un procedimiento no adversarial y 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”.

Al respecto, debemos señalar que en nuestra posición sólo se vería afectado el numeral tercero de dicho artículo, pese a que el fallo del TC los declara a todos ellos como no vulnerados.

Nuestros argumentos por la inconstitucionalidad del artículo 43

EL CONTENIDO CONSTITUCIONAL DE LA GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO Y LA NECESIDAD DE UN EXPEDITO ACCESO A LA JUSTICIA COMO PILAR FUNDAMENTAL DEL PRINCIPIO

Un debido proceso, como aquí probaremos, debe contener de forma irrestricta un sistema de acceso a la justicia esencialmente expedito, desembarazado y libre de todo estorbo. No cabe duda de que un sistema que entraba de cualquier forma el acceso a la jurisdicción, vulnera dicha garantía, puesto que condiciona su ejercicio, corrompiendo y debilitando las legítimas expectativas y pretensiones económicas y judiciales de las partes.

Como hemos expuesto en otras oportunidades³, el principio del debido proceso constituye aquel conjunto de garantías que el constituyente consagra en favor de las partes en el que se asegure el derecho a impetrar acciones judiciales y el derecho a defensa; a un juez objetivo e imparcial; a un procedimiento expedito y eficiente; a la posibilidad de aportar medios probatorios; a la igualdad de armas de quienes participan en él, y a la posibilidad de revisión de lo fallado por una instancia superior, a través de recursos y medios oportunos y ciertos.

El profesor Alejandro Silva Bascuñán, al tratar y estudiar la génesis de este principio en la Constitución, señala que se planteaba (sesión N° 100 de la CENC) la necesidad de consagrar un juicio legal, entendiendo que este

*“significa un juicio en que la persona afectada *tenga derecho de concurrir ante el tribunal, de defenderse y de disponer de los recursos suficientes para hacer, en verdad, una defensa eficaz y cierta*”^{4,5}.*

³ Véase Alejandro LEIVA LÓPEZ, “Inconstitucionalidad del artículo 277 del Código Procesal Penal: un atentado al debido proceso”, p. 371 y ss.

⁴ Alejandro SILVA BASCUÑÁN, *Tratado de Derecho Constitucional*, p. 77.

⁵ En adelante, la cursiva es nuestra.

En la sesión siguiente a la aludida, señala el profesor Alejandro Silva B.⁶, se hizo mención a la intervención del profesor José Bernales, quien introdujo el concepto de *due process of law*⁷, esto es, del “debido proceso legal”, el cual resume el profesor Enrique Evans⁸, señalando que los elementos que configuran un racional y justo procedimiento son:

- a) la notificación y audiencia del afectado;
- b) la presentación, recepción y examen de las pruebas;
- c) *sentencias dictadas dentro de plazo*;
- d) que el tribunal que las dicte sea imparcial y objetivo y
- e) la posibilidad de revisión de lo fallado por una instancia superior igualmente imparcial y objetiva.

Por su parte, y refiriéndose al inciso primero del artículo 19 N° 3 de la Constitución, Miguel Ángel Fernández ha señalado:

“La igual protección se refiere al Derecho aplicable a los casos concretos, dándole eficacia al ordenamiento jurídico. Por ello, uno de los elementos fundamentales de aquella igualdad consiste en que el acceso al ejercicio de las acciones y recursos sea fácil y expedito (...)”⁹.

276

El debido proceso tiene reconocimiento en el artículo 19 N° 3 de la Constitución, la cual consagra que éste no tan sólo está integrado o envuelve la facultad de recurrir ante los tribunales de justicia sino, también, que estos medios revistan caracteres de eficacia y certeza. De lo contrario, mantendríamos vigente un sistema ineficiente que redundaría directamente en un sistema ineficaz, carente de certeza y en la indeterminación de las pretensiones de quienes son intervinientes.

El trámite de mediación forzosa consagrado en el artículo 43 de la ley N° 19.966 vulnera el debido proceso, puesto que constituye una barrera u obstáculo al ejercicio legítimo de los derechos y pretensiones de las partes, impidiéndoles accionar en forma efectiva, expedita y libre de trabas.

El transcurso del tiempo tiende a degenerar expectativas y pretensiones de las partes, afectando solvencias y necesidades que penden precisamente de derechos que han sido desconocidos o menoscabados y que requieren de tutela judicial pronta y efectiva.

⁶ SILVA, *op. cit.*, p. 77.

⁷ Término “(...) que es una variación de la contenida en la Carta Magna inglesa de 1215 –“*per legem terrae*”, “*by the law of the land*”– (...) en el capítulo 39 de la Carta Magna inglesa de 1215, donde se desarrolla este derecho de los barones normandos frente al rey “Juan Sin Tierra” a no sufrir arresto o prisión arbitrarios, y a no ser molestados ni despojados de su propiedad sin el juicio legal de sus pares y mediante el debido proceso legal”. Osvaldo GOZAÍNI, “El debido proceso en la actualidad”, p. 60.

⁸ Enrique EVANS DE LA CUADRA, *Los Derechos Constitucionales*, p. 29.

⁹ Miguel Ángel FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, “Derecho a la jurisdicción y debido proceso”, p. 100.

Es por ello que es equívoco el argumento del TC al señalar que no se vería afectado el numeral 19 N° 3 de la Constitución, toda vez que la misma ley consagra paralelamente a la mediación una protección de las acciones a través de la suspensión de la prescripción de ellas.

La suspensión de la prescripción contenida en el artículo 45 inciso tercero de la ley N° 19.966 no es garantía de un procedimiento racional y justo que se adecue a la normas del debido proceso. En efecto, la dilatación del acceso a la justicia que provoca la obligatoriedad de participación en el trámite de mediación, afecta el principio, puesto que el conocimiento por parte de los tribunales de justicia debe satisfacer necesidades de temporalidad.

Procesos engorrosos y trabados, mediante mecanismos alternativos y carentes de objetividad, como los consagrados en esta ley, vulneran la eficiencia y certeza que exige el constituyente. El mismo legislador reconoce criterios acordes a la necesidad de establecer procesos rápidos y eficaces, con el objetivo de que el ejercicio de la jurisdicción se adecue a las exigencias constitucionales ya expresadas. En efecto, el artículo 680 del *Código de Procedimiento Civil* consagra un procedimiento sumario, breve y concentrado, cuya tramitación es rápida para lograr eficacia.

A mayor abundamiento, el artículo 25 de la CADH, establece:

*"Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención(...)"*¹⁰.

277

En el mismo sentido, el profesor Humberto Nogueira, al tratar sobre el debido proceso, indica:

*"Hay así un derecho a exigir la tutela judicial efectiva de los derechos ante los órganos competentes, que consiste en la posibilidad efectiva de que toda persona pueda requerir irrestrictamente y obtener la tutela de sus derechos"*¹¹.

Y continúa señalando:

*"(...) no es admisible a la luz del derecho en análisis, el establecimiento de obstáculos excesivos producto de un formalismo ritualista que no es coherente ni concordante con el derecho a la justicia, las formalidades deben ser sólo aquellas que aparezcan justificadas, legítimas y proporcionadas conforme a sus finalidades"*¹².

¹⁰ Artículo 25 de la CADH.

¹¹ Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, *El debido proceso en la Constitución y el sistema interamericano*, p. 31.

¹² NOGUEIRA ALCALÁ, *op. cit.*, p. 35.

El voto disidente del ministro Iván Aróstica Maldonado
y el conflicto de interés del CDE

El fallo del TC aquí analizado contó con el voto disidente de los ministros Hernán Vodanovic Schnake, Enrique Navarro Beltrán e Iván Aróstica Maldonado (este último redactó el voto disidente), quienes estuvieron por acoger la inaplicabilidad solicitada y declarar que el artículo 43, inciso segundo, de la ley N° 19.966 no puede ser aplicado en el juicio pendiente, por resultar contrario a la Constitución.

Nos ilumina el voto disidente al señalar:

“Que resulta incuestionable que el precepto legal impugnado representa una traba, obstáculo o impedimento infundado para acceder a la Justicia”,

llevado a cabo por un organismo que no está facultado para ejercer funciones jurisdiccionales, como aquí hemos expuesto, produciéndose

“(…) una segunda inconstitucionalidad (…) por el hecho de que este proceso de mediación deba ser celebrado al margen de los tribunales previstos por el ordenamiento 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 (…)”,

278

sin contar con que el inciso primero del artículo 43 de la ley aquí en comento faculta al CDE para hacer las veces de mediador cuando los daños indemnizables provengan de prestadores de salud públicos, lo cual constituye a lo menos una impropiedad, teniendo presente que el Consejo, ante las acciones impetradas contra organismos públicos, será parte en los procesos que busquen indemnización por parte del Estado fisco.

*NATURALEZA JURÍDICA DE LA FIGURA DE LA “MEDIACIÓN” EN NUESTRO
ORDENAMIENTO JURÍDICO, Y EN ESPECIAL EN MATERIA DE FAMILIA*

El procedimiento o trámite de mediación tiene por objetivo acercar a las partes a una solución anticipada del conflicto, con la finalidad de prevenir juicios de lato conocimiento ante los tribunales de justicia, mas no abstraer del conocimiento de estos últimos estas materias. Lo anterior, en el sentido de que los tribunales tienen por propósito conocer de conflictos de interés jurídico relevante.

De ello se deriva que la mediación deba ser conocida por el órgano jurisdiccional, reconocido por la Constitución y llamado por ley a dirimir controversias, y no por un órgano de la administración del Estado, como plantea la ley N° 19.966.

En muchos casos, los conflictos suscitados entre partes son de tal naturaleza que la mediación constituye una herramienta esencial para tal objetivo. Un claro ejemplo de ello son los asuntos suscitados en materia de familia, donde quienes están en pugna poseen una relación de parentesco o afinidad que los hace proclives a soluciones de este tipo, y cuya disposición favorece en muchos casos la tarea del mediador, el cual pasa a constituir un llamado a la conciencia de los intervinientes, y cuya ajenedad al conflicto le permite llamar a la sensatez y objetivación del problema.

Así quedó plasmado en la historia fidedigna de la ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia, la cual reza:

“En el caso del conflicto familiar, sus ventajas son aún más notorias, dada la natural relación entre las partes en conflicto y la circunstancia de que en la gran mayoría de los casos tal relación continuará luego de resuelta la disputa. Por ello, es necesario que tales mecanismos alcancen un rol preferente a cualquier otra vía de solución. Tal concepción se ha mantenido desde los orígenes del nuevo sistema de familia y se plasma en la ley actual”¹³.

279

Poco feliz es, por tanto, el fundamento entregado en el fallo aquí comentado, al señalar que el mecanismo de mediación obligatorio para el caso de indemnizaciones de perjuicios por daños en prestaciones de salud, es un caso similar y analogable en naturaleza a la mediación contenida en materia de familia, puesto que la naturaleza de la relación de las partes en conflicto es, a lo menos, absolutamente diferente:

“VIGESIMOPRIMERO: Que, en efecto, partiendo de la base de que todo daño debe indemnizarse por el responsable del mismo, el ordenamiento jurídico ha ido introduciendo, progresivamente, formas alternativas de resolución de conflictos en relación con las que se desarrollan en sede judicial. Es así como en la Ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia, se establece que (...)”.

Mal puede, entonces, argumentarse en favor de un procedimiento de mediación que traba el acceso a la justicia, señalando que el legislador lo ha establecido para otros casos, y que en dichos escenarios ha tenido

¹³ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, “Historia fidedigna de la ley 19.968, que crea los Tribunales de Familia”.

amplia acogida. Los mecanismos intermedios de solución de conflictos, como lo son la conciliación y mediación, deben necesariamente tramitarse al amparo de las instituciones llamadas por la Constitución y la ley a tal tarea, y en los casos en que la naturaleza del conflicto así lo requiera.

Por otro lado, es completamente inexacta la argumentación entregada por la defensa en la causa aquí analizada al considerar que el legislador ha contemplado ciertas exigencias previas al conocimiento jurisdiccional, las cuales serían similares al trámite de mediación, pero que no afectan el numeral tercero del artículo 19 de la Constitución.

En este sentido citan a modo ejemplar

“(...) las gestiones preparatorias de la vía ejecutiva o la carga de comparecer patrocinado por abogado, lo que señala, no restringe o limita la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos”¹⁴.

Conclusiones

280 El contenido del debido proceso reconoce entre sus elementos exigencias de eficiencia, eficacia, celeridad, expedito acceso a la justicia y la no existencia de trabas en el legítimo derecho de las partes a accionar jurisdiccionalmente.

Estos aspectos del debido proceso están consagrados constitucionalmente en el artículo 19 N° 3 de la Carta Fundamental, en tratados internacionales, en la propia legislación chilena, y en la doctrina.

Que el trámite de la mediación obligatoria consagrado en el artículo 43 de la ley N° 19.966 afecta dichas exigencias, constituyendo un atentado al infringir la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, asegurada en el numeral 3° del artículo 19 de la Constitución Política.

Que el trámite de mediación debe considerarse en sede legislativa, solamente en asuntos cuya naturaleza así lo permita, puesto que su aplicación va en directa relación con las partes intervinientes y la naturaleza de la acción que suscita el conflicto.

Bibliografía

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, “Historia fidedigna de la ley 19.968, que crea los Tribunales de Familia”, disponible en www.leychile.cl/Navegar?idNrma=229557&buscar=ley+19968, consultada el 30 de julio de 2012.

¹⁴ TC, op. cit., p. 7.

- EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Los Derechos Constitucionales*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1986, t. II.
- CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, versión en línea, disponible en www.derechoshumanos.net/normativa/normas/america/CADH/1969-CADH.htm#a25, consultada el 30 de julio de 2012.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel, "Derecho a la jurisdicción y debido proceso", en *Revista Estudios Constitucionales*, año 2, N° 1, Santiago, 2004, disponible en: <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/820/82020103.pdf>, consultada el 31 de julio de 2012.
- GOZÁINI, Osvaldo, "El debido proceso en la actualidad", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 2, México, 2004, disponible en www.iidpc.org/revistas/2/pdf/73_86.pdf, consultada el 24 de mayo de 2011.
- LEIVA LÓPEZ, Alejandro, "Inconstitucionalidad del artículo 277 del Código Procesal Penal: un atentado al debido proceso", en *Actualidad Jurídica*, año XII, N° 24, Santiago, 2011.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *El debido proceso en la Constitución y el sistema interamericano*, Santiago, Editorial Librotecnia, 2007.
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, t. VIII.
- TC, sentencia N° 2042 pronunciada con fecha 10 de julio de 2012, disponible en www.tribunalconstitucional.cl/wp/expedientes?rol=2042-11, consultada el 31 de julio de 2012.