

LA MEDIACIÓN EN SALUD Y EL ACCESO A LA JUSTICIA

María José Gutiérrez Araque¹

RESUMEN: *El artículo analiza el presupuesto de procesabilidad denominado Mediación en Salud, desde la perspectiva de las funciones institucionales o públicas, partiendo con la definición legal y sus requisitos de procedencia, analizando someramente su naturaleza jurídica, así como los órganos intervinientes y procedimiento, para finalmente hacer una vinculación con el Derecho Constitucional de Acceso a la Justicia.*

DESCRIPTORES: *Acceso a la Justicia - Administración del Estado - Mediación en salud - Responsabilidad sanitaria de la Administración del Estado.*

SUMARIO DE CONTENIDOS: *1. Marco Normativo. 2. Responsabilidad Sanitaria de la Administración del Estado. 3. La Mediación. 3a. Naturaleza Jurídica. 3b. Órganos Intervinientes. 3c. Procedimiento de Mediación. 3d. Materias Sometidas a Mediación. 4. El Libre Acceso a la Justicia. 5. Limitación a la Garantía del Libre Acceso a la Justicia. Conclusiones Finales. Bibliografía.*

ABSTRACT: *From the perspective of public functions, the author analyses the requirement that medical malpractice cases go through a*

¹ MARÍA JOSÉ GUTIÉRREZ ARAQUE. Abogado y Magister en Derecho Público de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Avenida Brasil N° 2.950, Valparaíso, cotesen@hotmail.com.

mediation process. She begins by defining both health mediation and its requirements and the intervening bodies and procedures. She then poses the question of whether mandatory mediation is in conflict with an individual's constitutionally-guaranteed right to legal access.

KEYWORDS: *Administration of the State - Health mediation - Legal Access - Public healthcare responsibilities*

SUMMARY OF CONTENTS: *1.- General regulations. 2.- The State's healthcare responsibilities. 3.- Health Mediation. 3.a.- Legal nature. 3.b.- Intervening bodies. 3c.- Mediation procedure. 3d.- Matters submitted to mediation. 4.- Legal Access. 5.- Limitations to the guarantee of Legal Access. Final conclusions. Bibliography.*

1. MARCO NORMATIVO

- I. 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. Y, 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, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias. Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado.
- II. Por su parte, el artículo 1° de la Ley N° 18.469 que regula el ejercicio del Derecho constitucional a la Protección de la Salud y crea un Régimen de Prestaciones en Salud, señala que dicho derecho comprende *el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y a aquellas que estén destinadas a la rehabilitación del individuo, así como la libertad de elegir el sistema de salud estatal o privado al cual cada persona desee acogerse.*
- III. Concordante con lo anterior, la Ley N° 19.966 de 2004, que establece un Régimen de Garantías en Salud, que forma parte del

régimen de prestaciones en salud creado por la Ley N° 18.469, 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.

- IV. Por su parte, el Decreto Ley N° 2763 de 1979, que reorganiza el Ministerio de Salud y crea los Servicios de Salud, señala en su artículo 1° que *al Ministerio de Salud y a los demás organismos que contempla la presente ley, compete ejercer la función que corresponde al Estado de garantizar el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación de la persona enferma; así como coordinar, controlar y, cuando corresponda, ejecutar tales acciones.*

Del análisis de las disposiciones transcritas, vemos que la Salud es un derecho (fundamental) del que goza cada uno de los individuos que forman parte de nuestra sociedad, y que por ende es merecedor de protección y resguardo por parte del Estado. Sin embargo, partiendo del supuesto que actualmente nos encontramos frente a un sistema de Justicia que se encuentra prácticamente colapsado, lento y que en muchas ocasiones no logra satisfacer los intereses de quienes ponen en marcha estos mecanismos, se ha intentado, por diversas vías, buscar una forma de atender a ciertos reclamos de los particulares por vías alternativas a los Tribunales de Justicia, que intentan dar solución a los conflictos ocasionados, y que vulneran estos derechos.

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 previo o presupuesto necesario para dar curso a cualquier reclamo que se pretenda realizar por la vía jurisdiccional.

En el presente trabajo, analizaré precisamente este presupuesto de procesabilidad denominado Mediación en Salud², desde la perspectiva de las atenciones institucionales o públicas, partiendo con la definición legal y sus requisitos de procedencia, analizando someramente su naturaleza jurídica, así como los órganos intervinientes y procedimiento, para finalmente hacer una pequeña vinculación con el Derecho Constitucional de Acceso a la Justicia, a fin de determinar, mediante el análisis de elementos doctrinarios y algunos escasos fallos de nuestros Tribunales de Justicia, si este último se vulnera con la mediación obligatoria, o si por el contrario, mantiene su plena vigencia como pilar fundamental del Estado de Derecho.

Para lo anterior, primeramente haré un breve esbozo acerca de las disposiciones constitucionales y legales que regulan la responsabilidad de la Administración del Estado, en el ámbito de las prestaciones asistenciales.

2. RESPONSABILIDAD SANITARIA DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

Como primera cuestión, es necesario hacer una precisión respecto del ámbito de aplicación de este tipo de responsabilidad de la Administración del Estado, básicamente por cuanto nos encontramos con la existencia de centros asistenciales que, si bien efectúan prestaciones de salud, éstos, al no formar parte de las redes asistenciales de los Servicios de Salud, quedan al margen de la responsabilidad que en este apartado se pretende examinar.

En efecto, de acuerdo a lo que dispone el Decreto Ley N° 2.763 de 1979, en su artículo 1°, compete al Ministerio de Salud y a los demás organismos que contempla la presente ley, ejercer la función que corresponde al Estado de garantizar el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de

² Así lo ha establecido la Corte de Apelaciones de Concepción, en Sentencia Rol N° 2.903 de 2005, caratulada “Ana Luz Montes Espinoza con Servicio de Salud Concepción”, al señalar en su considerando 18 que el procedimiento de mediación que regula dicha Ley (N° 19.966 de 2004), es un requisito que tiene el carácter de imperativo y previo a la interposición de la demanda, constituyendo un presupuesto procesal para poder ejercer la acción jurisdiccional posterior (Nota del editor: Esta resolución se encuentra firme o ejecutoriada).

rehabilitación de la persona enferma; así como coordinar, controlar y, cuando corresponda, ejecutar tales acciones.

Por su parte, señala el artículo 2° del referido cuerpo normativo, que para los efectos de la presente ley, integran el sector salud todas las personas, naturales o jurídicas, de derecho público o privado, que realicen o contribuyan a la ejecución de las acciones mencionadas en el artículo 1°.

Las personas naturales o jurídicas, públicas y privadas que laboran en salud coordinadamente, dentro de los marcos fijados por el Ministerio de Salud para el cumplimiento de las normas y planes que éste apruebe, constituyen el Sistema Nacional de Servicios de Salud, en adelante el Sistema.

Asimismo, el artículo 16 del citado cuerpo legal, señala que los Servicios de Salud coordinadamente tendrán a su cargo la articulación, gestión y desarrollo de la red asistencial correspondiente, para la ejecución de las acciones integradas de fomento, protección y recuperación de la salud y rehabilitación de las personas enfermas.

Finalmente, el artículo 16 bis del referido Decreto Ley, señala que la Red Asistencial de cada Servicio de Salud estará constituida por el *conjunto de establecimientos asistenciales públicos que forman parte del Servicio, los establecimientos municipales de atención primaria de salud de su territorio y los demás establecimientos públicos o privados que suscriban convenios con el Servicio de Salud respectivo*, conforme al artículo 2° de esta ley, los cuales deberán colaborar y complementarse entre sí para resolver de manera efectiva las necesidades de salud de la población.

Del análisis de las disposiciones recién citadas, vemos que al hablar de responsabilidad sanitaria de la Administración del Estado, nos estamos refiriendo sólo a aquellos centros de salud que forman parte de las redes asistenciales cuya articulación y control corresponde a los Servicios de Salud (como organismos autónomos con personalidad jurídica y patrimonio propios), esto es, Hospitales Públicos, establecimientos municipales de atención primaria de salud (Consultorios), y demás establecimientos, sean públicos o privados, que hayan suscrito convenio con el respectivo Servicio de Salud, para el otorgamiento de dichas prestaciones. Por tanto, no se aplica respecto de entes tanto privados como públicos que no han celebrado convenio con el respectivo Servicio de Salud, o que no forman parte de la respectiva red asistencial.

Respecto de estos últimos, la responsabilidad puede provenir del incumplimiento de las obligaciones nacidas del contrato, que puede producir perjuicios al otro contratante, acreedor de la obligación infringida, que se denomina responsabilidad contractual, y se basa en el incumplimiento de las obligaciones que emanarían del contrato de hospitalización o de asistencia sanitaria. En este sistema se presume la culpa del demandado (artículo 1547 del Código Civil).

También puede resultar dicha responsabilidad de la perpetración de un hecho ilícito que ha provocado daño, ya sea intencionalmente, o bien por descuido o negligencia, es decir de la comisión de un delito o cuasi delito, llamada responsabilidad delictual, aquiliana o extra-contractual³. Está reglamentada en los artículos 2314 y siguientes del Código Civil, y se basa en el incumplimiento de los deberes generales de diligencia y cuidado, no contenidos en ninguna norma escrita, pero exigibles a todos los sujetos por el hecho de vivir en sociedad.

No obstante las diferencias formales y técnicas entre estas dos clases de responsabilidad civil, en la práctica se resuelven a través de una demanda de indemnización de perjuicios ante el Tribunal competente con el fin de obtener la reparación de los daños causados al paciente víctima de mala práctica médica.

Desde otra perspectiva, cabe hacer una mención relativa a aquellos supuestos en que los centros asistenciales pertenecientes a las redes asistenciales de los Servicios de Salud, celebran convenios que facultan a los médicos que cumplen funciones en dichos establecimientos, para realizar prestaciones a pacientes particulares no beneficiarios de la Ley N° 18.469, o bien, a pacientes que, beneficiarios de esta última, opten por la modalidad de Libre Elección. En estos supuestos, se aplica la Norma General Administrativa N° 2 aprobada por Resolución Exenta N° 550 de 1992 del Ministerio de Salud, que en síntesis establece la existencia de un convenio suscrito entre el profesional y el respectivo Servicio de Salud, en que se autoriza por éste último la utilización de las dependencias e instalaciones del establecimiento asistencial para la atención de los pacientes particulares de aquél, con los cuales

³ LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA, publicación DEPESEX/BCN/SERIE ESTUDIOS AÑO XIII, N° 277, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones, Junio de 2003, p. 3.

se produce un vínculo contractual entre el profesional y el paciente, desvinculando al Servicio de cualquier responsabilidad que pudiere surgir por daños ocasionados a dichos pacientes.

Así lo establece expresamente la referida normativa, cuando en su artículo III. 1. señala que los pacientes particulares se hospitalizan en estos centros asistenciales, bajo la responsabilidad del respectivo profesional por una parte, y excluyendo al establecimiento asistencial de la posibilidad de intervenir en la regulación de los honorarios que corresponda por la atención prestada. En este caso por tanto, se aplican las disposiciones arriba citadas en materia de responsabilidad civil, sea contractual o extracontractual, dependiendo del supuesto en que nos encontremos.

Aclarado lo anterior, pasemos a revisar someramente las disposiciones constitucionales y legales que permiten estructurar la responsabilidad de la Administración del Estado, desde la perspectiva de las atenciones públicas de salud.

En primer término, cabe señalar que nuestra Constitución Política de la República, en su artículo 38 inciso 2° señala que *“cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los Tribunales que determine la Ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”*.

Por su parte, el artículo 4° de la Ley 18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado establece que *“el Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado”*.

Asimismo, la citada Ley N° 18.575, dispone en su artículo 42 que *“los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio. No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal”*.

Cabe señalar a este respecto que ya en materia específica de salud, el artículo 3° de la Ley N° 18.469 (que regula el ejercicio del derecho a la Salud), señala que los organismos que integran el Sistema Nacional de Servicios de Salud *son responsables de la ejecución de las acciones que tiendan a asegurar la salud de los habitantes de la República*.

Y, por su parte, la Ley N°19.966 que crea un Régimen de Garantías en Salud, en su artículo 38, señala que los órganos de la Administración del Estado en materia sanitaria, *serán responsables de los daños que causen a particulares por falta de servicio; debiendo el particular acreditar que el daño se produjo por la acción u omisión del órgano, mediando dicha falta de servicio.*

Señala la Ley sin embargo, que no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubieran podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producirse aquéllos (artículo 41 inciso 2°).

Por su parte, el artículo 11 de la Ley N° 18.469, así como el artículo 44 inciso 3° del Decreto Supremo N° 369 de 1985, que establece el Reglamento del Régimen de Prestaciones en Salud contemplado en la Ley N° 18.469, disponen: “*Las prestaciones médicas se otorgarán con los recursos físicos y humanos de que disponga cada establecimiento.* No obstante, con el fin de lograr una atención adecuada del beneficiario, los establecimientos podrán complementar sus prestaciones con las de otros, de acuerdo con el nivel de complejidad que se requiera”.

Teniendo por tanto a la vista el conjunto de disposiciones constitucionales y legales que regulan la responsabilidad del Estado en materia de salud, tanto desde una perspectiva general como particular, debemos preguntarnos de qué manera entonces responde la Administración del Estado por los daños que causen a particulares por falta de servicio, partiendo de la base que la regla aplicable (por disposición expresa) en este punto es la falta de servicio, en que el reclamante deberá probar el mal funcionamiento del servicio, el funcionamiento tardío o el no funcionamiento del mismo, que esta acción u omisión defectuosa haya provocado un daño al usuario o beneficiario del servicio público de que se trata y, finalmente, que la falla en la actividad del órgano administrativo haya sido la causa del daño experimentado⁴.

Dicha pregunta en principio debiera resolverse a través de los mecanismos establecidos en la Constitución y las Leyes, esto es, mediante la respectiva acción ante los Tribunales Ordinarios de Justicia. Sin embargo, tomando como referencia que la función jurisdiccional,

⁴ Sentencia Corte Suprema Rol N° 1976 de 2007, caratulada Hidalgo con Servicio de Salud Valparaíso - San Antonio.

desde un punto de vista práctico, no pretende dar una solución a cada conflicto que se presente, sino más bien velar por el cumplimiento de la legalidad y tutelar los derechos conculcados, podríamos concluir que la obligatoriedad de recurrir a la Mediación no está garantizando propiamente los derechos y garantías establecidos en la Constitución y las leyes, tales como el debido proceso, sino que por el contrario, esta institución pretende más bien dar solución al conflicto producido, obteniendo con ello la satisfacción de las pretensiones del o los reclamantes.

Por otro lado, algunos señalan que hay ciertos derechos que admiten ser resueltos a través de mecanismos alternativos de resolución de conflictos, y que sólo quedarían vedados aquellos de interés público y los Derechos Fundamentales. Pero, partiendo de la base que el derecho a la Salud, es precisamente un derecho fundamental, tanto desde su perspectiva subjetiva como objetiva, desde esta perspectiva estaría vedada la posibilidad de recurrir a Mediación como mecanismo alternativo de resolución de conflictos. Entonces, ¿de qué manera resolvemos la existencia de la mediación como presupuesto obligatorio para poder recurrir ante los Tribunales de Justicia?

3. LA MEDIACIÓN

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*”.

Para lo anterior, y sólo con la finalidad de esbozar una idea general al respecto, mencionaré que el interesado deberá presentar su reclamo ante el Consejo de Defensa del Estado, con indicación del nombre completo, cédula de identidad, edad, profesión u oficio, domicilio y demás antecedentes que permitan su identificación y la de su representante legal en su caso.

Señala la Ley en su artículo 45 que el plazo total para dicho procedimiento será de 60 días corridos a partir del tercer día de la primera citación al reclamado, pudiendo dicho plazo, previo acuerdo de las partes, ser prorrogado hasta enterar 120 días como máximo.

Finalmente, cabe señalar que durante el plazo que dure la Mediación se suspende el término de la prescripción, tanto de las acciones civiles como de las criminales a que hubiere lugar.

3A. NATURALEZA JURÍDICA DE LA MEDIACIÓN:

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 claramente frente 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 cuando la Administración del Estado o sus funcionarios, no han cumplido sus funciones de otorgamiento de prestaciones de carácter asistencial, y a consecuencia de ello se ha producido un daño.

Sin perjuicio de lo anterior, es dable pensar que realmente no existiría una igualdad de condiciones entre las partes, por cuanto estamos frente a un conflicto que se “soluciona” entre un particular y el Estado, actuando como mediador un funcionario que también forma parte del aparato estatal.

Y por otro lado, no debemos olvidar que en materia de salud, al acuerdo se le reconoce el valor de un contrato de transacción, que es ley para las partes, sin que en este caso exista una instancia objetiva de revisión (aprobación del Tribunal), como ocurre con la Mediación

ante los Tribunales de Familia, en que se concede al acuerdo ratificado por el Tribunal de Familia mérito de resolución judicial y adquiere igual valor que una sentencia, transformándose en un equivalente jurisdiccional de la misma.

A pesar de lo anterior, con la finalidad de mantener la objetividad e imparcialidad de este procedimiento, se estableció en la propia Ley una serie de resguardos, tales como que el Consejo de Defensa del Estado, a través del Consejo Consultivo, interviene aprobando la transacción (cuando se trate de sumas que superen las 1.000 Unidades de Fomento) constituyéndose en un filtro para los acuerdos abusivos, ya que se trata de un cuerpo colegiado, con doce miembros que aportan distintas visiones, y que es independiente del gobierno de turno, lo que le otorgaría plena imparcialidad⁵.

Por su parte, cabe señalar que existe un resguardo adicional constituido por la autorización del Ministerio de Hacienda, en aquellos casos en que la transacción supere el monto de 3.000 Unidades de Fomento. Sin embargo, pareciera ser que los resguardos recién mencionados, estarían más bien protegiendo o regularizando el actuar de la propia Administración del Estado, y no al particular reclamante, respecto del cual es irrelevante que el acuerdo al que se llegue en virtud del procedimiento de Mediación, sea aprobado o no con posterioridad a su celebración por un órgano superior, por cuanto lo que a éste último le interesa es solamente que se cumplan los términos del acuerdo materializado en el contrato de transacción suscrito.

Pero, desde otro punto de vista, la Mediación que se concreta 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. Sin embargo, debemos hacer mención en este punto a lo que ocurre una vez celebrado el contrato de transacción y logrado el acuerdo, por cuanto sabemos que dicho contrato está sujeto a un trámite de aprobación posterior, dependiendo de los montos involucrados en él (1.000 ó 3.000 Unidades de Fomento), y que por ende da lugar a un

⁵ Al menos así se delimitó el tema en el Congreso Nacional, cuando la honorable senadora Matthei y la abogada del Consejo Sra. María Teresa Muñoz Ortúzar, en la Segunda Comisión de Salud, expusieron los fundamentos aludidos, siendo estos acogidos en la redacción final de los artículos pertinentes de la Ley N° 19.966.

procedimiento que lleva a efecto la Administración Pública a través del Consejo de Defensa del Estado, del respectivo Servicio de Salud (mediante la elaboración de la respectiva resolución aprobatoria), y del Ministerio de Salud, que podría adolecer de algún vicio, generando con ello la nulidad de dicho acto.

Sabemos que la Constitución Política de la República, en su artículo 7º consagra lo que conocemos como Nulidad de Derecho Público, la que se produce en términos generales cuando la Administración Pública no actúa a través de un órgano regularmente investido, dentro de su competencia o bien, en la forma que prescribe la Ley⁶. Faltando por tanto alguno de estos tres elementos, el acto carece de valor jurídico, situación que puede ser declarada por cualquier tribunal competente en cualquier momento, mediante el ejercicio de la acción de nulidad de derecho público, para así reafirmar el principio de juridicidad y, por ende, la supremacía jerárquica de la Carta Fundamental y las leyes respecto de las actuaciones de los órganos de la Administración⁷.

Otros vicios de procedimiento, o menores, podrían dar lugar a la convalidación del acto cuando no se afecte intereses de terceros (principio de conservación), pero si el vicio es esencial, o afecta intereses de terceros, la sanción constitucional es precisamente la nulidad⁸ de derecho público. Lo anterior, se encuentra expresamente regulado en el artículo 13 de la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo, que señala que la Administración podrá subsanar los vicios de que adolezcan los actos que emita, siempre que con ello no se afectaren los intereses de terceros, dando lugar así a la posibilidad de subsanar todo vicio de legalidad, salvo que el saneamiento implique afectar los derechos o intereses de terceros. Pensemos por ejemplo, en el caso que una transacción extrajudicial suscrita con un particular no se somete al trámite de aprobación posterior por el Consejo de Defensa del Estado.

⁶ Sin olvidar que para algunos autores la expresión “en la forma que prescribe la Ley”, significaría más bien una conformidad con el Ordenamiento Jurídico, permitiendo con ello incluir otras causales distintas de las tres que señala expresamente el artículo 7º de la carta fundamental, tales como los motivos y el objeto del acto (apuntes de clases de Magíster en Derecho Público del profesor EDUARDO CORDERO Q., de fecha 12 de diciembre de 2007).

⁷ Sentencia Corte Suprema Rol Nº 664 de 2007, caratulada “INP con Solís Cortéz, Roberto José y otro”.

⁸ Dorn Garrido, Carlos, “Ley Nº 19.880 y Nulidad de Derecho Público”. En: *Actas de las Segundas Jornadas de Derecho Administrativo*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, p. 151.

En este caso, la actuación de la Administración no ha sido “en la forma que prescribe la Ley”, en los términos de la carta fundamental, sin embargo, el acto omiso no ha afectado intereses del particular reclamante, y por tanto, el procedimiento podría subsanarse en virtud del principio de conservación.

Desde otra perspectiva, e independiente de su naturaleza contractual, la transacción es un equivalente jurisdiccional, por cuanto de acuerdo al artículo 2460 del Código Civil, produce el efecto de cosa juzgada en última instancia. Lo anterior, implica que produce tanto acción como excepción de cosa juzgada, y por ello puede oponerse por vía de excepción para que se dicte un fallo por un tribunal en oposición a lo establecido en ella; y, en relación a la acción de cosa juzgada, sólo producirá sus efectos si es celebrada por escritura pública, puesto que no aparece mencionada como uno de los títulos ejecutivos del artículo 434 del Código de Procedimiento Civil.

3B. ÓRGANOS INTERVINIENTES:

En el procedimiento de Mediación, son partes el interesado, el prestador institucional público (o privado) y el funcionario imputado.

El propio Reglamento define cada una de estas calidades y señala en su artículo 3° (definiciones), que el interesado es toda persona que pretenda haber sufrido perjuicios con ocasión del otorgamiento de prestaciones asistenciales de salud por parte de un prestador institucional público o de sus funcionarios, o de un prestador privado. Cabe señalar en este punto que el interesado puede comparecer personalmente o representado (por su representante legal o apoderado con facultad expresa para transigir), y que de acuerdo a lo que señala el artículo 28 del Reglamento de Mediación, las partes podrán ser asistidas o acompañadas por terceros.

Asimismo, define prestador institucional público como el establecimiento asistencial público que integre las redes asistenciales definidas en el DL 2.763 de 1979, y que de cualquier modo intervino en los hechos que motivaron el reclamo del interesado.

Cabe hacer presente que, si bien no se trata de una de las partes, sí encontramos como interviniente en el procedimiento de Mediación: al Mediador, que según el artículo 3° del Reglamento, es la persona o

personas designadas por el Consejo de Defensa del Estado, o por las partes en su caso, para efectuar la Mediación.

A este respecto, cabe mencionar que la Comisión de estudio 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 comento, 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 afflictiva).

Nótese que no se exige contar con algún curso de especialización en materia de Mediación o de resolución alternativa de conflictos, por lo que en teoría podría optar a alguno de estos cargos cualquier profesional de carreras de a lo menos diez semestres de duración, por ejemplo, un ingeniero comercial, agrónomo o un arquitecto, siendo plenamente lícito su nombramiento. Sin embargo, atendida la facultad que contempla el Reglamento de Mediación en su artículo 6°, la falta de competencia del mediador en materias de resolución alternativa de

conflictos podría dar lugar a que las partes soliciten la inhabilidad de éste, requiriendo el reemplazo del mediador por otro que cuente con tales conocimientos, pudiendo incluso fracasar el procedimiento de Mediación si alguna de las partes no se conformare con la decisión que se tome en definitiva.

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, 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.

3C. PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN:

Presentado el reclamo, se citará a las partes a una primera audiencia, fijándose la fecha, hora y lugar en que deberán comparecer.

Si esta primera audiencia fracasara por incomparecencia de cualquiera de las partes, se las citará nuevamente, y, si fracasa esta segunda citación por incomparecencia de los mismos citados, se entenderá que la Mediación ha fracasado si dentro de tercero día no se acompañan los antecedentes verosímiles que justifiquen la incomparecencia. Si la incomparecencia se declara justificada, se citará por tercera y última vez a las partes, para la primera audiencia. Para las audiencias posteriores, se procederá de la misma forma.

La comparecencia a las audiencias deberá ser personal, sin perjuicio de que las partes puedan designar apoderado facultado expresamente para transigir, pudiendo además ser acompañadas o asistidas por terceros.

Durante el procedimiento, el mediador podrá citar a todas las audiencias necesarias para el cumplimiento de los fines de la Mediación; y para permitir el éxito de la Mediación, todas las declaraciones de las partes y las actuaciones de la mediación tendrán el carácter de secretas. Por lo anterior, tanto el mediador como las partes deberán guardar reserva de todo lo que hayan conocido durante o con ocasión del proceso de Mediación, alcanzando este deber de confidencialidad incluso a los terceros que tomen por cualquier causa conocimiento del caso. Se sanciona el incumplimiento de dicha reserva con la pena prevista en el artículo 247 del Código Penal.

Se señala expresamente (artículo 51 de la Ley N° 19.966) que, los documentos e instrumentos, públicos o privados, que sean acompañados al procedimiento, no quedarán afectos al secreto, y su uso y valor probatorio en juicio posterior se regirá por las reglas generales, pudiendo las partes requerir la devolución de dichos documentos o instrumentos acompañados, una vez concluido el proceso de Mediación.

En la primera audiencia, el mediador deberá informar a las partes acerca de la naturaleza y objetivos de la Mediación, su duración y etapas, y del carácter voluntario de los acuerdos que de ella deriven, y las ilustrará acerca del valor jurídico de dichos acuerdos (artículo 46).

La ley 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.

Por su parte, en el caso de arribar a un acuerdo, el Reglamento de Mediación en su artículo 35, señala que las partes tendrán amplia libertad para pactar soluciones al conflicto y la forma de cumplirlas. Por ello, en virtud del acuerdo, las partes podrán estipular el pago de compensaciones en dinero (teniendo como referente los montos máximos establecidos en la Resolución Exenta N° 145 de 2.005 del Ministerio de Salud, cuyo tope máximo es de 3.500 UTM en caso de fallecimiento) o apreciables en dinero, tales como la realización de prestaciones asistenciales u otro tipo de prestaciones que se encuentren dentro del ámbito de competencia o acción del prestador involucrado y, en las mismas condiciones, aquellas no apreciables en dinero y que

tengan por objeto resarcir pública o privadamente al afectado, pudiendo incluso combinarse las modalidades anteriores⁹.

En la práctica, el particular ha aceptado como forma de resarcir los daños ocasionados, las disculpas de parte del o los profesionales involucrados en el reclamo (principalmente cuando han sido objeto de malos tratos o trato despectivo de parte de dichos profesionales), atenciones médicas o psicológicas en su caso, todos mecanismos permitidos en la Ley, que consagra plena libertad para lograr el acuerdo.

Partiendo del análisis de las disposiciones reglamentarias relativas a la Mediación arriba enunciadas, vemos que nos encontramos frente a un procedimiento que, en definitiva, viene a sustituir al proceso (judicial) como instancia pública de resolución de conflictos. Lo anterior, de acuerdo con el segundo informe de la Comisión de Salud, previo a la dictación de la Ley N° 19.966 de 2004¹⁰, se habría gestado entre otras razones, por el temor de que el Sistema AUGÉ (Acceso Universal de Garantías en Salud) incrementare exponencialmente los litigios, produciendo un aumento de la judicialización de los conflictos en el ámbito de la salud, sin perjuicio de la latente posibilidad de que muchos abogados utilizaren este problema para transformar los conflictos de salud, en una industria generadora de ingresos, al demandar al Estado de Chile y a los Servicios de Salud¹¹.

Sin embargo, el particular puede exigir las responsabilidades de la Administración Pública y de su personal, mediante el procedimiento establecido en la Ley N° 19.966 de 2004, que hace obligatorio recurrir ante el Consejo de Defensa del Estado a presentar el correspondiente reclamo, y, sólo en caso de fracasar el procedimiento, se faculta para dirigirse ante los Tribunales de Justicia para obtener la debida protec-

⁹ Léase Dictámenes de Contraloría General de la República N° 51063 de fecha 30 de octubre de 2008; N° 29552 de fecha 27 de junio de 2008, y en especial el N° 34795 de 27 de julio de 2006, que señala que no existe limitación legal alguna para pactar libremente las cláusulas para un acuerdo extrajudicial, tales como prestaciones asistenciales o de otra índole.

¹⁰ Historia de la Ley N° 19.966 de 2004, que establece un Régimen de Prestaciones en Salud, 3 de septiembre de 2004.

¹¹ Cabe tener en cuenta, que según cifras del Colegio Médico, desde el año 1995, las denuncias por negligencia médica han aumentado en un 1.900%, habiéndose tramitado en los últimos siete años un total de 1.200 causas, de las cuales se ha fallado el 40%, agregando que del total de los casos fallados, los médicos en un 80% han sido absueltos, y sólo en el 20% el fallo ha sido en contra del establecimiento hospitalario o la clínica por falta de medicamentos, insumos o tecnologías para dar atención oportuna al paciente.

ción de los derechos que se pretenden vulnerados por la Administración Pública, encontrándonos por tanto frente a un requisito que tiene carácter de imperativo y previo a la interposición de la demanda, constituyendo un presupuesto procesal para poder ejercer la acción¹² correspondiente.

3D. MATERIAS SOMETIDAS A MEDIACIÓN:

Señala el artículo 2º del Reglamento de Mediación establecido por Decreto Supremo N° 47 de 2005, del Ministerio de Salud, que sólo serán susceptibles de mediación, los reclamos interpuestos 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.

Para dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 2º del referido Reglamento, el artículo 25 del mismo cuerpo normativo establece una obligación para el Consejo de Defensa del Estado (o la Superintendencia en su caso) de examinar si el reclamo recibido corresponde al ámbito de la mediación, y, en caso de no serlo, no se admitirá a tramitación, debiendo ser declarado inadmisibile por Resolución fundada que se notificará al interesado, quien podrá pedir reposición dentro de quinto día hábil. Es importante señalar a este respecto, que en caso que el Consejo declare inadmisibile un reclamo, el particular podrá accionar ante los Tribunales Ordinarios de Justicia, en tanto en opinión de la suscrita, y a pesar que la Ley hace obligatorio someterse previamente al *procedimiento de Mediación*, el hecho de presentar el reclamo, da por cumplida dicha exigencia de procesabilidad instaurada en la Ley N° 19.966, aunque en definitiva no se desarrolle el procedimiento, siendo en esta instancia procedente la interposición de la respectiva acción judicial, ante la justicia ordinaria.

¹² Sentencia Corte de Apelaciones de Concepción, Rol 2903 – 2005, de fecha 8 de octubre de 2007, caratulada “Montes Espinoza con Servicio de Salud de Concepción”.

Respecto de este punto, se hace necesario mencionar que, según estadísticas del propio Consejo, éste recibe reclamos que se escapan del ámbito de la Mediación, sea por no corresponder a incumplimiento en las funciones de otorgamiento de prestaciones de carácter asistencial, o bien, por tratarse de hechos cuyas acciones judiciales se encuentran ya prescritas desde la perspectiva judicial. Sin embargo, para brindar la atención requerida por los reclamantes, se les da curso de todas formas, aunque en definitiva, las partes no lleguen a acuerdo alguno.

4. EL LIBRE ACCESO A LA JUSTICIA

La Constitución Política de la República es la norma suprema, lo que supone el Imperio del Derecho, esto es, la idea de que el Derecho está por sobre el poder, y que por ende éste deba someterse a aquélla.

Nuestra Constitución recoge este significado de la expresión supremacía en su artículo 6 inciso 1º, al señalar que *“los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella”*.

Por su parte, la expresión supremacía de la Constitución, también es posible estructurarla en relación con el carácter de norma jurídica que tiene este instrumento de freno al poder. La Constitución es una norma de naturaleza política y jurídica, y en lo que tiene de jurídico es la norma más importante de un país. En tal sentido, la Constitución está por sobre el resto de las normas jurídicas, o sea, por sobre las leyes, los decretos con fuerza de ley, los reglamentos, decretos, instrucciones, ordenanzas y demás normas existentes. Todas éstas deben ajustarse a la Constitución, y las que no lo hagan son nulas y sin ningún valor, por ser inconstitucionales (artículo 7º de la Constitución).

Desde esta perspectiva, 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.

La Constitución Política de la República, a propósito del Recurso de Protección, dispone de un eficaz instrumento para que las personas

que vean amenazados, perturbados o privados sus derechos y garantías, puedan obtener de la Justicia la protección debida.

No obstante, dicha acción constitucional solamente otorga amparo a los denominados derechos individuales, es decir, a aquellos derechos civiles y políticos en que es claro el deber de abstención del Estado y demás particulares respecto del ejercicio de los mismos. Así, por ejemplo, se ampara el derecho a la vida, a la igualdad ante la ley, a la libertad de trabajo, entre otros.

Pero no se otorga igual tutela para los llamados derechos sociales, esto es, aquellos que suponen prestaciones por parte del Estado o de privados que otorgan un servicio público, como por ejemplo, el Derecho a la Salud. Por lo anterior, la acción de Protección no permite tutelar este Derecho¹³, sin embargo, con la dictación de la Ley N° 19.966 que establece un Régimen de Garantías en Salud, explícitamente se estipuló que las garantías que establezca el Régimen *serán constitutivas de derechos para los beneficiarios y su cumplimiento podrá ser exigido por éstos ante las autoridades e instancias que correspondan*.

La Constitución Política de la República, en su artículo 19 N° 3 garantiza a todas las personas: *“La igual protección de la Ley en el ejercicio de sus derechos. Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale, y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiese sido requerida”*.

Por su parte, señala el inciso 4° del citado artículo 19 N° 3, que *“nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el Tribunal que señalare la Ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho”*.

Desde otra perspectiva, la Convención Americana de Derechos Humanos consagra este derecho, al regular derecho a la tutela efectiva (artículo 25 y artículo 8°) y el derecho a las garantías judiciales (artículo 8.1.)

El artículo 8° regula las denominadas Garantías Judiciales y señala:

¹³ Sin olvidar que por disposición expresa del artículo 20 de la Carta Fundamental, la acción de Protección sólo tutela la garantía contenida en el artículo 19 N° 9 inciso final, esto es, *“el Derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado”*.

“1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

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 Público¹⁴.

En este orden de cosas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos parte del supuesto que el acceso a la justicia es un pilar fundamental del Estado de Derecho, el cual se encuentra conformado por el derecho a un recurso efectivo y el derecho a un debido proceso (principio jurídico procesal o sustantivo según el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, y a permitirle tener oportunidad de ser oído y hacer valer sus pretensiones frente al juez).

Con la expresión “Acceso a la Justicia” entonces, podemos encontrar un doble significado: en un sentido genérico, 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.

¹⁴ COSCUELLA MONTANER LUÍS, *Manual de Derecho Administrativo*, Tomo I, Editorial Civitas, Duodécima Edición, año 2001, pág. 26.

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. Ambas perspectivas no son excluyentes, sino que por el contrario, se entrelazan en la medida que los Tribunales de Justicia conocen de algunos conflictos de indudable impacto social o económico¹⁵.

Sin embargo, pareciera que la acepción lógica de la expresión en comento fuera aquella restringida, de hecho así se ha entendido ordinariamente por la Doctrina estudiosa del tema.

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; es decir, de qué manera puede este último obtener la debida tutela de sus derechos, partiendo de la base que la tutela última y definitiva de los derechos subjetivos de los ciudadanos ha correspondido desde los inicios del Estado de Derecho a la jurisdicción, correspondiendo el desarrollo de dicho cometido por medio del proceso.

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 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.

¹⁵ BATES LUIS, *Acceso a la Justicia y Sistema Legal*, Documento publicado en Internet, p. 3, 24 de diciembre de 2008.

5. LIMITACIÓN A LA GARANTÍA DEL LIBRE ACCESO A LA JUSTICIA. CONCLUSIONES FINALES

De lo expuesto precedentemente, cabe hacernos la siguiente pregunta: ¿la Ley N° 19.966 que establece un Régimen de Garantías en Salud, atenta contra el Libre Acceso a la Justicia desde su perspectiva restringida?

Pareciera ser que sí, atendido que si un particular ha sufrido daños, que estima son consecuencia de una mala atención de parte de quienes están obligados a otorgar prestaciones públicas de salud, éste deberá recurrir ante un órgano de la Administración Pública (Consejo de Defensa del Estado) de manera obligatoria, sin poder dirigirse directamente ante los Tribunales ordinarios de Justicia para hacer efectiva su pretensión o reclamo.

Sin embargo, debemos hacer algunas precisiones.

En primer término, no debemos olvidar que en este procedimiento de Mediación, sólo la instancia de recurrir a presentar el reclamo es obligatoria, no así el acuerdo a que arriben las partes, el que es siempre voluntario, pudiendo incluso el reclamante no conformarse con los términos del acuerdo propuesto, requiriendo el fin del procedimiento sin acuerdo, incluso desde la primera audiencia efectuada.

Por tanto, si bien nos encontramos frente a un requisito previo impuesto por ley, que pareciera ir en contra de los preceptos constitucionales que regulan el debido proceso y el libre acceso a la justicia, para tutelar el o los derechos vulnerados, queda a decisión del particular optar entre llegar a un acuerdo, o bien poner término al procedimiento, para recurrir ante los Tribunales Ordinarios de Justicia. No se estaría vulnerando el debido proceso, por cuanto las garantías mínimas a que toda persona tiene derecho, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, y a permitirle tener oportunidad de ser oído, se produce precisamente cuando estamos frente a un juez, situación que no se da en el procedimiento de Mediación, en que como dijimos, estamos frente a un procedimiento amistoso en que las partes voluntariamente intentan lograr llegar a un acuerdo en beneficio de ambas, sin que el mediador les imponga solución alguna.

Por su parte, la Corte de Apelaciones de Concepción ha dicho que la obligación de someterse a la mediación no puede considerarse atentatoria contra los derechos de los interesados, porque tal procedimiento

tiene su plazo acotado de sesenta días, prorrogable hasta completar ciento veinte, lo que permitiría recurrir en última instancia ante los Tribunales de Justicia una vez vencido el plazo de la Mediación, el que puede verse disminuido por decisión de cualquiera de las partes. Y, en segundo lugar, tampoco se verían vulnerados los derechos de los interesados porque mientras dura el procedimiento de Mediación, la prescripción de las acciones civiles y penales se suspende¹⁶.

Desde otra perspectiva, no debemos dejar de lado, la utilidad que este mecanismo genera al aparato judicial. En efecto, la desjudicialización de los conflictos en salud, no sólo reporta beneficios a los usuarios, principalmente atendida la rapidez e informalidad de los procedimientos, sino también a la propia Justicia Ordinaria, puesto que la Mediación le permite concentrarse en aquellas materias respecto de las cuales su intervención es insustituible¹⁷. Esto, desde un punto de vista práctico, ha permitido que un porcentaje importante de reclamos en contra de prestadores públicos de salud, se hayan resuelto por la vía de la Mediación, no habiendo llegado a la instancia judicial, lo que indudablemente ha contribuido a descongestionarla.

Por su parte, la justicia ordinaria no puede dar respuesta, o solución a todas y cada una de las pretensiones que son planteadas por las partes, ya que, en caso de otorgarla, muchas veces dicha respuesta aparece como meramente ritual, sin haber dado satisfacción a lo que en definitiva fue buscado por el actor, en tanto en todo proceso judicial, necesariamente existe un ganador y un perdedor, sin que ello implique que las partes han visto satisfechas sus pretensiones¹⁸. Es por ello que siendo las partes las que mejor conocen sus pretensiones, son ellas mismas las que se encuentran en condiciones de analizar las posibilidades de acuerdo, y con ello llegar a una solución que en definitiva cumpla con al menos un porcentaje de lo buscado, lo que no se da en caso alguno si el conflicto llega a la justicia ordinaria, cuando el reclamante

¹⁶ Sentencia Corte de Apelaciones de Concepción, Rol 2903-2005, de fecha 8 de octubre de 2007, caratulada “Montes Espinoza con Servicio de Salud de Concepción” (Nota del editor: Esta resolución se encuentra firme o ejecutoriada).

¹⁷ Bordialí Salamanca, Andrés, “justicia privada”. En: Revista de Derecho de Valdivia, Vol. XVI, 16 de julio de 2004, p. 165.

¹⁸ Pérez Ragone, Alvaro y Copani, Juan, “Los llamados medios alternativos de resolución de conflictos vistos desde el proceso civil”. En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° XXVII, Valparaíso, año 2006, p. 166.

no obtiene una sentencia favorable, en que sin duda alguna, después de un largo juicio ordinario, no verá más que destruida su posibilidad de obtener alguna solución a su reclamo.

Es por ello entonces, que siguiendo el ejemplo de países desarrollados, se ha ido dando cabida en Chile (en materias de Familia y Laborales por ejemplo) a una nueva justicia más conciliativa, más humana y en muchos casos, más accesible, en que la solución al conflicto no emana ya de la potestad oficial del juez, sino más bien de la propia voluntad de las partes, quienes, en aras a una solución más rápida, optan por sacrificar ciertos derechos, entendiéndose ahora a la justicia como conciliativa, y ya no como un proceso.

Esto implica valorar estas vías alternativas o “amistosas” como un mecanismo útil de cooperación, quedando la justicia estatal como una posibilidad última deseada, lo que se ha entendido como una válvula de escape frente al colapso de la justicia ordinaria.

Por otro lado, cabe destacar en estos casos que la solución a que se llegue, al haber sido lograda de común acuerdo, genera asimismo que sea de común acuerdo cumplida, lo que tampoco se da en el caso de una sentencia judicial, en que la regla general será la necesidad de un juicio ejecutivo posterior, que permita a la parte vencedora obtener el cumplimiento de lo resuelto, con las consecuentes dilaciones y costos que ello trae consigo.

No obstante ello, hay quienes estiman que respecto de los derechos fundamentales (como el Derecho a la Salud) no procedería en caso alguno la solución de controversias a través de mecanismos alternativos de resolución de conflictos, quedando restringido su conocimiento y tutela exclusivamente a los Tribunales de Justicia.

Sin embargo, cabe agregar que, en el caso de la Mediación en Salud, siempre queda abierta la puerta hacia la jurisdicción, la que será la responsable de decir el derecho en última instancia, con un carácter definitivo e irrevocable, por lo que en la práctica no estamos frente a una alternativa a la Jurisdicción, ni a un atentado al acceso a la justicia, sino frente a una etapa previa obligatoria, que, en caso de fracasar, da lugar a que operen los mecanismos jurisdiccionales conforme a las reglas generales, quedando la vía jurisdiccional más bien “en suspenso” mientras se desarrolla este procedimiento. Sin dejar de lado las ciertas críticas que pudieren hacerse respecto del actual sistema de acceso a la justicia, en que la existencia de la posibilidad de recurrir

ante los tribunales ordinarios, no necesariamente resulta garantista para los particulares, y respetuosa del acceso a la justicia, por cuanto éstos requieren de recursos económicos para accionar (patrocinio de abogados; trámites a realizar por receptor, entre otros), lo que coarta de todas formas la garantía constitucional en estudio.

BIBLIOGRAFÍA

- LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA, publicación DEPESEX/BCN/SERIE ESTUDIOS AÑO XIII, N° 277, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones, junio de 2003.
- BATES LUIS, *Acceso a la Justicia y Sistema Legal*, Documento publicado en Internet, pág. 3, 24 de diciembre de 2008.
- BORDALÍ SALAMANCA, ANDRÉS, *Justicia Privada*, Artículo publicado en Revista de Derecho de Valdivia, Vol. XVI, 16 de julio de 2004.
- COSCUELLA MONTANER LUIS, *Manual de Derecho Administrativo*, Tomo I, Editorial Civitas, Duodécima Edición, año 2001.
- DORN GARRIDO CARLOS, *Ley N° 19.880 y Nulidad de Derecho Público*, artículo contenido en las Actas de las Segundas Jornadas de Derecho Administrativo, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.
- PÉREZ RAGONE ALVARO y COPANI JUAN, *Los llamados Medios Alternativos de Resolución de Conflictos vistos desde el proceso civil*, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° XXVII, Valparaíso, año 2006.
- Historia de la Ley N° 19.966 de 2004, que establece un Régimen de Garantías en Salud, Biblioteca del Congreso Nacional, 3 de septiembre de 2004.
- Sentencia Corte de Apelaciones de Concepción Rol N° 2.903 de 2005, caratulada “Ana Luz Montes Espinoza con Servicio de Salud Concepción”.
- Sentencia Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 1047 de 2007, caratulada “Shauna Pierina Jofré Canales con Servicio de Salud Concepción”.
- Sentencia Corte Suprema Rol N° 664 de 2007, caratulada “INP con Solís Cortéz, Roberto José y otro”.

Sentencia Corte Suprema Rol N° 1976 de 2007, caratulada “Hidalgo con Servicio de Salud Valparaíso - San Antonio”.

Dictámenes de Contraloría General de la República N° 51063 de fecha 30 de octubre de 2008; N° 29552 de fecha 27 de junio de 2008, y N° 34795 de 27 de julio de 2006.

Constitución Política de la República de Chile, artículos pertinentes.

La Convención Americana de Derechos Humanos, artículos 25 y 8°.

Ley N° 19.966 de 2004, que establece un Régimen de Garantías en Salud.

Ley N° 18.469 que regula el ejercicio del Derecho constitucional a la Protección de la Salud y crea un Régimen de Prestaciones en Salud.

Decreto Ley N° 2.763 de 1979, que reorganiza el Ministerio de Salud y crea los Servicios de Salud.

Norma General Administrativa N° 2, aprobada por Resolución Exenta N° 550 de 1992 del Ministerio de Salud, que fija montos máximos para los acuerdos a que se llegue en los procesos de Mediación en Salud.

Reglamento de Mediación establecido por Decreto Supremo N° 47 de 2005, del Ministerio de Salud.

Código Civil de Chile.