

DERECHO PROCESAL CIVIL

Macarena Vargas Pavez
Profesora de Derecho Procesal
Universidad Diego Portales

CASO PAMELA DE LAS MERCEDES BAHAMONDES MORENO. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. SENTENCIA DE 10 DE JULIO DE 2012.

Pamela Bahamondes Moreno demandó de indemnización de perjuicios por negligencia médica a un prestador privado de salud por las lesiones sufridas como consecuencia de la mala praxis médica e incumplimiento de deberes de diligencia y cuidado durante el parto de su hija.

Durante la tramitación del juicio civil uno de los demandados solicitó la nulidad de todo lo obrado fundado en haberse omitido el trámite de la mediación antes de deducir la demanda, incidente que fue acogido por el tribunal de primera instancia y confirmado por la Corte de Apelaciones respectiva. La actora interpuso un recurso de casación en el fondo ante la Excelentísima Corte Suprema en contra de la sentencia del tribunal de segunda instancia. Estando pendiente la tramitación del referido recurso, con fecha 28 de julio de 2011 Pamela Bahamondes Moreno recurre ante el Tribunal Constitucional solicitando se declare la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los incisos

primero y segundo del artículo 43 de la ley N° 19.966 que establece el Régimen de Garantías en Salud.

Dichas normas exigen la participación en un proceso de mediación en forma previa a la interposición de una demanda de reparación de daños ocasionados en el otorgamiento de prestaciones de carácter asistencial, tanto de prestadores públicos como privados. En el primer caso, el proceso de mediación es llevado a cabo por mediadores del Consejo de Defensa del Estado y, en el segundo, por mediadores acreditados ante la Superintendencia de Salud.

A juicio de la recurrente esta obligación vulnera las garantías consagradas en el artículo 19 N° 2, 3, 24 y 26 de la Constitución Política de la República. En relación con el derecho a la igual protección en el ejercicio de los derechos –garantía que interesa para los efectos de este comentario– la recurrente sostiene que para que ésta no tenga un carácter meramente declarativo, las personas tienen que tener la posibilidad real de acceder en forma igualitaria a la justicia y no ver limitados sus derechos con requisitos de actuaciones prejudiciales previas. Considera que exigencia de media-

ción obligatoria en materia de daños en salud constituye una “cortapisa a la libertad” de las personas a demandar por negligencia médica vulnerando el libre e igualitario acceso a la justicia.

Con fecha 10 de julio de 2012 el TC rechaza el requerimiento de inaplicabilidad pues, en primer lugar, considera que no se traba el acceso a la justicia o tutela judicial, ya que el plazo de prescripción de las acciones civiles y criminales se suspende por expresa disposición de la ley N° 19.966 en el artículo 45 inciso final. De este modo, sostiene el fallo la recurrente

“no queda impedida de acceder a los tribunales ordinarios para obtener la satisfacción de su pretensión”¹.

En segundo lugar, esta magistratura considera que la mediación constituye un equivalente jurisdiccional, en el entendido que aun cuando no se trate de un acto que ha emanado de la jurisdicción –como es el caso– dicho acto resuelve un conflicto al que la ley N° 19.966 en su artículo 53 atribuye expresamente los efectos de un contrato de transacción².

En tercer lugar, el fallo sostiene que en el caso de autos, la recurrida con posterioridad a la presentación de la demanda solicitó la realización de un proceso de mediación ante la Superintendencia de Salud, con lo

cual se demuestra –pese a la falta de oportunidad de la solicitud– el interés inequívoco de participar en este proceso y señala que este hecho

“...no puede sino llamar la atención de este sentenciador constitucional en un proceso como la inaplicabilidad, donde las circunstancias que rodean el caso concreto cobran particular importancia a la hora de acoger o rechazar la acción deducida”³.

Por estas razones, el TC considera que no puede sostenerse que hay una vulneración del derecho al igual ejercicio de los derechos, toda vez que pese a la exigencia previa de participar en un proceso de mediación,

“queda a salvo la posibilidad de deducir las acciones civiles y criminales respectivas en caso que la mediación fracase”⁴.

Los ministros Hernán Vodanovic, Enrique Navarro e Iván Aróstica, en cambio, estuvieron por acoger el recurso de inaplicabilidad interpuesto y declarar que el inciso segundo del artículo 43 de la ley N° 19.966 no puede ser aplicado al caso concreto, por resultar contrario a la Constitución Política de la República. Considera el voto de minoría que la mediación obligatoria

¹ Tribunal Constitucional. Pamela Bahamondes Moreno. Rol 2042-11. Sentencia de 10 de julio de 2011, considerando trigésimo.

² Artículo 53, ley N° 19.966.

³ Tribunal Constitucional. Rol 2041-11, considerando trigésimo primero.

⁴ *Op. cit.*, considerando trigésimo segundo.

“...como presupuesto del libre acceso a la justicia vulnera abiertamente el derecho asegurado en el artículo 19 n° 3 de la Constitución, además de que establecer que esa mediación tenga lugar fuera del Poder Judicial infringe el artículo 76 inciso primero”⁵

de la Carta Fundamental.

Los disidentes fundan sus reparos en los siguientes argumentos. En primer lugar, consideran que los objetivos perseguidos por el legislador al regular la mediación obligatoria, esto es, “evitar la desjudicialización injustificada y excesiva” y “propender a que las partes lleguen a un acuerdo extrajudicial”, alteran el *statu quo* y predisponen

“al afectado a que decline algunas de sus reclamaciones y haga ciertas concesiones”⁶.

Señalan que –como ya se ha manifestado en numerosos fallos de esta magistratura– el derecho consagrado en el artículo 19 N° 3 de la Carta Magna constituye una garantía insustituible e irremplazable que tiene como correlato el artículo 76 del mismo texto, el cual establece que conocer y resolver conflictos de relevancia jurídica corresponde exclusivamente a los tribunales de justicia. Por ello, consideran:

“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”⁷.

En esta misma línea, sostienen que esta mediación que se lleva adelante al margen del Poder Judicial y a cargo de la Superintendencia de Salud constituye una segunda inconstitucionalidad. Consideran que de admitirse la legitimidad de la mediación prejudicial obligatoria- ella “debe llevarse a cabo dentro del Poder Judicial”⁸.

Por otra parte, argumentan que la norma impugnada, por mandato del artículo 77 inciso primero de la Constitución Política, debió tramitarse en la forma de una ley orgánica constitucional, aplicando el criterio utilizado para el establecimiento de arbitrajes forzosos, según dan cuenta varios fallos del respectivo tribunal. Por último, sostienen que durante el proceso de tramitación de esta ley, la Corte Suprema no fue oída ni se sometió al control preventivo de constitucionalidad ante este tribunal⁹.

⁵ Tribunal Constitucional. Rol 2041-11, voto disidente, p. 32.

⁶ *Op. cit.*, voto disidente, punto primero.

⁷ Tribunal Constitucional. Rol 2041-11, voto disidente, punto cuarto.

⁸ *Op. cit.*, voto disidente, punto sexto.

⁹ *Op. cit.*, voto disidente, punto séptimo.

A mi juicio, este fallo resulta especialmente interesante por varias razones: porque permite conocer el contenido y alcance que esta magistratura otorga al derecho al acceso a la justicia, o, como bien señala, a la tutela judicial efectiva como, asimismo, porque permite “tomar el pulso” a la discusión sobre la incorporación obligatoria de mecanismos alternativos de resolución de conflictos en sede judicial. Esto último adquiere particular atención de cara a la reforma procesal civil en curso, toda vez que en la actualidad el Ejecutivo se encuentra elaborando una propuesta de incluir los llamados mecanismos preferentes en el diseño global de los nuevos procedimientos.

Una de las primeras cuestiones que llama la atención es la utilización de la expresión del derecho a la *tutela judicial efectiva* que, recogiendo tendencias procesales modernas, el TC hace suya en éste y otros fallos¹⁰. Llama la atención porque esta nomenclatura no se encuentra consagrada en nuestro ordenamiento; es más, existe una variedad de denominaciones que se utilizan indistintamente para referirse a este derecho, que no hacen sino generar confusiones conceptuales que afectan su aplicación práctica.

El fallo comienza reafirmando la postura jurisprudencial que hasta ahora ha seguido el TC en relación con el contenido y alcance del derecho de las personas a acceder libremente a un tribunal de justicia o

—como se señala expresamente— respecto del derecho a la tutela judicial efectiva. A juicio de esta magistratura, éste se encuentra asegurado por el artículo 19 N° 3, pues de otro modo:

“carecería de sentido que la Carta Fundamental se hubiere esmerado en asegurar la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, el derecho a la defensa jurídica, el derecho a ser juzgado por un juez natural, el derecho a un justo y racional procedimiento, *si no partiera de la base de la existencia de un derecho anterior a todos los demás y que es presupuesto básico para su vigencia*, esto es, el derecho de toda persona a ser juzgada, a presentarse ante el juez, a ocurrir al juez sin estorbos, gabelas o condiciones que se lo dificulten, retarden o impidan arbitraria o ilegítimamente”¹¹. (Lo destacado es nuestro).

En efecto, la tutela judicial constituye el presupuesto de los demás derechos, tanto los sustantivos como los de contenido procesal. Su objetivo no es otro que los individuos puedan contar con la potestad jurisdiccional del Estado para obtener tutela para los derechos o intereses que invocan. Su fundamento se encuentra en la prohibición de la autotutela, de la cual nace la obligación positiva de los es-

¹⁰ Tribunal Constitucional. Rol 2042-11, considerando vigésimo noveno.

¹¹ Tribunal Constitucional, considerando vigésimo primero.

tados de proveer de cauces adecuados para proteger y tutelar los derechos de los ciudadanos. Así, la tutela judicial asegura a los ciudadanos el derecho a concurrir a un tribunal y a obtener una respuesta por parte de éste, y que ella pueda ser efectivamente cumplida. Desde esta perspectiva, tiene un alcance mayor que la sola posibilidad de “tocar la puerta” del tribunal e ingresar al sistema (lo que entenderemos como derecho de acceso a la justicia)¹².

Por otra parte, cabe destacar el uso de la expresión derecho a la tutela judicial permite abandonar una interpretación más bien restringida que tradicionalmente le hemos dado como una garantía ligada al deber del Estado de proveer de mecanismos de asistencia jurídica gratuita a los más pobres de cara a su adecuada defensa¹³. Así, se dice que las corporaciones de asistencia judicial, el abogado de turno o el privilegio de pobreza son mecanismos destinados a remover aquellos obstáculos, principalmente de carácter económico, que restringen (y en algunos casos derechamente impiden) el ejercicio del derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva. Ello, pues, el primero forma parte integrante del segundo, pero no son lo mismo.

Por ello, a mi juicio, el TC lleva razón cuando afirma que no se ve vulnerada la garantía del artículo 19

Nº 3 de la Carta Fundamental en el caso de la mediación obligatoria que exige la ley Nº 19.966, argumentando, además, que ello resulta razonable en función de los objetivos y fundamentos tenidos por el legislador y porque no importa un impedimento al acceso, pues éste se mantiene a salvo. Ello se desprende, por ejemplo, del considerando décimo cuarto, cuando se sostiene que la introducción de la mediación se ha realizado teniendo presente

“la necesidad de proteger a la parte más débil en la relación que genera el otorgamiento de una prestación de salud a través de un procedimiento más accesible y simplificado”¹⁴.

En esta misma línea, el fallo sostiene:

“en la doctrina existe amplio consenso en el sentido de que la mediación, como mecanismo alternativo de resolución de conflictos, importa un proceso que acerca la justicia a los ciudadanos, democratizándola, pues son las mismas partes las que superan sus divergencias y convergen a una solución con la colaboración de un tercero imparcial”¹⁵.

Lo dicho anteriormente es coherente con uno de los objetivos de po-

¹² BORDALÍ (2011) pp. 311-337.

¹³ CENTRO DE DERECHOS HUMANOS (2008); VANDERSCHUEREN y OVIEDO (1995); BATES (2005); COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2007) pp. 9-20.

¹⁴ Tribunal Constitucional, considerando décimo cuarto.

¹⁵ *Ibid.*

lítica pública esgrimido por las autoridades para incorporar la mediación en nuestro ordenamiento jurídico, esto es, aumentar y mejorar el acceso a la justicia para aquellos casos que de otra manera no tendrían respuesta, en particular de las personas de menos ingresos¹⁶, ampliando de este modo la oferta de tutela jurisdiccional¹⁷. El PNUD señala que el derecho de acceso a la justicia (o tutela judicial efectiva) debe ser entendido de una manera amplia, de modo tal que el Estado debe proveer a los justiciables de una

“oferta integral e integrada de mecanismos de acceso a la justicia”,

314

entre los cuales se cuenta los mecanismos alternativos que pueden ser insertados en el sistema,

“como audiencias obligatorias de conciliación, mediación o arbitraje previas al inicio del proceso formal”¹⁸.

Desde esta perspectiva, distintos cuerpos legales incluyen la mediación, tanto facultativa como obligatoria, en este último caso, como un requisito de procesabilidad de la demanda. Ello se observa no sólo en las acciones indemnizatorias por daños en salud, como el caso en comento, sino que en la ley N° 19.968 de Tri-

bunales de Familia (modificada en 2008) la que contempla una idéntica exigencia para casos de alimentos, régimen comunicacional y cuidado personal¹⁹. Algo similar se observa en el procedimiento laboral de tutela de derechos fundamentales creado por la ley N° 20.087 de 2006 que contempla una etapa de mediación prejudicial obligatoria²⁰. Lo que varía son los agentes encargados de ofrecer los servicios de mediación, en el familia ello está a cargo de mediadores licitados y supervisados por el Estado, mientras que en materia laboral, por mediadores de la Dirección del Trabajo.

Lo anterior se enmarca dentro de una corriente mundial, no sólo latinoamericana, destinada tanto a incorporar como fortalecer las soluciones acordadas entre las partes, a través de la negociación, mediación, conciliación o arbitraje. Ello se observa con fuerza, por ejemplo, en la legislación inglesa que, bajo la concepción de un sistema de justicia global y plural, donde la litigación ante los tribunales y los mecanismos alternativos de solución de controversias se encuentran interconectados y son complementarios²¹.

Otra cosa es la discusión acerca de la obligatoriedad o voluntariedad de estos mecanismos, tema no exento de debate. La literatura especiali-

¹⁹ Artículo 106. Ley N° 19.968 de Tribunales de Familia.

²⁰ Artículo 486 inciso sexto del *Código del Trabajo*.

²¹ ANDREWS (2013).

¹⁶ VARGAS (2002).

¹⁷ PEÑA (1996).

¹⁸ PNUD (2005).

zada denomina “mediación obligatoria o involuntaria”, todos aquellos casos en que las partes acceden a la mediación por mandato legal, por una cláusula contractual o por orden del juez²². En estos casos, las partes tienen la obligación de concurrir a una sesión de mediación a fin de manifestar su interés de dialogar y buscar posibles vías de acuerdo. Si no hay interés o habiéndolo intentado ello no fructifica, se dará cumplida la obligación legal sin consecuencia alguna para los participantes²³

Así, la obligatoriedad “empieza y termina” en la primera sesión de mediación a la que son convocadas las partes. Si ellas no asisten (al primer o segundo llamado, según disponga la ley) o asistiendo, uno o ambos manifiestan su desinterés en la mediación, ésta se entenderá frustrada, dando pie al inicio del proceso judicial, según sea el caso. Bajo ningún aspecto se obliga a las partes a permanecer en el proceso completo de mediación ni menos llegar a acuerdos.

Por ello, llama la atención el voto disidente que rechaza de manera categórica la introducción de la mediación obligatoria en salud, pues denota una mirada muy limitada del derecho a la tutela judicial efectiva, centrándola exclusivamente en la vía jurisdiccional, aproximación que parece estar en franca retirada.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ANDREWS, Neil (2013). *Justicia civil inglesa, Proceso civil y otras formas de solución de controversias*. Bogotá: Editorial Temis.
- BATES, Luis (2005). *Artículos seleccionados acceso a la justicia*. Santiago: Ministerio de Justicia.
- BORDALÍ, Andrés (2011). “Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho de la tutela judicial”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38 N° 2, Santiago.
- BRETT, Jeanne, Zoe BARSNESS y Stephen GOLDBERG (1997). “La eficacia de la mediación. Un análisis independiente de casos gestionados por cuatro importantes proveedores de servicio”, en M.I. BURS (coord.). *Suplemento de resolución de conflictos (R.C.)*. Buenos Aires: La Ley.
- CENTRO DE DERECHOS HUMANOS (2008). “Acceso a la Justicia”. *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2008* Santiago.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2007). *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos* San José de Costa Rica: Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- MOORE, Christopher. (2008). *El proceso de la mediación*: Buenos Aires. Editorial Granica.
- PEÑA, Carlos (1996). “Los sistemas alternativos de resolución de conflictos”. *Revista de Estudios Sociales*, N° 88, Santiago.
- PNUD (2005). *Manual de políticas públicas para el acceso a la justicia*. Materiales de Trabajo. www.undp.org.ar/docs/

²² BRETT, BARSNESS y GOLDBERG (1997) pp. 1-9.

²³ MOORE (2008) pp. 183-202.

Libros_y_Publicaciones/Manual_de_Políticas_Justicia.pdf. Página visitada el 4 de junio de 2013.

VANDERSCHUEREN, Franz y Enrique OVIEDO (1995). *Acceso de los pobres a la Justicia*. Santiago: Ediciones Sur.

VARGAS, Macarena (2008). “Mediación obligatoria. Algunas razones para justificar su incorporación”. *Revista de Derecho*, vol. XXI. N° 2. Valdivia, diciembre.

VARGAS, Juan Enrique (2002). “Problemas de los sistemas alternos de

resolución de conflictos como alternativa de política pública en el sector judicial”. *Revista Sistemas Judiciales*, N° 2, Santiago.

Fallos citados y consultados

Tribunal Constitucional. Pamela Bahamondes Moreno. Rol 2042-11. Sentencia de 10 de julio de 2011. www.tribunalconstitucional.cl. Página visitada el 22 de mayo de 2013.