Santiago, diez de julio de dos mil doce.

VISTOS:

Con fecha 28 de julio de 2011, doña Pamela de las Mercedes Bahamondes Moreno ha requerido a esta Magistratura la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los incisos primero y segundo del artículo 43 de la Ley 19.966, que establece el Régimen de Garantías de Salud. Dichos preceptos disponen:

“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.”

Sostiene la requirente que esta exigencia previa al ejercicio de las acciones jurisdiccionales, consistente en que el interesado, antes de demandar, haya sometido su reclamo a un procedimiento de mediación, vulnera, en su aplicación a la gestión judicial que se describirá, las

garantías consagradas en el artículo 19, N°s 2°, 3°, 24° y 26°, de la Carta Fundamental.

La gestión pendiente invocada es una demanda de indemnización de perjuicios por negligencia médica, que se encuentra actualmente ante la Excm. Corte Suprema, para conocer de un recurso de casación en el fondo interpuesto por la parte requirente de autos en contra de la sentencia interlocutoria de segunda instancia, que confirmó la resolución dictada por el 11° Juzgado Civil de Santiago, que acogió en todas sus partes el incidente de nulidad de todo lo obrado interpuesto por uno de los demandados, fundado en haberse omitido el trámite de la mediación antes de deducir la demanda civil.

En cuanto a los antecedentes fácticos de la acción que motiva el presente requerimiento, la actora sostiene que el juicio pendiente persigue obtener de los demandados una indemnización de perjuicios por las lesiones sufridas por ella y su hija, a causa de la mala praxis médica e incumplimiento de deberes de diligencia y cuidado, consistentes en no haberles entregado la atención médica básica de parto adecuada que les correspondía en virtud del contrato de hospitalización celebrado.

En lo tocante a las garantías infringidas, en primer término sostiene que el requisito previo al ejercicio de acciones jurisdiccionales por negligencia médica consistente en que el interesado, antes de demandar, haya sometido su reclamo a un procedimiento de mediación, lesiona la igualdad ante la ley, contemplada en el N° 2° del artículo 19 de la Constitución, al establecer diferencias entre los distintos titulares de derechos que demandan perjuicios, en relación a la responsabilidad de los prestadores de servicios de otras clases. Precisa que la mayoría de ellos no están obligados a iniciar en forma previa una gestión de mediación para obtener la indemnización que sea procedente. Señala, también, que la

responsabilidad por negligencia médica es una más de las responsabilidades en que se puede incurrir como consecuencia del actuar humano; sin embargo, sólo los afectados por ella deben iniciar un procedimiento de mediación en forma previa a demandar.

Agrega que anteriormente, en relación a los mismos hechos, ejerció acción penal por medio de una querrela donde se anunció el ejercicio de acción civil, no prosperando en esa etapa ningún acuerdo con los demandados, pese a lo cual se encuentra obligada a efectuar el trámite de la mediación, porque la norma no distingue si antes de interponer una acción jurisdiccional hubo otra acción entre las partes relativa a los mismos hechos, resultando completamente arbitrario imponer una exigencia previa a todas las personas que sufran daños y perjuicios en una prestación de servicios como la de salud, prescindiendo completamente de los antecedentes y circunstancias propias de este tipo de prestación, en que normalmente ha habido conversaciones, reclamos y respuestas en forma previa a la interposición de una demanda.

Termina señalando que la ley impugnada no sólo resulta arbitraria en un sentido puramente racional, por considerar sólo algunos aspectos que podrían incidir en evitar los costos de una controversia judicial, sin atender a otros mucho más relevantes, sino que, por sobretodo, en un sentido ético, en tanto que atenta contra la justicia.

En segundo término sostiene que la norma impugnada infringe la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, asegurada en el numeral 3° del artículo 19 de la Constitución Política. Indica que esta garantía no es sino la aplicación específica de la igualdad ante la ley a una materia tan trascendental como el derecho a solicitar el amparo judicial de los derechos.

Señala que para que tal garantía sea realmente efectiva y no tenga carácter meramente declarativo, todas las personas tienen que tener la posibilidad real de acceder igualitariamente a la justicia y no ver limitados sus derechos con requisitos de actuaciones prejudiciales previas.

Sostiene que 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.

En tercer término, manifiesta que la norma impugnada afecta su derecho de propiedad, garantizado en el numeral 24° del artículo 19 de la Carta Fundamental, aduciendo que los derechos y acciones son propiedad de sus titulares y que no pueden ser limitados ni obstaculizados arbitrariamente.

Indica que esta garantía se ve infringida por la aplicación de la norma impugnada, en la medida que por la vía indirecta de imponer requisitos para el ejercicio de las acciones jurisdiccionales puede privarse al afectado del derecho de propiedad sobre sus derechos y acciones legales, bienes que se encuentran incorporados a su patrimonio, de los que debiera poder disponer y ejercer libremente.

Por último, estima que la norma impugnada ha infringido el N° 26° del artículo 19 de la Constitución, que consagra la no afectación de los derechos constitucionales en su esencia, en relación con el derecho a interponer acciones jurisdiccionales, en la medida que impone a la parte afectada arribar previamente a una mediación prejudicial administrativa con los demandados, lo que constituye una condición, requisito o tributo para el ejercicio del derecho, en circunstancias que, como ya se

indicó, en un anterior litigio por los mismos hechos y entre las mismas partes nunca existió ánimo para lograr un acuerdo, avenimiento o transacción.

Por resolución de fecha 9 de agosto de 2011, escrita a fojas 53 y siguientes, la Segunda Sala de esta Magistratura, en votación dividida, acogió a tramitación el requerimiento, confiriendo traslado para efectos de decidir sobre la admisibilidad del mismo.

Por resolución de fecha 5 de septiembre de 2011, escrita a fojas 142 y siguientes, también en votación dividida, se declaró admisible el requerimiento y se ordenó la suspensión del procedimiento de la gestión en que incide.

A fojas 166, la parte del doctor Iván Pinto Gimpel evacuó el traslado y solicitó el completo rechazo del requerimiento, con costas. Sostiene que no existe vulneración a la garantía del artículo 19, N° 2°, de la Constitución Política, teniendo presente que lo que este numeral asegura es que la ley no discrimine dando un trato de inferioridad o superioridad a las distintas personas por razones alejadas de toda justicia, racionalidad o ética elemental, permitiéndose que el legislador establezca diferencias cuando ellas obedezcan al amparo o protección de bienes jurídicos superiores.

Indica que resulta imposible que la exigencia de la mediación obligatoria constituya una diferencia arbitraria, ya que el procedimiento se aplica por igual a todas las personas que se encuentran en una misma circunstancia, o sea, a todos aquellos sujetos que consideran haber sufrido algún daño originado en el otorgamiento de una prestación de salud. Agrega que la norma persigue un bien superior, cual es la expedita y directa resolución de los conflictos que puedan surgir en el desarrollo de la actividad médica,

para así evitar los costos patrimoniales y emocionales que significa la prosecución de un largo proceso judicial.

Por otro lado, sostiene que la eventual existencia de conversaciones previas entre las partes en conflicto de modo alguno puede configurar un vicio de inconstitucionalidad de la norma, ya que con tal lógica se llegaría al absurdo de declarar inconstitucionales todos los procesos de mediación que hoy en día tienen reconocimiento legal en materia de familia o laboral.

En relación a la garantía consagrada en el numeral 3° del artículo 19 de la Constitución Política, sostiene que no se encuentra vulnerada de modo alguno, ya que, contrariamente a lo señalado por la requirente, ella no guarda relación con el acceso a la justicia, sino que más bien dice relación con la igualdad en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, asegurando que el legislador contemple instancias, acciones y recursos idóneos y eficientes para la debida protección y cumplimiento de los derechos y deberes constitucionales.

Agrega que el proceso de mediación previo al ejercicio de las acciones jurisdiccionales se encuentra establecido precisamente con la finalidad de que las personas que se sientan dañadas por el actuar de un prestador de salud en el otorgamiento de atenciones médicas puedan obtener una rápida y expedita reparación de los perjuicios sufridos, por lo que bien puede sostenerse que la mediación previa y obligatoria constituye una importante herramienta instaurada por el legislador para dar protección a los derechos de las personas que puedan haber sido afectados con ocasión de una prestación médica.

Indica que aún en el evento de estimarse que esta garantía protege el libre e igualitario acceso a la administración de justicia, la exigencia de un proceso de mediación previo de modo alguno limita, restringe o

entorpece el acceso a la judicatura, por cuanto el artículo 45 de la misma ley establece que mientras dure la mediación se suspenderá el término de prescripción de las acciones, tanto civiles como criminales, permaneciendo incólume la facultad de ejercer las referidas acciones, a pesar del transcurso del tiempo.

Precisa, asimismo, que en nuestro ordenamiento existen numerosos ejemplos de situaciones en que la ley impone el cumplimiento de requisitos de procesabilidad previos para el ejercicio de una determinada acción jurisdiccional, los que se encuentran establecidos precisamente en resguardo de la garantía del debido proceso. Cita a modo de ejemplo 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.

En tercer término, en relación a la garantía contemplada en el N° 24° del artículo 19 de la Constitución, se remite al argumento anterior en orden a que resulta incuestionable que el dar cumplimiento al proceso de mediación previa al ejercicio de acciones jurisdiccionales suspende los plazos de prescripción que pudieren estar corriendo, por lo que no puede verse afectado el derecho de propiedad, sosteniendo, de contrario, que la mediación previa y obligatoria es una instancia que busca resolver los conflictos en forma expedita, permitiendo que la persona que se sienta dañada con el otorgamiento de alguna prestación de salud logre una rápida y satisfactoria reparación de los perjuicios que reclama, constituyéndose así en una eficaz herramienta de protección del derecho de propiedad.

Sostiene en definitiva que el proceso de mediación previo y obligatorio establecido en la norma impugnada no vulnera las garantías antes analizadas ni ninguna otra, resultando imposible configurar un vicio de

inconstitucionalidad que infrinja el numeral 26° del artículo 19 de la Constitución, ya que aún en el improbable evento de que se estime que limita alguna garantía constitucional, ello no sólo se encuentra autorizado en la Carta Fundamental, en cuanto permite a la ley establecer diferencias cuando ellas obedezcan al amparo o protección de bienes jurídicos superiores, sino que además no afecta los derechos en su esencia y tampoco impone condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

Finalmente, señala que en el recurso de casación en el fondo, que constituye la gestión pendiente, sólo se denunció una presunta infracción de dos normas de procedimiento, a saber, los artículos 83 y 303 del Código de Procedimiento Civil, sin que se hiciera alegación alguna respecto de la norma impugnada en el presente requerimiento -artículo 43 de la Ley N° 19.966- resultando, en consecuencia, del todo irrelevante su declaración de inaplicabilidad para la resolución de la gestión pendiente.

A fojas 171 evacuó el traslado la parte del doctor Jorge Villablanca Martínez y solicitó el rechazo del requerimiento con expresa condena en costas.

Reitera los argumentos antes expuestos y en cuanto a la garantía constitucional asegurada en el N° 2° del artículo 19 sostiene, en síntesis, que ésta no se encuentra vulnerada en lo más mínimo por la aplicación de los incisos primero y segundo del artículo 43 de la Ley N° 19.966, por cuanto su existencia no hace distinción arbitraria alguna.

En relación a la garantía de la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, contemplada en el N° 3° del artículo 19 de la Constitución, señala que es erróneo afirmar que la norma impugnada infrinja el libre e igualitario acceso a la justicia por obligar a recurrir a una instancia prejudicial previa, ya que este requisito no limita el ejercicio del derecho a obtener la protección

jurisdiccional que la Carta Fundamental otorga a cada persona.

Manifiesta, por otro lado, que carece de sustento jurídico sostener que se infringe el derecho de propiedad por imponer requisitos para el ejercicio de las acciones jurisdiccionales, ya que la existencia de este requisito previo de mediación no limita ni afecta el ejercicio libre de la acción por parte del titular, por cuanto es de carácter procesal y en el curso de este procedimiento se suspende la prescripción de la acción, lo cual tiene por finalidad proteger el debido y oportuno ejercicio de la acción jurisdiccional. Por el contrario, sostiene que el proceso de mediación previa, al ser un procedimiento abreviado y de bajo costo económico, justamente tiene por objeto proteger la propiedad que se ejerce sobre una acción, ya que busca obtener las mismas pretensiones, reduciendo los costos que implica un proceso judicial de lato conocimiento.

Finalmente, en cuanto a la garantía del 19 N° 26, sostiene que la aplicación de la norma impugnada no puede afectar, en su esencia, los derechos establecidos en el artículo 19 de la Constitución. No obstante, concluye, para el evento de estimar este Tribunal que el requisito afecta las garantías constitucionales, es fundamental tener presente que la requirente solicitó el proceso de mediación, como se desprende de los documentos que acompaña, lo que deja en evidencia que aceptó dicha norma al requerir la intervención de un tercero.

A fojas 176, por resolución de 18 de octubre de 2011, se ordenó traer los autos en relación y con fecha 5 de abril del año en curso se llevó a efecto la vista de la causa, alegando los abogados señores Jaime Varas, por la requirente; Marcelo Castillo, por Clínica Indisa; Pedro Pablo Hansen, por el doctor Hugo Ramírez; Claudia Huerta,

por el doctor Iván Pinto, y Erasmo Recabarren, por don Jorge Villablanca.

CONSIDERANDO:

I. El conflicto de constitucionalidad sometido a esta Magistratura.

PRIMERO: Que el artículo 93, inciso primero, N° 6°, de la Constitución Política de la República dispone que es atribución del Tribunal Constitucional *“resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”*;

SEGUNDO: Que la misma norma constitucional expresa, en su inciso undécimo, que, en este caso, *“la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto”* y agrega que *“corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley”*;

TERCERO: Que, como se ha indicado en la parte expositiva, doña Pamela de las Mercedes Bahamondes Moreno ha solicitado a esta Magistratura la declaración de inaplicabilidad de los incisos primero y segundo del artículo 43 de la Ley N° 19.966, que establece el Régimen de Garantías de Salud, en la causa sobre indemnización de perjuicios por negligencia médica, de que conoce actualmente la Corte Suprema bajo el Rol N° 5195-2011, como consecuencia de haberse deducido recurso de casación en el fondo contra la sentencia de segunda instancia que confirmó

lo resuelto por el 11° Juzgado Civil de Santiago, que acogió, en todas sus partes, el incidente de nulidad de todo lo obrado interpuesto por los demandados. Lo anterior, en razón de haberse omitido el trámite de la mediación antes de deducir la aludida demanda de indemnización de perjuicios.

En consecuencia, una persona debidamente legitimada - la demandante en el proceso por indemnización de perjuicios- ha requerido la inaplicabilidad de un precepto legal, existiendo una gestión pendiente ante la Excm. Corte Suprema en que dicho precepto podría recibir aplicación;

CUARTO: Que la gestión judicial individualizada precedentemente tiene su origen en las lesiones sufridas por la demandante de indemnización de perjuicios y requirente en estos autos y por su hija, a causa de haberse incumplido los deberes de diligencia y cuidado que debían haber rodeado la atención médica del parto de su hija, todo ello en virtud del contrato de hospitalización celebrado;

QUINTO: Que aun cuando ha sido reproducido en la parte expositiva, conviene recordar que los incisos del precepto legal reprochado señalan lo siguiente:

“El ejercicio de las acciones jurisdiccionales contra los prestadores institucionales públicos que forman las redes asistenciales definidas por el artículo 16 bis del decreto ley N° 2.763, de 1979, o sus funcionarios, para obtener la reparación de los daños ocasionados en el cumplimiento de sus funciones de otorgamiento de prestaciones de carácter asistencial, requiere que el interesado, previamente, haya sometido su reclamo a un procedimiento de mediación ante el Consejo de Defensa del Estado, el que podrá designar como

mediador a uno de sus funcionarios, a otro en comisión de servicio o a un profesional que reúna los requisitos del artículo 54.

En el caso de los prestadores privados, los interesados deberán someterse a un procedimiento de mediación ante mediadores acreditados por la Superintendencia de Salud, conforme a esta ley y el reglamento, procedimiento que será de cargo de las partes. Las partes deberán designar de común acuerdo al mediador y, a falta de acuerdo, la mediación se entenderá fracasada.”;

SEXTO: Que, como se lee en el requerimiento y ha sido ratificado en estrados, la solicitud de inaplicabilidad del precepto legal transcrito se funda en que su aplicación en la gestión judicial ya descrita en el considerando tercero vulneraría el artículo 19, N°s 2°, 3°, 24° y 26°, de la Carta Fundamental, los que se analizarán separadamente para fundar la decisión a la que este Tribunal arribará en definitiva.

Con todo, se hace necesario precisar que este Tribunal entiende que los vicios de constitucionalidad denunciados en el requerimiento dicen relación, particularmente, con el inciso segundo del artículo 43 de la Ley N° 19.966, esto es, con aquellos conflictos que persiguen la reparación de daños ocasionados en el otorgamiento de prestaciones de salud por parte de prestadores privados. En efecto, según se lee en la demanda de indemnización de perjuicios deducida por la requirente ante el 11° Juzgado Civil de Santiago, y que rola a fojas 15 y siguientes de estos autos, los daños que ella y su hija habrían experimentado por negligencia médica se habrían originado en la atención recibida en las Clínicas Las Violetas e INDISA, respectivamente, ambas de carácter privado;

II. Cuestión previa.

SÉPTIMO: Que, pese al pronunciamiento expedido por la Segunda Sala de este Tribunal, con fecha 5 de septiembre de 2011, y atendido que algunos de los requeridos en la presente causa de inaplicabilidad han insistido, en estrados, en que los incisos impugnados del artículo 43 de la Ley N° 19.966 no constituirían preceptos de aplicación decisiva en la gestión pendiente que motiva este proceso constitucional, esto es, en el recurso de casación en el fondo que se encuentra pendiente ante la Excma. Corte Suprema, resulta necesario resolver esta alegación antes de entrar al fondo del conflicto planteado a la decisión de este Tribunal;

OCTAVO: Que, para sostener la alegación precedente, se ha recordado que, en el aludido recurso de casación en el fondo, se afirma que la sentencia interlocutoria de segunda instancia que confirmó lo resuelto por el 11° Juzgado Civil de Santiago, ha *“dejado sin aplicación los artículos 83 y 303 N° 6 del Código de Procedimiento Civil, y ha aplicado una sanción de nulidad de todo lo obrado que no tiene ningún fundamento legal”* (fojas 48 y 49). De dicha afirmación concluyen algunos de los requeridos que el recurso de casación en el fondo deducido por la requirente no tiene relación con el artículo 43 de la Ley N° 19.966, cuyos dos primeros incisos han sido impugnados en este proceso constitucional;

NOVENO: Que para desechar la referida alegación basta recordar que la parte petitoria del recurso de casación que pende ante la Corte Suprema solicita que se acoja en todas sus partes dicho recurso y que se *“dicte la correspondiente sentencia de reemplazo que la revoque y que resuelva precisa y específicamente que se rechazan las incidencias de nulidad de todo lo obrado en autos, interpuesta por una*

parte de los demandados, y que se acogen las excepciones dilatorias también opuestas en primera instancia.” (Fojas 49).

Por su parte, en el cuerpo del escrito aludido, se indica que “[l]a ley 19.996 (sic) (...) no señala en ninguna parte que la omisión del trámite de mediación prejudicial sea sancionada con la nulidad absoluta de todo lo obrado en autos” y que “la omisión del trámite de mediación es un vicio de carácter subsanable, y que los incidentistas de nulidad de todo lo obrado debieron interponer las respectivas excepciones dilatorias (...)” (fojas 45). Lo anterior para demostrar que no se configuraría el supuesto contemplado en el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil para declarar la nulidad procesal, en todos aquellos casos en que exista un vicio que irroque a alguna de las partes un perjuicio reparable sólo con la declaración de nulidad;

DÉCIMO: Que, como puede observarse, la Corte Suprema, al resolver el recurso de casación en el fondo deducido por la parte demandante en la gestión pendiente, deberá tener presente el artículo 43 de la Ley N° 19.966, cuyos dos primeros incisos han sido impugnados en esta oportunidad, a fin de decidir si la omisión de la mediación en él contemplada configura o no un vicio reparable sólo con la nulidad procesal, como lo han resuelto los sentenciadores de primera y de segunda instancia.

Bajo tal perspectiva se cumple el criterio sentado por este Tribunal Constitucional en el sentido de que “para realizar el juicio de constitucionalidad basta que el juez que conoce de la gestión pendiente tenga la posibilidad de aplicar dicho precepto en la decisión que ha de adoptar y que, al hacerlo, pueda vulnerarse la Constitución, independientemente de que existan otros preceptos legales que también pueda considerar, los que deben estar asimismo indiscutiblemente subordinados a la Constitución.” (STC

roles N°s 634, considerando 8°; 790, considerando 7°; 808, considerando 7°; 943, considerando 9°; 1046, considerando 8°);

DECIMOPRIMERO: Que las consideraciones precedentes llevan a rechazar la alegación sostenida en estrados en orden a que la aplicación del precepto legal impugnado no resulta decisiva en la gestión pendiente de que conoce la Corte Suprema;

III. De la mediación en la ley sobre régimen de garantías de salud.

DECIMOSEGUNDO: Que la norma impugnada en estos autos se ubica dentro del Párrafo II -“De la mediación”- del Título III de la Ley N° 19.966, que establece un Régimen de Garantías en Salud, párrafo que fue introducido durante la tramitación del referido cuerpo legal a raíz de una indicación formulada por S.E. el Presidente de la República (indicación N° 100).

Como consta en el Informe de la Comisión de Salud del Senado, durante el segundo trámite constitucional de dicho proyecto de ley, *“la Comisión valoró la incorporación de una instancia de mediación, por considerar que ésta constituye una herramienta novedosa y efectiva para alcanzar acuerdos en los conflictos de los afiliados y beneficiarios con los prestadores de salud.”* En particular, se tuvo presente que:

- El proyecto de ley otorgaba derechos -como Garantías Explícitas en Salud- que podían ser exigidos a los prestadores y a los aseguradores y cuyo incumplimiento daba lugar a una indemnización de perjuicios;
- El AUGE podía incrementar exponencialmente los litigios, produciéndose un aumento de la judicialización de los conflictos en el ámbito de la

salud, unido a la posibilidad de que algunos abogados transformaran estos litigios en una fuente generadora de ingresos;

- La mediación había sido recientemente incorporada a la legislación nacional en el proyecto de ley sobre Tribunales de Familia (Historia de la Ley N° 19.966, págs. 796 y 797);

DECIMOTERCERO: Que, por su parte, debe destacarse la intervención del Ministro de Salud de la época, en el mismo trámite parlamentario, cuando señaló que *“los conflictos en el sector salud no se agotan en el ámbito pecuniario y alcanzan, a menudo, aspectos más personales, como el trato y la empatía hacia el usuario”* (pág. 797). Agregó que *“la mediación contribuiría a enfrentar no todos, pero sí un número significativo de conflictos que se generan a partir de la falta de confianza en la relación médico-paciente, considerada en términos amplios.”* (pág. 798).

En el mismo sentido, y al informar el proyecto ante la Sala del Senado, en el segundo trámite constitucional, el senador Mariano Ruiz-Eskvide resumió los objetivos buscados con la introducción de la mediación para resolver los conflictos entre los prestadores de salud y los beneficiarios del sistema, en los siguientes términos: sostuvo que se trataba de *“evitar la judicialización excesiva de las acciones de medicina, o de las negligencias, o de los errores. Segundo, procurar que la persona sea objeto de un litigio más razonable, sin que deba soportar todo el peso del eventual daño y, además, acudir a los procedimientos de la justicia, donde la mayormente perjudicada es la parte más débil. Y tercero, tratar de que, en lo posible, no se produzca la demanda exagerada que de repente vemos registrarse en esta materia, lo que puede llevar a situaciones muy difíciles, como la permanente acción, sin ninguna justificación real, contra los hospitales.”* (pág. 923);

DECIMOCUARTO: Que, como puede observarse, el legislador tuvo particularmente presente, al instituir el trámite de la mediación previa en estos casos, 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 que la acción directa ante los tribunales que, además, podía generar una excesiva judicialización de este tipo de conflictos. Se pensaba, en efecto, que muchos conflictos jurisdiccionales podían ser evitados llegando a arreglos previos a través del sistema de mediación.

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

Así se ha señalado que en el caso de la mediación que ejecuta el Consejo de Defensa del Estado, en el supuesto contemplado en el inciso primero del artículo 43 de la Ley N° 19.966, su función *“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 se 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.”* (Gutiérrez Araque, María José. “La mediación en salud y el acceso a la justicia”. En: Revista de Derecho. Consejo de Defensa del Estado, N° 20, diciembre 2008, pág. 132).

Entretanto, se ha precisado que *“otra característica esencial de la mediación es la no obligatoriedad del acuerdo, el mediador carece de imperium del que gozan los*

tribunales de justicia para hacer cumplir sus resoluciones." (Ruiz Guridi, Lorena. "La mediación". En: Revista de Derecho. Universidad Católica de la Santísima Concepción, XI, N° 11, 2003, p. 155);

DECIMOQUINTO: Que, congruente con lo expresado, el inciso final del artículo 43 de la Ley N° 19.966 definió a la mediación como *"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."* El artículo 53 de la misma ley, en su inciso primero, añadió que: *"En caso de llegar a acuerdo, se levantará un acta firmada por las partes y el mediador. En ella se describirán los términos del acuerdo, las obligaciones que asume cada una de las partes y la expresa renuncia del reclamante a todas las acciones judiciales correspondientes. El acta surtirá los efectos de un contrato de transacción."*

A su turno, el artículo 45, en su inciso final, prescribe que *"durante el plazo que dure la mediación se suspenderá el término de prescripción, tanto de las acciones civiles como de las criminales a que hubiere lugar."* Ello pone de manifiesto que la mediación no impide el ejercicio posterior de las acciones judiciales correspondientes en el caso de que la mediación fracase. Sólo en el evento en que ésta sea exitosa debe contemplarse la expresa renuncia del reclamante a las acciones judiciales correspondientes.

En la historia fidedigna de la Ley N° 19.966 se entendió que el acta que pone fin al proceso de mediación, con los efectos atribuidos en la parte final del inciso primero del artículo 53, tendría los efectos de un equivalente jurisdiccional. Además se dejó constancia expresa de que la renuncia de las acciones judiciales correspondientes, en caso de éxito de la mediación, no

alcanzaba a las acciones y derechos irrenunciables respecto de los cuales la ley no permite transigir;

DECIMOSEXTO: Que, teniendo presentes las explicaciones precedentes, se procederá a examinar cada una de las infracciones constitucionales denunciadas en el requerimiento;

IV. Infracción al derecho a la igualdad ante la ley.

DECIMOSÉPTIMO: Que un primer vicio de constitucionalidad denunciado por la requirente se refiere a que la aplicación de los incisos primero y segundo de la Ley N° 19.966 sería contraria a lo dispuesto en el artículo 19, N° 2°, de la Carta Fundamental, que consagra el derecho a la igualdad ante la ley.

La actora fundamenta su aserto en que la norma impugnada establece una diferencia entre los distintos titulares de derechos a demandar perjuicios por responsabilidad de los prestadores de servicios de otras clases, en las cuales la mayoría de ellos no debe iniciar una gestión de mediación en forma previa al ejercicio de las acciones jurisdiccionales para obtener la respectiva indemnización. Califica dicha diferencia de arbitraria en la medida que: a) la responsabilidad por negligencia médica es una más de las responsabilidades en que se puede incurrir como consecuencia del actuar humano; sin embargo, los afectados por ella son los únicos que deben iniciar un procedimiento de mediación en forma previa a demandar, y b) la requirente se encuentra obligada a efectuar el trámite previo de la mediación en circunstancias que al intentar, previamente, la interposición de una querrela criminal y haber anunciado una acción civil por la negligencia médica de que ella y su hija habrían sido objeto, se pudo apreciar la falta de acuerdo entre las partes;

DECIMOCTAVO: Que para decidir sobre esta primera infracción constitucional, debe recordarse que lo que

impide el inciso segundo del artículo 19, N° 2°, de la Constitución Política es que la ley o alguna autoridad establezcan “diferencias arbitrarias.” En consecuencia, y como ha sostenido nuestra Magistratura, *“la prohibición de la discriminación arbitraria es una dimensión de la igualdad que no significa que toda diferencia exija un trato legal diferenciado, pues ello haría imposible establecer reglas generales. Lo que la Constitución prohíbe no es hacer diferencias, sino hacer diferencias arbitrarias. No se prohíbe dar trato igual a situaciones diferentes, sino hacerlo arbitrariamente; esto es, sin un fin lícito que lo justifique; lo prohibido es hacerlo sin razonable justificación.”* (STC Rol N° 807, considerando 22°);

DECIMONOVENO: Que, así, para constatar si el artículo 43 de la Ley N° 19.966, en la parte impugnada, pugna con el numeral 2° del artículo 19 de la Carta Fundamental, en su aplicación al juicio sobre indemnización de perjuicios que constituye la gestión pendiente en estos autos, es necesario determinar, en primer término, si existe una diferencia que pueda ser calificada de arbitraria;

VIGÉSIMO: Que la requirente ha iniciado una demanda de indemnización de perjuicios por responsabilidad contractual y, en subsidio, por responsabilidad extracontractual.

En materia contractual, se aplica la regla general del artículo 1546 del Código Civil, que prescribe que *“los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella.”* El artículo 1556 del mismo Código establece, por su parte, que *“la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.”*

Exceptúanse los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente."

La regla general en materia de responsabilidad extracontractual se contiene en el artículo 2314 del Código Civil, según el cual *"el que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito."* El artículo 2329 del mismo Código indica, por su parte, que: *"Por regla general, todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta."*

Acierta, pues, la requirente cuando sostiene que la responsabilidad por negligencia médica es una más de las responsabilidades, ya sea contractual o extracontractual, en que se puede incurrir como consecuencia del actuar humano, pero no lo hace cuando sostiene que los afectados por ella son "los únicos" que deben iniciar un procedimiento de mediación en forma previa a demandar;

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: *"Las (demandas)relativas al derecho de alimentos, cuidado personal y al derecho de los padres e hijos e hijas que vivan separados a mantener una relación directa y regular, aun cuando se deban tratar en el marco de una acción de divorcio o separación judicial, deberán someterse a un procedimiento de mediación previo a la interposición de la demanda, el que se regirá por las normas de esta ley y su reglamento."* (Artículo 106, inciso primero).

Por su parte, y en materia laboral, la Orden de Servicio N° 1, de 20 de enero de 2002, de la Dirección del Trabajo, crea y ordena un sistema de solución alternativa de conflictos laborales colectivos, que incluye la mediación, sin que se pretenda *“desplazar la justicia administrada por el aparato público, sino que se busca generar acuerdos por una vía confiable, rápida, económica y ajustada a los cambios sociales, tecnológicos y económicos en curso, al mismo tiempo de reconocer que existe la urgente necesidad de que el ciudadano disponga de opciones válidas, que atiendan a la amplia gama de conflictos existentes, muchos de los cuales podrían tratarse de manera más eficiente con métodos participativos y directos. Con ello se reduce el número de litigios tramitados en el sistema judicial facilitando su funcionamiento.”* (Fundamentos, letra g));

VIGESIMOSEGUNDO: Que, en este contexto, puede sostenerse que el sistema de mediación previa en los reclamos que se pretendan deducir para obtener la reparación de perjuicios por daños provocados por una negligencia de un prestador de salud, en el contexto de la Ley N° 19.966, introduce una diferencia frente a la posibilidad de impetrar directamente esa reparación ante los tribunales de justicia, en conformidad a las reglas generales de responsabilidad que establece el Código Civil. Sin embargo, no se trata de una única diferencia, sino que ella es aplicable también a otras situaciones que, como las que se han reseñado, propenden a disminuir o evitar la judicialización de conflictos de común ocurrencia en la vida cotidiana, con el consiguiente beneficio para los propios afectados.

Constatado, entonces, que, en la aplicación de las normas impugnadas en estos autos, se produce una diferencia -aunque no única-, resta determinar si ella es arbitraria o carente de razonabilidad;

VIGESIMOTERCERO: Que, en el sentido indicado, la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional ha señalado que el test de razonabilidad se construye en estos casos sobre la base de la constatación de tres elementos: a) si la diferencia es necesaria desde el punto de vista de la finalidad que tuvo el legislador al establecerla; b) si la diferencia es, además, adecuada e idónea en relación con el fin perseguido; y c) si, por último, la diferencia es tolerable por el destinatario (STC roles N°s 790, 986, 1046, 1061, 1182, 1234, 1340, entre otras);

VIGESIMOCUARTO: Que en torno al primer requisito, esto es, que la diferencia sea necesaria, la evocación de los fundamentos del establecimiento de la mediación previa en la Ley N° 19.966, realizada en el Capítulo III de esta sentencia, deja en evidencia que el propósito esencial que ha animado al legislador, en este caso, es evitar la judicialización de los conflictos, protegiendo, al mismo tiempo, a la parte más débil en la prestación de salud, que es el usuario. Para esos efectos se instituye la mediación como un procedimiento más accesible y simplificado que evita el costo de un procedimiento judicial que, adicionalmente, suele ser de extensa duración. Bajo esta perspectiva no cabe, a juicio de este Tribunal, cuestionar la necesidad de la mediación previa en los conflictos que puedan suscitarse entre los usuarios y los prestadores de los servicios de salud;

VIGESIMOQUINTO: Que en lo que atañe al segundo requisito -la adecuación e idoneidad del procedimiento de mediación previa-, por la misma razón antes expresada, no se divisa razón para estimar que tales parámetros no se cumplen en la especie, toda vez que, como se ha expresado, la mediación tiene por objeto propender a que las partes lleguen a una solución extrajudicial de la controversia con los efectos propios de una transacción. Por ende, a través de la mediación, se tiende a poner de acuerdo a las partes

logrando, en caso de existir fundamento para ello, que el usuario obtenga la reparación correspondiente por una vía fácil y expedita;

VIGESIMOSEXTO: Que, por último, en relación con el requisito de que la mediación previa resulte tolerable para el destinatario, debe sostenerse que él también se cumple en este caso, pues la mediación no impide el acceso a la justicia ni tampoco obstaculiza la reparación que se persigue. No impide el acceso a la justicia porque, como señala el inciso final del artículo 45 de la Ley N° 19.966, durante el plazo que dure la mediación se suspenderá el término de prescripción, tanto de las acciones civiles como de las criminales a que hubiere lugar. Así, el reclamante no ve cercenada la posibilidad de que se haga justicia en su favor, pudiendo recurrir a la justicia con posterioridad al desarrollo de un proceso de mediación que ha fracasado.

Por la misma razón anterior, la exigencia de acudir en forma previa a la mediación, antes de deducir las acciones judiciales que procedan, no impide la reparación que se pretende, pues la mediación tiende precisamente a ello, por cierto, si existe debido fundamento. Si aun existiendo ese fundamento, la mediación fracasa, queda igualmente abierto el camino para deducir las acciones judiciales que procedan.

En consecuencia, no puede sostenerse que la exigencia que se comenta sea intolerable para el destinatario de la diferencia si, como se ha visto, no impide la satisfacción de su pretensión;

VIGESIMOSÉPTIMO: Que, por las razones anotadas, se desechará la alegación referida a la infracción al derecho a la igualdad ante la ley y así se declarará;

V. Infracción al derecho a la igualdad de acceso ante la justicia.

VIGESIMOCTAVO: Que la requirente ha sostenido, por otra parte, en su libelo, que la aplicación de los incisos primero y segundo del artículo 43 de la Ley N° 19.966, en la gestión pendiente de que se trata, vulnera la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, consagrada en el artículo 19, N° 3°, de la Carta Fundamental. Afirma, en este sentido, que *“todas las personas tienen que tener la posibilidad real de acceder igualitariamente a la justicia, y no ver limitados sus derechos con requisitos de actuaciones judiciales previas”*. Sobre esa base sostiene que *“la norma impugnada supone una fuerte cortapisa a la libertad de las personas para demandar perjuicios causados por negligencia médica, obligándome a una instancia prejudicial previa, vulnerando así la garantía del libre e igualitario acceso a la justicia.”* (Fojas 9);

VIGESIMONOVENO: Que, respecto de la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, esta Magistratura ha afirmado que *“el derecho de las personas a acceder libremente a un tribunal de justicia para la protección de sus derechos, también conocido en la doctrina moderna como derecho a la tutela judicial efectiva, es uno de los derechos asegurados por el N° 3° del artículo 19 de la Constitución, pues, aunque no esté designado expresamente en su texto escrito, 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 el 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.” (STC roles N°s 792, 815, 946, 1382, 1356, 1391 y 1418, entre otras).

En otras palabras, la igualdad en el ejercicio de los derechos supone el derecho a acceder a la jurisdicción para satisfacer la pretensión que sustenta un justiciable. Desde ese punto de vista, la satisfacción de esa pretensión a través del proceso no debe experimentar impedimentos u obstáculos que, en definitiva, coarten el acceso a la justicia.

En el mismo sentido, debe tenerse en cuenta que este Tribunal ha sostenido que *“toda persona tiene derecho a recurrir al juez en demanda de justicia, pues es la compensación por haberse prohibido la autotutela como solución para los conflictos. La solución de los conflictos a través del proceso cumple dos objetivos: la satisfacción de los intereses subjetivos de los involucrados; y la actuación del derecho objetivo para mantener la observancia de la ley.”* (STC Rol N° 205, considerando 9°);

TRIGÉSIMO: Que, en el presente caso, no puede sostenerse válidamente que la requirente haya visto obstaculizada la igualdad en el libre ejercicio de sus derechos -también conocida como igualdad ante la justicia-, pues, como se ha explicado en el capítulo que precede, el acceso a la mediación previa al planteamiento de su reclamo judicial de indemnización de perjuicios, suspende el plazo de prescripción de las acciones civiles y criminales que procedan, por expresa disposición del inciso final del artículo 45 de la Ley N° 19.966. De esa forma, aunque la mediación fracase, la requirente no queda impedida de acceder a los tribunales ordinarios para obtener la satisfacción de su pretensión.

Además, debe tenerse presente la naturaleza de la mediación como equivalente jurisdiccional, tal y como fue destacado en el debate parlamentario que dio origen a la aprobación de la Ley N° 19.966. Los equivalentes jurisdiccionales han sido definidos como aquellos actos que, sin haber emanado de la jurisdicción de los tribunales de justicia, resuelven un conflicto jurídico **con efectos equivalentes a los que produce una sentencia emanada de un órgano jurisdiccional**. Dentro de los equivalentes jurisdiccionales, la doctrina nacional generalmente identifica a la transacción, la conciliación, al avenimiento y a la sentencia extranjera.

Ya se ha recordado que, conforme al inciso primero del artículo 53 de la Ley N° 19.966, el acta que pone término a los procesos de mediación contemplando el acuerdo de las partes, *"surtirá los efectos de un contrato de transacción."* Desde esa perspectiva, no cabe duda que la mediación, en cuanto equivalente jurisdiccional, está destinada, precisamente, a resolver el conflicto jurídico de que se trata, dando satisfacción a la pretensión sustentada por quien se sienta afectado por una prestación de salud inadecuada, insuficiente o dañina, como en el caso analizado en esta oportunidad;

TRIGESIMOPRIMERO: Que, por lo demás, cabe tener en cuenta que la propia requirente, pese a su impugnación en esta sede, ha invocado la mediación de la Superintendencia de Salud, al amparo de lo establecido en los artículos 43 y siguientes de la Ley N° 19.966. Así consta del Oficio (Ord.) N° 11.231, de diciembre de 2010, emanado de la Superintendencia de Salud y que rola a fojas 174 de estos autos. Aun cuando dicha solicitud se efectuó con posterioridad a la presentación de la demanda de indemnización de perjuicios ante el 11° Juzgado Civil de Santiago -el 22 de diciembre de 2009-, ella revela, inequívocamente, la intención de la requirente de someterse

al procedimiento de mediación regulado por las normas que ahora impugna, lo que 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;

TRIGESIMOSEGUNDO: Que, así, aun cuando, en la especie, la mediación contemplada en el inciso segundo del artículo 43 de la Ley N° 19.966 impone una exigencia previa al ejercicio de las acciones jurisdiccionales contra prestadores privados de salud, no puede estimarse que vulnere la igualdad en el ejercicio de los derechos de la requirente, pues queda a salvo la posibilidad de deducir las acciones civiles y criminales respectivas en caso que la mediación fracase. Por el contrario, si ella es exitosa, se habrá resuelto el conflicto suscitado a través de un equivalente jurisdiccional cuyos efectos se asimilan a los de una sentencia pronunciada por un órgano jurisdiccional. Por estas razones, esta alegación será también rechazada y así se declarará;

VI. Infracciones al derecho de propiedad y a la protección a la esencia de los derechos que la Constitución garantiza.

TRIGESIMOTERCERO: Que, asimismo, la actora ha alegado que la aplicación de los incisos primero y segundo del artículo 43 de la Ley N° 19.966, en el recurso de casación en el fondo de que conoce actualmente la Corte Suprema, vulnera el derecho de propiedad asegurado en el artículo 19, N° 24°, de la Constitución Política. Ello, porque, por la vía indirecta de imponer requisitos para el ejercicio de las acciones jurisdiccionales, puede privarse al afectado del derecho de propiedad sobre sus derechos y acciones legales, bienes que se encuentran incorporados a su

patrimonio y de los que debe poder disponer y ejercer libremente (fojas 10);

TRIGESIMOCUARTO: Que, como se ha sostenido en los capítulos anteriores, el hecho de que la requirente deba someter a mediación previa su reclamo de indemnización por los daños sufridos como consecuencia de la acción de prestadores privados de salud, no significa, en modo alguno, que pierda el derecho a interponer las acciones civiles y criminales que procedan, en caso de que la mediación fracase. Así se desprende del inciso final del artículo 45 de la Ley N° 19.966, que suspende la prescripción de dichas acciones mientras dure el proceso de mediación. En consecuencia, si éste no se traduce en un acuerdo entre las partes, la afectada podrá impetrar las acciones judiciales que procedan, sin que su derecho de propiedad sobre dichas acciones se vea menoscabado.

Por esta razón, este Tribunal desechará la infracción al derecho de propiedad alegada por la requirente y así lo declarará;

TRIGESIMOQUINTO: Que, finalmente, el requerimiento plantea una infracción a la protección que la Constitución brinda a la esencia de los derechos, en el numeral 26° de su artículo 19, impidiendo, al mismo tiempo, imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio. En palabras de la requirente, *“la mediación perjudicial (sic) me impone como tributo emplazar doblemente a los demandados para lograr que la sede jurisdiccional falle de conformidad a derecho la responsabilidad de los demandados en la mala praxis médica que me causó daños a mí y a mi hija. Esta condición, requisito o tributo contenido en la disposición legal que contempla la ley de régimen de garantías de salud, afecta el derecho de propiedad y el derecho a la igualdad ante la ley (...).”* (Fojas 11 y 12);

TRIGESIMOSEXTO: Que lo que se ha venido razonando en esta sentencia lleva a descartar asimismo la alegación formulada por la requirente en este punto, pues si, como se ha sostenido, la aplicación de los incisos primero y segundo del artículo 43 de la Ley N° 19.966 a la gestión pendiente, no resulta contraria a la igualdad ante la ley, a la igualdad en el ejercicio de los derechos y al derecho de propiedad, mal podría sostenerse, ahora, que se afecta la esencia de los mismos. En efecto, no se divisa cómo el recurso a la mediación previa puede privar a aquellos derechos de lo que les es consustancial al punto de tornarlos irreconocibles, ni tampoco que los someta a exigencias que los hagan irrealizables, los entraben más allá de lo razonable o los priven de tutela jurídica, según los criterios sentados por este Tribunal para explicar los alcances del artículo 19, N° 26°, de la Carta Fundamental (STC roles N°s 43, considerando 21°, y 200, considerando 4°).

Por el contrario, debe insistirse, una vez más, en el hecho de que el recurso a la mediación previa no priva, agota ni limita el ejercicio de las acciones jurisdiccionales tendientes a obtener la reparación de una negligencia médica proveniente, en este caso, de prestadores privados, sino que sólo lo suspende mientras se desarrolla el proceso de mediación. Si ésta es exitosa, no será necesario deducir dichas acciones, mientras que si fracasa, quedará expedito el camino para impetrarlas conforme a las reglas generales.

En consecuencia, este Tribunal desechará también la infracción de la protección de la esencia de los derechos mencionados por la requirente, y así lo declarará.

Y TENIENDO PRESENTE lo prescrito en los artículos 19, números 2°, 3°, 24° y 26°, y 93, incisos primero, N° 6, y undécimo, de la Constitución Política de la República, como

asimismo en los artículos 30 y 31 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal,

SE RESUELVE:

- 1.- QUE SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD DEDUCIDO A FOJAS UNO.**
- 2.- QUE SE DEJA SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA A FOJAS 142. Ofíciase Al efecto a la Excma. Corte Suprema.**
- 3.- QUE NO SE CONDENA EN COSTAS A LA REQUERENTE POR ESTIMAR EL TRIBUNAL QUE HA TENIDO MOTIVOS PLAUSIBLES PARA LITIGAR.**

Se previene que el Ministro señor Francisco Fernández **Fredes** concurre a lo resuelto sin compartir lo sustentado en los considerandos noveno al undécimo de esta sentencia, toda vez que, en su opinión, el libelo de autos debió declararse improcedente por no resultar los preceptos impugnados de aplicación decisiva en la gestión pendiente, misma que es dilucidable con la sola aplicación de los artículos 83 y 303 N° 6 del Código de Procedimiento Civil, según se desprende del contenido del recurso de casación en el fondo que la constituye.

Acordada con el voto en contra de los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, Enrique Navarro Beltrán e Iván Aróstica Maldonado, 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, toda vez que, al contemplar una mediación obligatoria 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, al establecer que esa mediación tenga lugar fuera del Poder Judicial, infringe su artículo 76, inciso primero, según pasan a explicar.

1°) Que, como subraya la mayoría, la génesis de la norma objetada (Boletín 2947-11) es elocuente respecto a los objetivos perseguidos por esa mediación, los cuales se sintetizan en el doble propósito de “evitar la judicialización injustificada y excesiva”, y de “propender a que las partes lleguen a un acuerdo extrajudicial”.

Luego, el acto de voluntad legislativa materializado, en definitiva, en la Ley N° 19.966 (3.9.2004), evidentemente tuvo por objeto alterar un statu quo y producir un determinado cambio hacia el futuro: en unos asuntos de naturaleza litigiosa que antes entraban a ser conocidos directa e inmediatamente por los tribunales del Poder Judicial, según las reglas comunes, ahora, en virtud de esta nueva ley, sólo para esta clase de negocios, se intercala una previa mediación forzosa (artículo 43 inciso segundo), a desarrollarse en una esfera administrativa (artículo 44, inciso segundo) y con vocación proclive a que las partes “lleguen a una solución extrajudicial de la controversia” (artículo 43, inciso tercero), merced a la suscripción de un acta final que “surtirá los efectos de un contrato de transacción” (artículo 53, inciso primero). Todo lo cual supone, obviamente, predisponer al afectado a que decline algunas de sus reclamaciones y haga ciertas concesiones;

2°) Que, de otra parte y, sin embargo, para “la protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”, sea que se pretenda la declaración, reconocimiento, salvaguarda o ejecución de los mismos, el artículo 19, N° 3°, de nuestra Carta Fundamental asegura a todas las personas el acceso sin más trabas ni demoras a la Judicatura y su

correspondiente juez natural (STC Rol N° 792 y sus reiteraciones), cuyo correlato, el artículo 76 del mismo texto supremo concibe como la jurisdicción, esto es el poder-deber que le asiste “exclusivamente” a los órganos del Poder Judicial para “conocer y resolver” toda clase de contiendas sobre bienes o derechos, precisamente con miras a brindar una “pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República”, conforme afianza al sistema judicial chileno el artículo 77 constitucional;

3°) Que, invariablemente (STC roles N°s 205, 437, 792, 968, entre otros), esta Magistratura ha insistido en que el acceso a la Justicia configura una garantía insustituible, irremplazable, precisamente porque de ello depende la protección real y efectiva de los pertinentes derechos.

Carecería de sentido que la Carta Fundamental -ha dicho- se hubiese esmerado en asegurar la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, así como los derechos a la defensa jurídica, a ser juzgado por el juez natural y a un justo y racional procedimiento, si no partiera de la base de la existencia de un derecho anterior a todos ellos y que es presupuesto básico para su vigencia, cual es el derecho de toda persona a presentarse ante el juez, a ocurrir a los tribunales, sin estorbos o condiciones que lo dificulten, retarden o impidan arbitraria e ilegítimamente (Rol N° 968);

4°) Que así, entonces, asumir a priori que la sola interposición de unas acciones reparatorias puede generar alguna “judicialización injustificada y excesiva”, aparte de configurar una predicción sin fundamento, no puede justificar que al sospechado se lo induzca a depreciar un derecho claro e incuestionable, porque en tal caso no se le estaría asegurando la constitucionalmente debida “protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”.

Pues, justamente para que nadie sea estimulado a devaluar sus legítimos derechos, es que los mecanismos alternativos de solución de controversias, en cuanto son forzados, incluso para los casos más evidentes y menos dudosos, no pueden sino tener lugar dentro y bajo el amparo de los tribunales del Poder Judicial, desde que "exclusivamente" les corresponde "resolver" todos los contenciosos, cualquiera sea su naturaleza o la calidad de las personas que en ellos intervengan, aun si se trata de una madre que reclama cierta indemnización de una clínica privada;

5°) Que resulta incuestionable que el precepto legal impugnado representa una traba, obstáculo o impedimento infundado para acceder a la Justicia. Tanto así que consta en el proceso que la requirente, mediante las resoluciones judiciales cuyas copias rolan a fojas 35 y 41 de este expediente, se ha visto impedida de ejercitar una acción procesal para perseguir la reparación de los daños que se le habrían causado por prestadores de servicios de salud, con el fundamento, precisamente, de que el artículo 43 de la Ley N° 19.966 "impone de manera perentoria, como presupuesto esencial de validez de toda relación jurídico procesal, que antes que se ejerza cualquier acción en que se persiga el resarcimiento de ciertos daños causados por prestadores privados de salud, debe someterse el conocimiento de tales hechos a un proceso de mediación previa ante los mediadores acreditados en la Superintendencia de Salud";

6°) Que una segunda inconstitucionalidad toma forma 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.

Siendo de reiterar que, aun de admitirse la legitimidad de la mediación prejudicial obligatoria, para que sea constitucionalmente aceptable, ella debe llevarse a cabo dentro del Poder Judicial. Entre los autores, Bidart Campos, por ejemplo, sostiene que para que una ley de mediación obligatoria sea constitucional, es imprescindible que la instancia de mediación y los mediadores no dependan del Poder Ejecutivo ni pertenezcan a su órbita, sino que su organización y funcionamiento se radique en la esfera del Poder Judicial, aunque más no sea por una razón constitucional evidente, cual es la prohibición del artículo 109 al Poder Ejecutivo para que no tome injerencia en el Poder Judicial; de hacerlo, viola la división de poderes (Germán Bidart Campos, Nota al fallo: "La mediación prejudicial obligatoria en la órbita del Poder Ejecutivo", en La Ley, 1988-F-467);

7°) Que, sin perjuicio de todo lo dicho, pesa sobre el precepto legal reparado una tercera causal de inconstitucionalidad, que lo anula en su origen, pues la norma que instituyó este mecanismo preceptivo y alternativo de mediación, constitutivo de un "equivalente jurisdiccional" y comoquiera que no se canaliza dentro de la institucionalidad judicial, debió tramitarse en la forma de una ley orgánica constitucional, por imperativo del artículo 77, inciso primero, de la Carta Fundamental. Teniendo presente que, con un criterio análogo, esta Magistratura ha prevenido que sólo en virtud de una ley de ese carácter cabe estatuir arbitrajes forzosos (STC roles N°s 119, 195, 360 y 2191) o comisiones conciliadoras y arbitrales (STC roles N°s 236 y 1536).

Para enseguida observar que, respecto del inciso segundo del artículo 43 de la Ley N° 19.966, durante su

tramitación no fue oída la Corte Suprema, lo que infringe el precedentemente citado artículo 77, ni se sometió al control preventivo de constitucionalidad ante este Tribunal, lo que contraviene el artículo 93, N°1, de la Constitución Política.

Redactó la sentencia la Ministra señora Marisol Peña Torres, la prevención su autor, y la disidencia, el Ministro señor Iván Aróstica Maldonado.

Comuníquese, regístrese y archívese.

Ro1 N° 2042-11-INA.

Sr. Bertelsen

Sr. Vodanovic

Sra. Peña

Sr. Fernández

Sr. Carmona

Sr. Viera-Gallo

Sr. Aróstica

Sr. García

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto, y los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander, José Antonio Viera-Gallo Quesney, Iván Aróstica Maldonado y Gonzalo García Pino.

SE CERTIFICA: que el Ministro Enrique Navarro Beltrán no firma, pese a haber concurrido a la vista de la causa y al acuerdo, por haber cesado en sus funciones.

Autoriza la Secretaria del Tribunal, señora Marta de la Fuente Olguín.