



CONSEJO DE DEFENSA DEL ESTADO

REVISTA DE DERECHO

Diciembre 2005

Nº 14

REVISTA DE DERECHO

editada por el Consejo de Defensa del Estado

“Las expresiones contenidas en los artículos publicados son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no representan, necesariamente, la opinión del Consejo de Defensa del Estado”.

Director Responsable

Arturo Onfray Vivanco (s)

Comité Editorial

Pedro Pierry Arrau

René Moreno Monroy

Crisólogo Bustos Valderrama

Propietario

Consejo de Defensa del Estado®

Representante Legal

Carlos Mackenney Urzúa

Domicilio

Agustinas 1687, Santiago

Registro de Propiedad Intelectual N° 115.310

ISSN N° 0717-5469

Andros Impresores, Santa Elena N° 1955

Santiago, Chile

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	7
<i>Comité Editorial</i>	

A. DOCTRINA

DERECHO ADMINISTRATIVO

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR ACTO ADMINISTRATIVO. COMENTARIO A UNA RECIENTE MONOGRAFÍA ESPAÑOLA	9
<i>Ignacio Rodríguez Fernández</i>	

DERECHO CONSTITUCIONAL

¡FINALMENTE, LA CONSTITUCIÓN FUE REFORMADA!	43
<i>José Luis Cea Egaña</i>	

DERECHO PENAL

PRINCIPIO EDUCATIVO Y (RE)SOCIALIZACIÓN EN EL DERECHO PENAL JUVENIL	57
<i>Jaime Couso Salas</i>	

DERECHO PROCESAL

UNA APROXIMACIÓN DESDE EL CONFLICTO: EL ELEMENTO PENDIENTE EN EL ANÁLISIS DE LA REFORMA A LA JUSTICIA CIVIL EN CHILE	73
<i>Arturo Felipe Onfray Vivanco</i>	

MEDIACIÓN

MEDIACIÓN POR DAÑOS EN SALUD DEL CDE: APOORTE A LA CULTURA DE LA PAZ	105
<i>Pedro Barría Gutiérrez</i>	

B. JURISPRUDENCIA DE INTERÉS

MATERIA ADMINISTRATIVA

Corte de Apelaciones de Santiago. Pesquera San José con Estado de Chile. Recurso de Apelación	191
Corte de Apelaciones de Valdivia. Jessica Díaz Alfaro con Fisco. Recurso de Apelación	199
Corte Suprema. Iglesia de la Unificación con Subsecretaría de Justicia. Recurso de Apelación	203

MATERIA CIVIL

Corte de Apelaciones de Santiago. Valdés con Fisco.
Recursos de Apelación. 227

MATERIA PROCESAL

Corte de Apelaciones de Santiago. Fisco con Reyes.
Recurso de Apelación..... 235

C. RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS..... 245
Arturo Felipe Onfray Vivanco

PRESENTACIÓN

Comité editorial

Se ha estimado adecuado por este Comité Editorial, a partir del presente número de la Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado (CDE), considerar una periodicidad semestral en su publicación, correspondiendo el presente ejemplar al mes de diciembre de 2005. El esquema de la Revista es el ya tradicional, el cual considera tres secciones fundamentales: Doctrina, Jurisprudencia y Recensiones Bibliográficas.

En la sección de Doctrina se incluyen esta vez varios artículos de interés, los cuales reflejan cambios fundamentales en el Derecho finisecular, cuyos ecos siguen presentes hasta hoy y, probablemente, así será aún por muchos años más.

La constitucionalización del Derecho es recogida en las reformas recientes al Tribunal Constitucional, las cuales son analizadas por el Presidente del Excelentísimo Tribunal, José Luis Cea Egaña, quien en su artículo “*¡Finalmente, la Constitución fue reformada!*” revisa los contenidos y fundamentos de los cambios en él introducidos.

El acceso a la justicia se expresa, siguiendo la metáfora de las tres olas de Mauro Cappelletti, en una renovación de las formas de resolución de los conflictos jurídicos, entre las cuales la mediación juega un rol fundamental. Ella, como bien sabemos, se ha constituido en uno de los objetivos estratégicos a desarrollar por el CDE a raíz de las tareas a él encomendadas por la Ley N° 19.966, materia que es analizada por el abogado Jefe de la Unidad de Mediación en Salud del CDE, Pedro Barría Gutiérrez, en su artículo “*Mediación por daños en salud del CDE: Aporte a la Cultura de la Paz*”.

Los conflictos jurídicos exigen nuevas aproximaciones ya sea en su tratamiento como en su prevención, lo cual es abordado por sendos artículos de Jaime Couso Salas, profesor-investigador del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, y de Arturo Onfray Vivanco, Abogado Jefe del Departamento de Estudios del CDE. El primero se centra en el problema del conflicto penal juvenil, en su artículo “*Principio Educativo y (Re)Socialización en el Derecho Penal Juvenil*”, en tanto que el segundo considera fundamentalmente el conflicto civil, en su trabajo “*Una aproximación desde el conflicto: El elemento pendiente en el análisis de la Reforma a la Justicia Civil en Chile*”.

A tales trabajos, se agrega un artículo-comentario del libro de Luis Medina Alcoz, titulado “*La responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*”, escrito por Ignacio Rodríguez Fernández, Fiscal de la Audiencia Provincial de Huelva. La Revista continúa con sus tradicionales secciones de jurisprudencia y de recensiones bibliográficas, en las cuales se incluyen fallos recientes, así como una referencia al libro *Estudios de Derecho Procesal*, el cual contiene los más importantes artículos publicados por el destacado profesor de Derecho Procesal de la Universidad de Concepción, Julio Salas Vivaldi.

**LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL
POR ACTO ADMINISTRATIVO. COMENTARIO
A UNA RECIENTE MONOGRAFÍA ESPAÑOLA**

Ignacio Rodríguez Fernández*

La obra que comentamos, de algo menos de 500 páginas, lleva el título de “*La responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Aproximación a los efectos resarcitorios de la ilegalidad, la morosidad y la deslealtad desde una revisión general del sistema*”; está precedida de un elogioso prólogo de Eduardo García de Enterría, y ha sido publicada en España (Cizur Menor, Navarra) en 2005 bajo el sello editorial de Thomson/Civitas. Su autor es el profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid, Luis Medina Alcoz.

El trabajo se divide en dos partes. La primera de ellas –que lleva por título *Pasado y presente de la responsabilidad patrimonial por acto administrativo*– aborda en sus tres capítulos la evolución histórica de la *tutela aquiliana* en el marco del Derecho administrativo – esto es, la que se genera cuando el agente dañoso es una Administración Pública–, ocupándose tanto del Ordenamiento jurídico italiano (Capítulo I) como del español. En cuanto a este último, distingue la evolución del régimen general de la responsabilidad patrimonial de la Administración (Capítulo II) de la específica del régimen jurídico del daño causado por acto administrativo (Capítulo III). La parte segunda lleva por título *Régimen jurídico sustantivo de la responsabilidad patrimonial por acto administrativo*, y en ella se localiza el título de imputación común a este tipo de “daño procedimental”, que el autor identifica con el incumplimiento (Capítulo VI), para después diseccionarlo en la infracción de tres concretos deberes jurídicos que pesan sobre la Administración en la relación jurídica dinámica que expresa el procedimiento: el deber de adoptar una resolución conforme a Derecho (Capítulo V), el de resolver en plazo legal (Capítulo VI) y el de adoptar un comportamiento adecuado a las exigencias de la buena fe (Capítulo VII).

Esta sistemática da la apariencia de las obras jurídicas germánicas, tradicionalmente divididas en una parte histórica y otra sistemática. No obstante, se puede más bien afirmar que la primera parte, más que histórica, es la más profundamente dogmática, pues lejos caer en la tentación de la aséptica exposición de una evolución legislativa, doctrinal y jurisprudencial, pretende ser una radical (esto es, llegando hasta la raíz) revisión de la comprensión del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración, desde el correcto entendimiento del instituto general que lo vertebra: la responsabilidad civil. La segunda parte es, desde luego, sistemática, pero también puede ser tildada de práctica, en cuanto no sólo alza el edificio doctrinal sobre los cimientos de la parte que la precede, sino que también extrae las utilidades concretas de su construcción científica.

PARTE PRIMERA
PASADO Y PRESENTE DE LA RESPONSABILIDAD
PATRIMONIAL POR ACTO ADMINISTRATIVO

I

La primera parte de la obra que comentamos se descompone, como antes se ha señalado, en tres capítulos, ocupándose el primero de estos de la evolución histórica de la responsabilidad por acto administrativo en el ordenamiento italiano. Como se ha anticipado, el autor no se limita a exponer descriptivamente las sucesivas posiciones doctrinales, sino que nos ilustra convenientemente sobre los efectos que estas han arrastrado hasta el presente. En particular, acierta a mostrar cómo la sacralización de la actividad de imperio de la Administración ha quedado enquistada hasta tiempos muy recientes en el cuerpo del Derecho italiano –más o menos conscientemente–, de modo que ha sido en las técnicas formales donde más presente está la supremacía de la Administración Pública –así, cuando impone unilateralmente su voluntad por medio de actos administrativos– donde la aceptación de la idea de responsabilidad patrimonial ha resultado más trabajosa, en contraste con la facilidad con que se ha aceptado en otros ámbitos de actuación administrativa material la natural aplicación del régimen resarcitorio del *Codice Civile*.

De este modo, nos muestra las sucesivas metamorfosis que han permitido al persistente dogma de la irresponsabilidad sobrevivir hasta 1999 en el país cisalpino. Como se expone sucesivamente, el citado dogma se ha refugiado en la superioridad del monarca absoluto a las leyes –cualidad transferida más tarde al Estado sustitutivo de aquél–, en la especial naturaleza pública del sujeto agente del daño –que habría de exigir un régimen jurídico extramuros del Derecho Civil–, en la supuesta irresarcibilidad de los daños causados en el ejercicio de potestades de imperio –en las que ese especial sujeto manifestaría su impronta soberana, incompatible con toda tutela indemnizatoria–, o en la pretendida imposibilidad de fiscalizar los actos discrecionales conforme a un rígido sistema de separación de poderes en que no cabría condena al resarcimiento sin previa anulación del acto administrativo, para llegar finalmente a la última, y dogmáticamente más suculenta, forma adoptada por este camaleónico principio de irresponsabilidad: la irresarcibilidad del interés legítimo, en crítica de la cual, como se va a mostrar, Luis Medina alcanza altas cotas de brillantez dialéctica.

Se observa, en cualquier caso, una decidida opción por la literatura científica italiana, no determinada exclusivamente por razones pragmáticas o circunstanciales (estamos ciertamente ante la obra de un *bolonio*), ni tampoco por la justa comprobación de que la brecha doctrinal abierta en nuestra patria en la segunda mitad del siglo XX, en esta materia, es en gran medida tributaria de la italiana. Entiendo que esta opción se debe a la formación en la mente del autor de una íntima convicción, conforme a la cual, por más que la doctrina alemana pueda revestir un mayor refinamiento en la elaboración de las categorías dogmáticas, el anclaje germánico en una concepción preventivo-sancionadora de la responsabilidad patrimonial la esterilizaría irremisiblemente para servir de guía en materia de responsabilidad patrimonial. No en vano, el profesor Medina Alcoz ha realizado parte de la preparación definitiva del texto en Alemania, siendo buen conocedor del estado de la cuestión en el país centroeuropeo.

En el primer capítulo de la obra se pone de manifiesto el carácter reciente del instituto jurídico de la responsabilidad patrimonial del Estado (*I. Las formulaciones teóricas de la irresponsabilidad durante el siglo XIX*). Esta juventud no solamente se debe a que la propia personificación unitaria del Estado fuera desconocida en el Derecho griego y romano –careciendo igualmente de cobijo en el pensamiento jurídico medieval–, sino también a que, una vez afirmada la personalidad jurídica estatal en la Edad Moderna, la concepción absolutista de la monarquía europea, investida del dogma de la infalibilidad del monarca, se transfirió interesadamente al Estado postrevolucionario, siendo así irrealizable la sujeción de este a un auténtico régimen de responsabilidad.

Ahora bien, el autor entiende que la teoría jurídica ya había comenzado a socavar los cimientos de la tradicional irresponsabilidad estatal atacando la clave de la bóveda de su

pensamiento dogmático: la falta de sujeción del monarca a las leyes. Afirmada la idea de Estado como Estado de Derecho, esto es, sometido a control jurídico, la irresponsabilidad estatal tuvo que ampararse en nuevos fundamentos teóricos para huir de la lógica aplicación del Derecho común. Luis Medina nos muestra los dos caminos recorridos por la doctrina italiana de la segunda mitad del siglo XIX: un sector maximalista de la doctrina atribuyó al carácter público del Estado la cualidad mística de llevar aparejado su propio Derecho, mientras otro sector, en una línea que el autor llama *híbrida*, partió del dogma francés de la doble personalidad del Estado para afirmar que este solamente debía indemnizar los daños ocasionados en su actividad *iure gestionis*.

Estas doctrinas perpetuadoras del privilegio de la irresponsabilidad fueron contestadas desde posiciones (□*pancivelistas*, las llama el autor) que defendían la aplicación universal de las normas de Derecho común (II. *La apelación al carácter común y universal del Derecho civil como respuesta a la irresponsabilidad*□). Esta división de opiniones tuvo reflejo en las líneas maestras de la jurisprudencia italiana, fijando el profesor Medina Alcoz una razonable cesura entre las décadas de los 60 y 70, en las que fue proclive a la aplicación de las reglas del Derecho civil, sin *dejarse intimidar* por la presencia de un acto administrativo –pues, aunque no podía anular el acto, sí que podía condenar a la Administración a reparar el daño–, y los años 80 y 90, en los que se abrió paso en la doctrina de los tribunales la concepción francesa del Derecho administrativo como un conjunto de reglas exorbitantes del Derecho común, excluyendo la aplicación del instituto resarcitorio (III. *La postura de la jurisprudencia*).

Muestra el autor cómo esta segunda postura fue espoleada por el legislador, más o menos voluntariamente, al romper en 1889 la unidad jurisdiccional, creando en el Consejo de Estado una sección encargada de tutelar los intereses de los dirigidos contra la Administración. Una rígida concepción de la separación de poderes llevó a considerar, en aplicación de la nueva legislación, que el Consejo de Estado era el único que podía anular el acto, pero no podía condenar a la Administración a la reparación. Por su parte, la jurisdicción civil pasó a considerarse impedida para condenar a la Administración sin aquella declaración de nulidad. Como explica la obra comentada, se complicaba el *iter* procedimental y se reducían las posibilidades de resarcimiento, pues “la reparación del daño estaba subordinada al éxito de dos procedimientos jurisdiccionales diferenciados y sucesivos”, llegando en el mejor de los casos la tutela tan arduamente conseguida con inevitable retraso. Si a esto se añade que el Consejo de Estado pasó inmediatamente a considerar exenta de fiscalización toda la actividad *de imperio* de la Administración italiana, gran parte de la actividad administrativa quedaba al margen de la tutela aquiliana.

Entiende Luis Medina que el cambio de siglo vino marcado (IV. *El intento fallido de configurar un sistema autónomo de responsabilidad de Derecho público durante el período intersecular*) por la disputa entre quienes pretendían buscar un régimen de responsabilidad patrimonial autónomo para la Administración, al margen del Código Civil y apoyado fundamentalmente en la legislación de expropiación forzosa, y quienes seguían una línea clásica de sujeción al puro sistema civil de responsabilidad por culpa. Si algo ponía de manifiesto la huida al régimen de la expropiación forzosa, como lúcidamente aclara el autor, era la necesidad de desvincular la responsabilidad patrimonial del lastre del *monismo culpabilístico*. No obstante, el error de los autonomistas radicaba –como había señalado Orlando, a quien Medina Alcoz alaba justamente por su clarividencia, resaltando después su influencia en las tesis de García de Enterría– en pensar que esta azarosa búsqueda de nuevos paradigmas en la tutela aquiliana era privativa del Derecho administrativo, sin comprender que era la entera institución de la responsabilidad patrimonial la que estaba evolucionando.

Es este el primer momento de la obra que comentamos en que se puede atisbar la postura del autor –lentamente madurada a la luz de la rigurosidad de la narración–, claramente decantado hacia una comprensión de la responsabilidad patrimonial como un instituto único y de tronco común, en el que los grandes problemas son generalizables y las verdaderas respuestas surgen del previo entendimiento de la raíz compartida. Sólo así puede brindarse a las víctimas de daños que no tienen el deber jurídico de soportar una tutela unitaria, desvinculada del carácter público o privado del agente dañoso. La continuación de la exposición histórica

reforzará esta toma de posición.

Entrado el siglo XX la irresponsabilidad de la Administración encontrará una nueva mutación teórica que le permitirá sobrevivir (*V. El estado de la cuestión durante la primera mitad del siglo XX*), pasando de la irresponsabilidad por actos *iure imperii* a la irresponsabilidad por actos discrecionales, que, al estar exentos de control jurisdiccional, no serán susceptibles de tutela reparadora. Se trataba, como explica Medina, de la inercia de la rígida concepción revolucionaria de la separación de poderes, para la que no cabe responsabilidad patrimonial sin previa anulación del acto administrativo. En palabras del autor: “La regla de infiscabilidad de los actos de imperio, que había impedido indirectamente la responsabilización de la Administración Pública por sus actos, cambió formalmente de fisonomía, transformándose en regla de infiscabilidad de actos discrecionales”. Por lo tanto, la batalla por avanzar en la fiscalización de los actos discrecionales se convirtió indirectamente en la batalla por aumentar el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Ahora bien, para llegar a esta nueva forma de inmunidad hubo de buscarse un nuevo cuerpo doctrinal con que preservar una irresarcibilidad casi absoluta de la actividad administrativa. Este cuerpo fue el carácter no resarcible de la violación del interés legítimo.

Si se tiene en cuenta que la fundamentación dogmática de la irresponsabilidad patrimonial de la Administración en la irresarcibilidad del interés legítimo ha dominado el Derecho administrativo italiano hasta 1999, se comprenderá el largo recorrido que por sus avatares realiza el profesor Medina Alcoz, pero sólo cuando de la mano del mismo descubramos en los capítulos posteriores de la obra que este dogma, aparentemente privativo de Italia, se ha abierto camino silenciosa y casi imperceptiblemente en los planteamientos de un nutrido sector doctrinal español, comprenderemos la extraordinaria significación de esta cuestión. En este punto, he de decir que las páginas de la obra son de una lucidez envidiable. El asunto merecía un tratamiento de este alto calado; y es que no es del todo extraño que esta doctrina profundamente errónea haya sobrevivido tanto tiempo, pues tiene la virtud de dar una apariencia de solidez dogmática a un recipiente que contiene graves aporías¹. Como en otros casos de teorías de sólida apariencia, los errores se encuentran en las premisas que le sirven de fundamento, diseccionadas con precisión de cirujano por el autor de la obra comentada.

Por tanto, merece la pena leer con detenimiento el análisis que se realiza de las razones de este error (□*VI. La regla de la irresarcibilidad del interés legítimo: la expresión de sus premisas y el corolario de la irresponsabilidad por acto administrativo a mediados del siglo XX*□). Se nos descubre primero cómo la tesis de la irresarcibilidad del interés legítimo descansa en dos nociones previas: la concepción del daño antijurídico como violación de un derecho subjetivo y la idea de interés legítimo como posición del administrado ante el ejercicio de una potestad administrativa. Efectivamente –y sin asento en las normas del Código Civil de 1865 (y tampoco, aunque se afirmara interesadamente lo contrario, en las del Código de 1942 y la Constitución de 1947), pero sí en la concepción preventivo sancionadora de la institución que caracteriza al Derecho alemán–, desde un principio la doctrina italiana había entendido que la responsabilidad patrimonial quedaba circunscrita a la violación del derecho de propiedad y demás derechos absolutos (afirmados *erga omnes*). La responsabilidad civil nacía –desde una perspectiva anclada el derecho de propiedad como fuente paradigmática de riqueza– de un ilícito y este consistía en la violación de normas atributivas de verdaderos derechos, esto es, en la injerencia –tipificada mediante la dotación de un derecho subjetivo– en la esfera de poder inviolable de otro sujeto de derecho.

En cambio, desde esta perspectiva, los derechos no absolutos, esto es, aquellos que la Administración quedaba autorizada para sacrificar en aras del interés general, se debilitaban (*diritti afievoliti*) para quedar degradados a la categoría de intereses legítimos, al mismo nivel que otras situaciones jurídicas de mera expectativa. Como pone de relieve Medina, con esta original distinción –formulada por Raneletti– no se pretendía en sede dogmática más que

¹ Hasta el punto que he de confesar que cuando estudiaba Derecho administrativo en tercer curso de licenciatura en la Universidad de Bolonia, esta teoría estuvo a punto de convencerme (y no sólo a mí) y únicamente tras una dura recapitación lograba sortear sus trampas.

resolver el problema de práctica procesal relativo al reparto de competencias entre la jurisdicción común y la contencioso-administrativa (si bien llegó a alcanzar cierto asiento científico con la diferenciación de Guicciardi entre normas de acción y normas de relación, con distintas consecuencias para el caso de su violación), a pesar de lo cual fue elevada a categoría sustantiva por la jurisprudencia de la época.

La consecuencia de la utilización de las nociones expuestas fue que sólo la vulneración de derechos subjetivos de los administrados, en cuanto expresión de una irregular (o más bien ilícita) utilización de poderes administrativos, era merecedora de *sanción* por vía de la tutela aquiliana.

Esta doctrina fue sostenida continuamente por la jurisprudencia italiana hasta el giro copernicano de la sentencia 500/1999 de 22 de julio del Tribunal Supremo, si bien mediaron importantes correcciones jurisprudenciales consistentes en la *recalificación* de ciertas posiciones subjetivas del administrado, de modo que el problema quedaba en realidad circunscrito a la irresarcibilidad del ejercicio de potestades discrecionales de otorgamiento de ventajas (*VII. La tendencia correctora de la segunda premisa: la fórmula utilizada por la jurisprudencia hasta 1999. La regla de la irresarcibilidad como regla de irresponsabilidad por denegación discrecional*□), frente a la opción, más artificiosa, de la doctrina mayoritaria de reconstruir la categoría del interés legítimo (*VIII. La tendencia correctora de la primera premisa: la fórmula preferida por la doctrina mayoritaria y su escasa influencia en la jurisprudencia*).

Llegamos aquí a una parte vital de la obra comentada, puesto que con ocasión del estudio del viraje radical de la jurisprudencia italiana (*IX. La tendencia que impugna la raíz del “dogma” de la irresarcibilidad del interés legítimo: la fórmula adoptada por la jurisprudencia a partir de la sentencia 500/1999, del Tribunal del Casación, de 22 de julio*), el autor despliega su imponente visión de conjunto. Como en las mejores obras científicas, primero afianza la esencia de la institución común, abogando –y, como antes anticipábamos, aquí se explica el acierto de ahondar más profundamente en la evolución jurídica italiana– por entender normativamente la función institucional de la responsabilidad patrimonial, abandonando definitivamente los patrones culpabilísticos y centrándose en la función resarcitoria o de compensación económica de la víctima. Y el mérito de esta opción para un administrativista –frente a la tentación de no abandonar el marco de la especialidad científica y normativa, con el apetecible señuelo de la noción de interés legítimo– se encuentra en el impresionante conocimiento que el autor demuestra de las corrientes civilistas italianas que han remodelado las bases del instituto resarcitorio desde los años sesenta del siglo pasado.

Es desconectando la tutela aquiliana de toda misión sancionadora como se descubre la irrelevancia de la cualidad de la norma violada y el subsiguiente desplazamiento de la antijuridicidad a la esfera del perjuicio. Dará igual que tal norma sea atributiva de un auténtico derecho subjetivo o de un interés legítimo, pues la antijuridicidad no se encuentra en el rango del interés violado, como único “típico”, sino en el perjuicio económico que la víctima no tiene por qué soportar (como bien dice Medina, sólo así se comprende que en el ámbito civil se abra la puerta al resarcimiento de situaciones posesorias o de la pérdida de oportunidad, que nada tienen que ver con la lesión de derechos subjetivos).

Tampoco, por tanto, y como pone de manifiesto el autor comentado, se pretende con el instituto resarcitorio el restablecimiento de la posición subjetiva violada, distinción a la que volverá al tratar las órdenes de emanación como tutela condenatoria. O lo que es igual, no cumple la institución estudiada una función reintegradora. Y aquí nuevamente se disuelven los falsos problemas sobre la naturaleza del interés legítimo, pues si la función institucional es la compensación económica y no la restauración de la situación jurídica violada, la cualidad de esta, su carácter formal-reaccional o material-sustantivo, vuelve a ser irrelevante. El punto central se encuentra de nuevo en el perjuicio. El autor lo explica con su sencilla lucidez:

“La antijuridicidad no se conecta con el comportamiento o hecho ilícito, sino con los efectos perjudiciales que éste provoca en la esfera patrimonial de la víctima. El daño antijurídico no es el producido contra ius, sino sencillamente el realizado non iure o en

ausencia de un título jurídico legitimador”.

En consecuencia, no sólo se acaba con la ilusión represiva de la irresarcibilidad del interés legítimo, sino que también se abre en toda su amplitud la puerta del resarcimiento de la denegación discrecional. En este punto Medina ha situado la más evolucionada comprensión institucional de la responsabilidad patrimonial en la doctrina civil justo donde la deja el Tribunal de Casación italiano en 1999, pero también donde –con mérito indudable, pero con ciertas vacilaciones– la pusieron inicialmente los administrativistas españoles que sentaron las bases de la expropiación forzosa pasado el ecuador del siglo XX. Con justicia resalta la obra comentada el papel que pudo jugar Leguina Villa, como estudioso español de la Administración italiana, que, con más perspicacia que la gran mayoría de los administrativistas italianos, se apoyó en la civilística cisalpina para huir de las posiciones subjetivistas y llegar a una primera concepción objetiva de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

II

Nos situamos, pues, en el segundo capítulo de la primera parte (*La responsabilidad patrimonial de la administración española antes y después de la ley de expropiación forzosa*). Repasar esta significativa y tantas veces contada parte de la historia del Derecho administrativo español, tras la clarificación dogmática realizada por el profesor Medina en el capítulo anterior, permite no sólo apreciar nuevos matices, sino también redescubrirla con la seguridad de quien juega con ventaja.

Se narra la forja de la más absoluta irresponsabilidad patrimonial de la Administración española a finales del siglo XIX y en la primera mitad del siglo XX (□*I. La formulación decimonónica de la irresponsabilidad*□), merced a una interpretación jurisprudencial –con connivencia tácita de civilistas e iuspublicistas– que reducía los supuestos indemnizables a los casos de actuación por medio de la inédita figura del agente especial citado en el artículo 1903.V del Código Civil (abortada la “esperanzadora” línea que llevaba los supuestos de actuación del funcionario al marco general del artículo 1902). Hasta aquí el relato coincide en líneas generales con el que habitualmente se nos ha contado. A partir de este punto, no obstante, el autor nos permite contemplar los acontecimientos con ojos más penetrantes de lo acostumbrado hasta ahora.

De este modo, miramos la lucha de los autonomistas por construir un sistema resarcitorio con bases tomadas del Derecho público –con el mismo mérito que en el caso italiano de superar el rígido monismo culpabilista y con el elogiado aliento de textos normativos como el artículo 42 de la Constitución de 9 de diciembre de 1931, la Ley Municipal de 31 de octubre de 1935 o la Ley de Régimen Local de 1950– como una loable, pero inidónea, tentativa de solucionar el problema sorteando la verdadera raíz del mismo. Ya estamos en condiciones de advertir que la línea fructífera habría de ser la que abordara el asunto desde un replanteamiento dogmático de la responsabilidad civil (*II. La instauración legal a mediados del siglo XX de un sistema de responsabilidad patrimonial para la Administración*).

Así se entiende con claridad en el texto que si el esforzado grupo de administrativistas de la “generación de la «Revista de Administración Pública»” tomaba de los autonomistas italianos el amparo puramente formal de llevar la disciplina de la responsabilidad patrimonial al ámbito de la expropiación forzosa (con el célebre artículo 121 de la Ley de 1954), su propuesta se encontraba en realidad en las antípodas del autonomismo y era directamente deudora de la concepción objetiva general del instituto aquiliano por la que habían abogado autores como Orlando –expresamente aludido por García de Enterría–. Optaron, pues, por esta solución legislativa como una vía circunstancial con la que sortear la recalcitrante negativa de los tribunales a aplicar las normas del Código Civil. De ahí que bien pueda decirse que, por medio de un texto normativo autónomo, los administrativistas españoles realizaban una significativa aportación a la concepción general del tronco común del Derecho Civil, no en vano advertida por civilistas como Pantaleón Prieto, quien precisamente ha contribuido notablemente a

fortalecerla y dotarla de mayor solidez científica.

A la deliberadamente genérica fórmula legal del artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa –más allá del nada desdeñable carácter universal y directo atribuido al sistema de responsabilidad regulado– autores de la talla de García de Enterría, Leguina Villa y Villar Palasí le buscaron una significación técnica específica que, en la línea en la que nos ha ilustrado previamente Medina, invertía la concepción germánica sancionadora de la responsabilidad patrimonial –indirectamente heredada en España de los Derechos francés e italiano, como modalidad de ilícito civil basada en la violación de determinadas posiciones subjetivas–, para pasar a un sistema objetivo.

Esta inversión la realizan atribuyendo la carga desvalorativa al daño antijurídico y desvinculando este del hecho causante. Daño antijurídico será el realizado *non iure*, sin título justificante, quedando así plasmado en el artículo 141.1 de la Ley de Procedimiento con el tecnicismo de considerar daño indemnizable el que la víctima “no tiene el deber jurídico de soportar”.

Hace así, casi imperceptiblemente, el autor un formidable *legato* entre los dos primeros capítulos de la obra. Lástima que la doctrina administrativa española posterior se deslizara hacia la inseguridad y la confusión, de la que hoy puede, sin exageración, retornar gracias a esta nueva obra científica que nos tributa Luis Medina Alcoz. El túnel en que el Derecho administrativo español fue introduciéndose posteriormente, justo después de salir del laberinto de la irresponsabilidad, fue el de la categorización del sistema como una especie de responsabilidad objetiva universal.

El error que ha llevado a entender que nuestro sistema está encerrado en un objetivismo puro y sin límites donde la Administración ha de indemnizar todo daño lo ha provocado es, quizá, la falta de una reflexión profunda sobre los fundamentos dogmáticos del sistema ideado esquemáticamente por la insigne generación de los cincuenta. Aunque se advirtió que el desplazamiento de la antijuridicidad al daño era un paso necesario, pero ni mucho menos suficiente para la elaboración del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, no se anduvo todo el camino necesario para consolidar la siguiente meta: la fijación de los nexos de unión entre el daño y el agente, esto es, el hallazgo de los títulos de imputación.

Del mismo modo que los civilistas italianos de la segunda mitad del siglo XX, algunos administrativistas españoles –singularmente García de Enterría– comprendieron que la tutela aquiliana demandaba relegar la culpa a mero criterio concurrente de imputación, equivalente a otros posibles. Para ello la referencia normativa había de ser la expresión *consecuencia del funcionamiento normal o anormal* incluida en el artículo 121 LEF y después en el artículo 106.2 CE. La exigencia de título de imputación vendría dada por el término “consecuencia”. La culpa debía ser entendida –junto a la ilegalidad de la actuación administrativa– como expresión de funcionamiento “anormal”, mientras que la normalidad de la acción pública dañosa debía interpretarse como una llamada a otros títulos de imputación distintos. En definitiva, se trataba de una acertada apuesta por acoger la concepción poligenética de la responsabilidad patrimonial, compuesta por subsistemas equivalentes fundados en los distintos criterios de imputación. Por ésta se decantaba la más progresiva doctrina foránea, singularmente la italiana (Barassi y Coviello), abriendo así paso a títulos de imputación de responsabilidad objetiva como el riesgo o el sacrificio.

No obstante, en la obra que comentamos se pone de relieve la paradoja posterior: el clarividente esfuerzo protagonizado por García de Enterría fue aprovechado por la doctrina civil española, pero cayó en saco roto en la administrativa, que contempló sus aportaciones como un peldaño más en el absurdo recorrido hacia un sistema de responsabilidad objetiva global y absoluta. Es más, la propia obra de quienes, como el citado, habían abierto el espacio de un prudente sistema policéntrico, pero no global ni ilimitado, fue interpretada simplistamente. Se entendió que tales autores habían apostado por un objetivismo puro y sin matices, e incluso en ciertas ocasiones hasta los propios autores malinterpretados se prestaron a generar cierta confusión en sus escritos. Es precisamente uno de los mayores logros del profesor Medina Alcoz deshacer –tantos años después– este entuerto y recoger el legado de

García de Enterría justo donde este lo dejó, ahuyentando el tremendismo de quienes creen que hemos caído irremisiblemente en un objetivismo puro casi sin más retorno que la reforma legislativa.

¿Por qué esta “recepción defectuosa” de una doctrina que pudo ser tan fértil bien entendida? Medina busca la respuesta en factores varios: un contexto histórico de crisis de la institución estudiada –favorecedor de un paso radical de un paradigma a su contrario–, la resistencia de los tribunales a salir del viejo camino del subjetivismo puro, la equívoca ubicación legislativa y –esto es importante– la propia ambigüedad de los trabajos de los autores impulsores de la reforma. Desde luego, Luis Medina demuestra una loable deferencia al gran maestro del iuspublicismo español, a quien justamente atribuye el mérito de aportar los elementos fundamentales del sistema que él mismo propone, e incluso llega a descargar el peso de los equívocos en datos objetivos como la tradicional comprensión de la antijuridicidad en la ciencia jurídica española o la difícil operatividad del criterio del sacrificio. Pero lo cierto es que los textos de García de Enterría han contribuido a generar esta confusión, al apartarse en alguna ocasión de su prístina concepción, o al menos al aparentarlo. Sólo recientemente el gran jurista español ha regresado con la necesaria claridad al sentido original de su propuesta –hasta llegar a tildar muy recientemente de “absurda conclusión” la creencia de que la cláusula general del artículo 121 LEF y 106.2 CE encerrara un sistema de responsabilidad objetiva, pues esto “implicaría omitir los «títulos de imputación» que la misma fórmula legal exige”².

El relato posterior se centra en las consecuencias de la decadencia del sentido original de las teorías propugnadas. La consagración de la fórmula de la LEF en la Ley de Procedimiento de 1957 y en la Constitución española de 1978 no se vio acompañada de la debida profundización en su significación dogmática, lo que, lejos de ser gratuito, ha llevado a parte de la doctrina y la jurisprudencia a creer que el sistema está escorado en un férreo panobjetivismo, ya se adhieran a éste o lo critiquen. Pero, concluido este segundo capítulo, el autor ya nos ha proporcionado armas con que afrontar la compleja problemática en la que pasa a introducirse: a) la responsabilidad patrimonial es una institución única –con idénticos fundamentos generales en el ámbito civil que en el administrativo–; b) la concepción delincencial y monocéntrica del papel de la culpa en dicha institución debe darse por superada; c) la función exclusivamente resarcitoria que cumple la tutela aquiliana permite desplazar la antijuridicidad al ámbito del daño causado –que será antijurídico siempre que carezca de título justificante–; y d) esto no significa que todo daño antijurídico sea resarcible, pues será necesario que exista un título de imputación capaz de relacionar suficientemente al agente con el daño, bien sea en el contexto de una actuación *anormal* del poder público –culpa, ilegalidad– bien de una actuación *normal*: riesgo, sacrificio. Con este bagaje el autor profundiza en el ámbito que más resistencia histórica ha presentado a la responsabilización, en cuanto expresión la supremacía del poder público imponiendo unilateralmente su voluntad: la responsabilidad patrimonial por acto administrativo.

III

En este capítulo de la obra (*III. La responsabilidad patrimonial por acto administrativo en el derecho español: evolución histórica y situación actual*□), el autor cierra el círculo teórico trazado en los anteriores abordando el frente actual de la batalla doctrinal. Se insiste primero en la histórica resistencia de los tribunales a declarar la responsabilidad patrimonial de los entes públicos en su actividad formalizada, singularmente cuando la lesión patrimonial se consumaba por medio de un acto administrativo (*I. El mantenimiento de una irresponsabilidad casi total hasta los años ochenta*). Amparada en la pétrea invocación del antiguo artículo 40.2 LJ (“*la simple anulación en vía administrativa, o por los Tribunales Contenciosos de las resoluciones administrativas, no presupone derecho a indemnización*”), la jurisprudencia negó cualquier tutela

² García de Enterría Martínez-Carande, Eduardo, “Sobre la responsabilidad patrimonial del Estado como autor de una ley declarada inconstitucional”, en *Revista de Administración Pública*. Número 166, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, p. 102.

resarcitoria, convirtiendo la prevención contra el automatismo contenida en el citado artículo en incomprensible regla exoneradora. Como plantea Medina Alcoz, pueden atisbarse en esta inmotivada cerrazón razones más profundas, como una concepción meramente objetiva –de simple depuración del ordenamiento jurídico– de la jurisdicción contencioso-administrativa, o la idea de que la anulación –al restaurar la situación anterior– suponía ya una especie de reparación *in natura* (II. *Las justificaciones teóricas de la irresponsabilidad*). La jurisprudencia seguía, pues, como explica la obra, estancada en la concepción sancionadora de la responsabilidad patrimonial e incapaz de identificar su exclusivo fin resarcitorio, se limitaba a la pretender una suerte de reparación *in natura* mediante la anulación del acto, acudiendo excepcionalmente a la compensación económica como medida sustitutiva en los casos en que la mera anulación no sirviera para restaurar la posición del administrado, como ocurre en la denegación ilegal de actos favorables.

No elude la obra comentada responsabilizar parcialmente a la doctrina de esta inmunidad, pues fueron realmente pocos los autores que se opusieron a la senda seguida por la jurisprudencia (especialmente crítico fue Blasco Esteve), e incluso observa cierta pervivencia de las actitudes doctrinales del pasado, como el “respeto magnificado a la *maiestas* administrativa”, que llevaba a entender que no podía tratarse igual la responsabilidad por hechos y por actos, pues estos últimos era expresión del ejercicio formalizado del poder público (III. *Las razones metajurídicas de la irresponsabilidad*). Como también se explica en la obra, fue en la segunda mitad de los años 80 cuando comenzó a penetrar en la jurisprudencia el resarcimiento de daños derivados de actos administrativos, con el empuje singular del artículo 21 de la Ley 8/1990 de 25 de julio de Reforma de Régimen urbanismo y Valoración del Suelo que, al establecer la responsabilidad patrimonial por denegación improcedente de licencias urbanísticas, aunque nada nuevo aportaba al régimen general en el plano teórico, sirvió de acicate a los tribunales para superar sus prejuicios. De este modo, al entrar en vigor la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, “la mayor parte de la actividad jurídica administrativa (la formalizada mediante actos de gravamen y denegaciones regladas de actos favorables) estaba plenamente sujeta al principio de responsabilidad”.

Ahora bien, y aquí la singularidad y valor añadido de esta parte de la obra frente a la generalidad de los estudios, Medina se percata agudamente de que el camino dista mucho de estar completamente recorrido, y es que, para contrabalancear las tendencias objetivistas registradas en los últimos tiempos, proliferan juicios doctrinales favorables –con cierto apoyo en la doctrina jurisprudencial y del Consejo de Estado– a limitar, desde la “teoría de la resarcibilidad privativa del derecho subjetivo”, los daños indemnizables a los derivados de la incidencia en derechos preexistentes, esto es, los que alteran el *statu quo ante*. Esto, llevado a ámbitos tan relevantes como la contratación pública, impediría el resarcimiento en caso de denegación discrecional de actos favorables (pues en estos casos se carece de un verdadero derecho subjetivo a la obtención del acto).

Cualquiera que haya leído atentamente la exposición de los capítulos anteriores y haya comprendido el *motivo conductor* de la irresponsabilidad en Italia, no se resiste en estas páginas a esbozar una incrédula y fascinada sonrisa. Y es que el autor ha conseguido aquí un segundo y más meritorio *legato* con la exposición dogmática del capítulo primero. Hemos vuelto a tropezar insospechadamente con el dogma de la irresarcibilidad del interés legítimo. En las palabras de Medina Alcoz: “Resulta que, al final, lo que parecía un expediente teórico *italianísimo*, el de la indemnizabilidad privativa del derecho subjetivo, ha funcionado y funciona aún en España (...) Por eso, y esto es algo de que la doctrina parece no ser del todo consciente, la experiencia española se acerca en mucho a la italiana (antes de la sentencia 500/1999, de 22 de julio), pues ambas se valen de un mismo expediente que, tal como se ha dicho, no es de recibo, porque sólo es admisible en un sistema que, funcionalmente dirigido a la prevención y castigo de los ilícitos, tipifique las conductas sancionables o los intereses merecedores de protección resarcitoria”.

No contento con demostrar cómo la experiencia española se ha deslizado al mismo campo de batalla que acaba de abandonar la italiana, sin que nadie en la doctrina parezca ser consciente, y que, por tanto, la crítica institucional y las soluciones dogmáticas realizadas respecto de aquella bien pueden importarse a ésta, el autor de la obra demuestra que su

capacidad y voluntad no se agota aquí, pues se introduce de nuevo, con la seguridad de quien parece haber llegado a un territorio que no tiene secretos para él, en el problema que subyace dentro de la teoría general de la responsabilidad civil: el resarcimiento por pérdida de oportunidad. Se nos descubre en este punto toda la agilidad, versatilidad y, en definitiva, belleza jurídica (tan propia de las instituciones patrimoniales civiles) de la materia estudiada. Hay que agradecer al autor este esfuerzo adicional.

Como es sabido, en materia de responsabilidad civil se ha estudiado el problema de la pérdida de oportunidad, que surge en los casos en que no es posible afirmar la certeza del daño, pues no se sabe lo que habría ocurrido realmente si no hubiese mediado el hecho causante. Se carece, pues, de nexo causal real. El propio autor nos ofrece como muestra los casos de escuela del pintor que ve cómo su cuadro no llega a tiempo a la exposición por el retraso del porteador –sin saber si su cuadro hubiera sido aceptado–, el propietario del caballo, perjudicado por el retraso del jinete –sin que pueda saber si el animal hubiera ganado la carrera–, o el cliente que no puede saber si hubiera vencido en segunda instancia, al dejar su abogado pasar el plazo del recurso. En ninguno de estos casos hay certeza de que el hecho ilícito haya privado de la ventaja, pues no sabemos si esta se habría llegado a obtenerse. Sin embargo, en el Derecho comparado de daños no se ha concluido que no quepa resarcimiento alguno. Al contrario, si es cierto que no puede resarcirse la pérdida de una ventaja que no sabemos si se habría podido obtener, también lo es que puede resarcirse la pérdida de la oportunidad de obtenerla –y advierto aquí al lector que en estas páginas merece la pena leer las notas a pie de página sobre la *loss of chance* en Gran Bretaña y Norteamérica, la italiana *perdita di "chance"*, la *perdre d'une chance* en Bélgica o la propia pérdida de oportunidad en Argentina o en España, donde se ha abierto paso en la jurisprudencia civil, sobre todo, con la histórica sentencia de 10 de octubre de 1998.

Trasladado esto al ámbito administrativo, el resarcimiento por pérdida de oportunidad enlaza justo con la virtualidad del dogma de la irresarcibilidad del interés legítimo, esto es, con la denegación discrecional de una ventaja, pues la existencia del margen de valoración que la discrecionalidad otorga al ente público impide saber con certeza si el administrado habría obtenido la ventaja. Pero en estos casos, no siendo posible indemnizar la pérdida de una ventaja incierta, sí que puede plantearse el resarcimiento por pérdida de oportunidad. Y para acreditar que esto es posible más allá del puro planteamiento teórico, Medina vuelve a acudir al caso paradigmático italiano, donde acaba de superarse el dogma de la irresarcibilidad del interés legítimo y su corolario de la denegación discrecional. La pérdida de oportunidad se valorará, como en el ámbito civil, mediante un juicio hipotético que tenga en cuenta las posibilidades reales de obtener la ventaja a la vista del expediente administrativo. Esta línea no sólo se abre paso en la doctrina española, sino que comienza a plasmarse en Derecho positivo por empuje del Derecho comunitario (Ley 48/1998 de 30 de diciembre, sobre contratación en los sectores excluidos).

Si, como se acaba de decir, el camino recorrido no es bastante, será necesario ahondar en la materia pendiente, que la obra comentada, con acierto, sitúa en el campo del título jurídico de imputación. Del mismo modo que en el ámbito civil, ha de superarse la concepción monogenética de la responsabilidad en el área administrativa, como antes señalamos; pero si es cierto que la cláusula que hace resarcible el daño antijurídico sólo en cuanto *consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos* exige título de imputación adicional al mero daño justificado, también lo es que no precisa cuáles han de ser estos títulos. Descartado, pues, que hayamos caído en el vacío del objetivismo global y absoluto, sólo queda seguir el camino abierto por García de Enterría para hallar el nexo jurídico que justifica el resarcimiento del daño antijurídico.

Para esto, el profesor Medina Alcoz se adhiere a la tesis de que los títulos de funcionamiento normal, el riesgo y el sacrificio, son criterios especiales de operatividad limitada a sectores determinados, jugando la culpa –expresión de un funcionamiento anormal– como criterio general de imputación que funciona allá donde aquellos no alcanzan (aludiendo el autor expresamente a la tesis de Busnelli de la culpa como *regola finale*).

Sin embargo, la búsqueda presenta especiales dificultades cuando se trata de daños ocasionados por la Administración en su actuación procedimental. Es escasa la doctrina que se

ha ocupado de la cuestión –la mayoría de los autores ni siquiera se ha planteado el asunto, al partir de la falsa premisa del panobjetivismo de la regulación–, y está lejos de alcanzar un acuerdo. La falta de este se debe, según Medina, a un error de perspectiva, pues la doctrina ha situado el punto neurálgico del asunto en el acto administrativo –no en vano, se habla de responsabilidad patrimonial por acto administrativo–. Desde esta visión parece imposible hallar un fundamento común, pues no es igual el perjuicio que causa el acto adoptado, que el derivado precisamente de la falta de ese acto o el generado en momentos previos a la adopción del mismo. Sólo desplazando nuestra visión a la relación jurídica que precede al acto puede hallarse un fundamento común con el que construir un sistema general armónico en esta materia. De esto se ocupa la segunda parte de la obra.

PARTE SEGUNDA
EL RÉGIMEN SUSTANTIVO DE LA RESPONSABILIDAD
PATRIMONIAL POR ACTO ADMINISTRATIVO

I

La propia rúbrica del capítulo IV de la obra (*El incumplimiento como título unitario de imputación*) anticipa la tesis sostenida por el autor, que atribuye al incumplimiento el carácter de criterio exclusivo de imputación en la actividad formal administrativa. Se desplaza, en primer lugar, el centro de atención desde el acto –donde generalmente lo sitúa la escasa doctrina que ha abordado esta materia– hasta el campo del procedimiento (*I. El incumplimiento lesivo de un deber procedimental como fuente de responsabilidad patrimonial*³). Para Medina, éste no sólo puede contemplarse como una “ordenación técnica de la actividad administrativa”, sino también como “una relación jurídica de naturaleza dinámica regulada por normas que imponen a las partes facultades, deberes y cargas”, de modo que es precisamente el incumplimiento de los deberes a que la Administración queda sujeta en el seno de esta relación jurídica formalizada, como expresión de un *funcionamiento anormal*, la “buena razón” que permite la imputación del daño y lo hace resarcible.

Sobre esta interpretación se cierne desde el inicio una duda de coherencia respecto del planteamiento anterior, de la que el autor es consciente y que trata de conjurar. Efectivamente, si es la infracción de los deberes que pesan sobre la Administración en el marco del procedimiento lo que permite la indemnización, puede bien pensarse que se retorna a una concepción subjetiva y delincencial de la responsabilidad, basada en la antijuricidad de la conducta. Esto se rebate en la obra mediante la distinción técnica del plano de la antijuricidad y el de la imputación. El incumplimiento vendría a actuar como mero criterio de imputación, como razón válida de relación entre un daño que ya es antijurídico y el agente que lo ha causado³.

El autor apoya su teoría en distintos fundamentos. Pone, primero, de manifiesto, los paralelismos existentes entre la responsabilidad patrimonial en el procedimiento administrativo y las relaciones civiles contractuales y precontractuales. En los tres casos, en cuanto relaciones “entre conocidos” marcadas por la existencia de deberes concretos, la teoría de la imputación cobra un valor distinto al general de la responsabilidad extracontractual, pues la mera infracción de estos deberes conduce ya al resarcimiento, sin necesidad de que medie culpa o negligencia. Defiende, pues, Luis Medina que el incumplimiento ha de entenderse criterio de imputación incluido en el ámbito legal (artículo 139 LPAC) del funcionamiento anormal. En segundo lugar, el autor vuelve a apoyar su tesis en el Derecho italiano (*II. El incumplimiento como título unitario de imputación en el ordenamiento italiano*). En Italia, confirmada la sujeción al

³ En los casos de daños producidos por actos administrativos de irreprochable legalidad (revocación de actos no favorables por motivos de oportunidad, rescate de concesiones...) entiende el profesor Medina que estamos ante operaciones materialmente expropiatorias trasladables a la doctrina del justiprecio, en cuanto las indemnizaciones que surgen en estos casos son plenamente equiparables a las propias del instituto expropiatorio, ya que en ambos casos el daño no es incidental, sino deliberado.

régimen general del artículo 2043 del *Codice Civile*, se corrigió el criterio culpabilístico con una presunción absoluta de culpa por la mera ilegalidad administrativa. Si el acto irregular había sido voluntariamente adoptado debía existir una culpa *in re ipsa*. Este enmascaramiento en la culpa de un sistema fundado en la mera ilegalidad ha dividido a la doctrina italiana. Por un lado, algunos autores, en cierto modo respaldados por la Sentencia 500/1999 ya citada, han querido recuperar la funcionalidad de la culpa como título de imputación admitiendo un estándar de comportamiento distinto a la mera ilegalidad, de modo que no sea indemnizable el daño cuando, no obstante la irregularidad del acto adoptado, la Administración haya actuado de modo razonable. De otro, la posición mayoritaria prescinde por completo de la culpa en este ámbito, si bien muchos autores, precisamente para evitar los artificios que conectan este resarcimiento con el sistema subjetivo del Código civil, han terminado por abandonar el ámbito genuino de la responsabilidad patrimonial. Así, algunos han sostenido que estamos ante una responsabilidad asimilable a la contractual por su carácter relacional –defendiendo la aplicación de la correspondiente normativa civil–, y otros –con mayor perfección técnica– han hablado de un *tertium genus* de responsabilidad, destacando que la diferencia con la relación contractual radica en la ausencia de un deber de prestación (responsabilidad por contacto procedimental o por incumplimiento de deberes no prestacionales).

De la experiencia italiana destaca el autor “una acentuada tendencia a afirmar que la responsabilidad por actos debe surgir del mero incumplimiento”, entendiendo que tal conclusión se ve facilitada en España por la existencia de una cláusula general de responsabilidad patrimonial para las Administraciones Públicas (*III. Conclusiones comparativas*).

Termina este capítulo con la referencia a una limitación institucional ineludible –precisada de hecho en el artículo 106.2 CE y el artículo 139.1 LPC– al criterio de imputación defendido (*IV. La inimputabilidad de la fuerza mayor*). Ahora bien, el autor no se limita a dejar salvada esta excepción de fuerza mayor en aras de la exhaustividad, sino que aporta una distinción que comparto plenamente sobre el famoso y equívoco criterio de la exterioridad. Como el autor pone de relieve, la fuerza mayor se identifica con el acontecimiento imprevisible o que, siendo previsible, es inevitable, con independencia de que la fuerza actuante sea externa o interna. La exterioridad cobra virtualidad sólo cuando el criterio de imputación es el riesgo (específico, en cuanto circunscrito a ámbitos determinados), pues el agente, al desarrollar actividades especialmente peligrosas, ha de asumir la carga económica de la fuerza mayor interna o inherente a esa actividad (con la que se identifica el caso fortuito en sentido estricto). Por esto, el texto comentado explica correctamente que la exterioridad del riesgo no tiene relación tanto con la excepción liberadora como con la fórmula del “funcionamiento normal”. En definitiva, careciendo de operatividad la exterioridad de la fuerza mayor cuando el título de imputación es distinto al riesgo, toda fuerza mayor interna o externa tendrá carácter liberador en el ámbito del daño procedimental.

Salvada esta excepción, hay que pasar a contrastar el juego del incumplimiento como título de imputación del daño procedimental. Se advierte, desde luego, que el mérito del profesor Medina Alcoz no radica tanto en propugnar la ilegalidad como título de imputación exclusivo como en aunar dentro del mismo, gracias a un desplazamiento del centro de atención desde el acto a la relación jurídica procedimental, la infracción de los distintos deberes que sobre la Administración se imponen en dicha relación. Con ello consigue superar la visión estricta de la ilegalidad como la infracción del deber de adoptar una resolución legal (García de Enterría, Leguina Villa), e introduce en su seno lo que otros autores habían entendido como títulos autónomos: morosidad o superación del plazo legal (García-Trevijano Garnica), deslealtad o defraudación de la confianza del administrado (González Pérez, Castillo Blanco, García Luengo). Por eso, el autor utiliza la expresión incumplimiento como aglutinadora de la infracción de los distintos deberes que se dan en el seno de la relación jurídica procedimental. Pasa, pues, a analizar los tres supuestos anticipados en el propio título de la obra: ilegalidad en sentido estricto, morosidad y deslealtad.

De la primera infracción aludida se ocupa el capítulo V (*El incumplimiento del deber de dictar una resolución ajustada a derecho: la ilegalidad*). Se aborda primero el punto dogmático más controvertido de la tesis del autor: la funcionalidad dogmática de la ilegalidad como título de imputación o como criterio de antijuridicidad. En primer lugar, se destaca la incorrección de la terminología normalmente utilizada, pues suele hacerse referencia a “responsabilidad por anulación de actos administrativos”, cuando la anulación del acto es un presupuesto de la responsabilidad, pero no la “razón del resarcimiento”, que radica, en cambio, en la violación del deber de la Administración de dictar una resolución conforme a Derecho (art. 53.2 LPC, como corolario del deber general de sometimiento del artículo 103 CE).

El problema fundamental, como se anticipaba, se encuentra, no obstante, en la ubicación sistemática de la ilegalidad dentro del sistema de responsabilidad, pues autores como Blasco Esteve consideran que, en este punto, la antijuridicidad se desplaza a la contravención del deber impuesto a la Administración. Efectivamente, si la Administración está capacitada en ciertos ámbitos para imponer unilateralmente su voluntad en forma de acto administrativo, el administrado vendrá obligado a soportar el perjuicio consiguiente. Por eso, el daño antijurídico, como noción objetiva, parece inservible en este marco, pues sólo cuando la Administración haya actuado ilegalmente desaparecerá la obligación de soportar el daño. La ilegalidad sería, pues, criterio de antijuridicidad y no de imputación. A pesar de la buena fundamentación de la tesis, Luis Medina la refuta con suficiencia.

En primer lugar, entiende el citado que Blasco parte de un presupuesto erróneo, como es entender que nuestro Derecho establece un sistema globalmente objetivo de responsabilidad civil, en el que, por lo tanto, carecen de funcionalidad los títulos de imputación. A lo largo de la obra se ha llegado a la indiscutible conclusión contraria: la responsabilidad no puede ser globalmente objetiva, sino que siempre necesita títulos de imputación que hagan del daño antijurídico *consecuencia* de la actividad administrativa (art. 106.2 CE, art. 139 LPC). En segundo lugar, la tesis de Blasco, como se encarga de resaltar el autor de la obra comentada, se contradice con su estudio dogmático previo, basado en el Derecho francés, en el que el *Conseil d'État* considera la ilegalidad del acto como una cuestión de imputación.

En tercer lugar, y esto es lo fundamental, la tesis que hace de la ilegalidad razón de la antijuridicidad y no de la imputación, contradice frontalmente el punto seguro de anclaje de toda la teoría actual de la responsabilidad patrimonial: su exclusiva función resarcitoria. La tesis propugnada por Blasco supondría, así, un retorno a nociones subjetivas delincuenciales ya superadas en este ámbito.

Por tanto, y en mejor consonancia con el criterio resarcitorio, la ilegalidad es el título de imputación de la responsabilidad. Entiendo que el autor acierta con esta opción, que es la más coherente con sus planteamientos teóricos. Ahora bien, queda pendiente una mejor clarificación del papel que ha de jugar la antijuridicidad objetiva en caso de daño procedimental, para que quede mejor deslindada de la imputación.

De lo que no cabe ninguna duda, como demuestra el autor en su recorrido de Derecho comparado (*II. Las doctrinas que vinculan la responsabilidad por actos ilegales con la noción de culpa*), es de la superioridad científica de este planteamiento frente a los desajustes sistemáticos y las dudas prácticas que plantean otras construcciones más artificiosas. Estas tratan de sortear el problema acudiendo a presunciones de culpa (absolutas o relativas, como ocurre en Italia) o a la escisión de la responsabilidad por incumplimiento dañoso en varias instituciones jurídicas, con el único fin de mantener formalmente el sistema culpabilístico de responsabilidad patrimonial (Alemania).

En España, sin embargo, el patrón culpabilístico ha servido para formar una interesante doctrina –sostenida de *lege ferenda* por Mir Puigpelat– que entiende que la ilegalidad –que, para autores como Blasco, no se olvide que es criterio de antijuridicidad y no de imputación– sería un mero indicio de anormal funcionamiento, actuando como presunción *iuris tantum* de culpa, rebatible mediante prueba de que la actuación administrativa fue prudente y razonable. No obstante, una mejor comprensión de la peculiaridad del título de imputación en el ámbito de la relación jurídica entablada entre Administración y administrado a través del procedimiento, lleva a Medina a rechazar estas tesis y a considerar que es fuente de responsabilidad el mero

incumplimiento, con independencia de la mayor o menor diligencia de la Administración.

También se opone la obra comentada a la exoneración de responsabilidad en caso de “ilegalidades veniales” –lo que le vuelve a enfrentar a Blasco, por cierto–. Este último autor ha utilizado como pautas de distinción la nulidad de pleno Derecho y la mera anulabilidad y, con más fundamento jurídico, la ilegalidad de fondo y la formal.

El planteamiento está lastrado, una vez más, de la carga sancionadora tradicional. En cuanto a la excusabilidad de la irregularidad formal, se defiende que los vicios de forma no prejuzgan el sentido de la resolución administrativa de fondo, y que estos, por tanto, bien podrían tener idéntico contenido aun depurados del vicio formal. Por esto, habría de quedar supeditada la indemnización al sentido final de la resolución administrativa de fondo. Con toda razón replica Medina que esto es tanto como permitir que la Administración “se juzgue a sí misma” –y quien conozca el proceder normal de la Administración no dudará en que esta mantendrá el mismo pronunciamiento material– y, sobre todo, que supone un grave desconocimiento de las reglas de la causalidad. El daño, como dice la obra comentada, proviene o no de la denegación ilegal y esto tendrá que decidirlo el tribunal examinando si la irregularidad ha cambiado el curso de los acontecimientos, pero la causalidad no puede fundarse en un hecho no acaecido, es decir, en la segunda resolución administrativa. El tribunal tendrá que determinar la influencia del vicio en la resolución y no dejar esto al arbitrio de la Administración.

Esto no significa, como explica profusamente el autor en el ecuador de este capítulo (*III. La inimputabilidad de la ilegalidad*), que no existan causas de exoneración de la responsabilidad. Y aquí nuevamente exhibe Medina su dominio del Derecho civil, apoyando sus reflexiones en sólidas construcciones doctrinales de Derecho común. Por imperativo constitucional (art. 106.2 CE) y legal (artículo 139 LPC) no serán resarcibles los daños causados por fuerza mayor. Manifestación de esta será la culpa exclusiva de la víctima (o mejor, el “hecho de la víctima”), en cuanto causa extraña a la esfera de actuación del agente, como se pone de relieve partiendo de la más rigurosa construcción civil del valor del acción de la víctima en la tutela aquiliana.

Es elogiable el detenido examen que se efectúa de este supuesto, pues es el que mayor incidencia ha de tener en el marco de una relación jurídica formalizada a través del procedimiento, abarcando los supuestos en que el administrado introduce por sí mismo los errores que llevan a su perjuicio –v. gr. aportación de informaciones erróneas que llevan a la denegación de la ventaja–. Esta ubicación sistemática en el ámbito de la fuerza mayor no carece de efectos prácticos –siendo interesante el examen que realiza el autor de la legislación urbanística–, pues permite desvincular su fuerza exonerante de la mayor o menor culpabilidad del agente, para atender en exclusiva a su eficacia causal en la producción del perjuicio.

Por otra parte, también se aboga, con toda razón, por aplicar lo que la doctrina civil más rigurosa ha llamado “compensación abstracta de culpas”, en caso de concurrencia entre agente y víctima en la producción del daño, aludiendo incluso a los criterios de determinación de las cuotas. También se asimila a la fuerza mayor la intervención de terceros, tanto en caso de acción de otro particular como de otra Administración. En este punto resulta muy estimulante la incursión del autor en el campo de la responsabilidad de la Administración suplente en el ejercicio de una competencia atribuida a otra, con el ejemplo paradigmático de las subrogaciones de la Comisión de Urbanismo, considerando que la intervención de la Administración suplente no destruye la causalidad respecto a la suplida, pues la inactividad de esta constituye un incumplimiento dañoso. También trata la aplicación del artículo 140.1 LPC en caso de concurrencia de culpas, e incluso se plantea la eficacia exoneradora de la limitación de recursos del ente público. Lo mejor: la coherencia plena del planteamiento dogmático con la casuística abordada no es forzada, muestra de la plena compatibilidad entre el pensamiento sistemático y el problemático.

Termina el capítulo con una esperada reflexión sobre la relación del fundamento resarcitorio del instituto estudiado con los casos de condena a la Administración a un *facere* restaurador de la posición subjetiva del administrado (*IV. La anulación de la resolución denegatoria ilegal y la condena a un libramiento como modalidad tutelar funcional y estructuralmente distinta al resarcimiento. La relevancia de la distinción en el plano de la*

determinación del daño imputable).

Expuesta, primero, la interesante y compleja situación del Derecho italiano, con el singular impacto de la Ley 205/2000, de 21 de julio –que rompe parcialmente con la tradicional inhabilitación del juez administrativo para resarcir–, el autor vuelve a armarse de la seguridad que proporciona una concepción cabal y definida del instituto aquiliano como exclusivamente resarcitorio. De este modo, afirma que debe distinguirse entre los casos en que el juez administrativo pueda apreciar un derecho subjetivo al otorgamiento del acto favorable –v.gr. cuando la actividad es plenamente reglada o los márgenes de discrecionalidad ya están agotados–, pues en estos cabe la condena de la Administración al libramiento, de aquellos otros en que queda “algún residuo de discrecionalidad”. En estos últimos no debe descartarse *a priori* el resarcimiento, pues el juez deberá realizar un juicio hipotético acerca del resultado posible y hacia el pasado del procedimiento administrativo fenecido. Excluyendo la exigencia de prueba plena para este “hecho negativo”, se trataría de determinar si existía una alta probabilidad de obtención de la ventaja, en cuyo caso se condenará a la Administración a resarcir económicamente el lucro cesante. En los supuestos de “nulas o despreciables” posibilidades no se brindaría tal tutela, mientras que los casos dudosos –desterrados los resabios delincuenciales– se resolverían con el principio *pro victima* propio de la función resarcitoria, pues se trata de evitar que la víctima no soporte perjuicios sin título justificativo o *non iure*. En definitiva, la mera expectativa puede ser resarcible, pues la lógica del resarcimiento es distinta a la de la restauración del *statu quo ante*.

III

El incumplimiento también puede referirse al deber de resolver en plazo, de lo que se ocupa precisamente el capítulo sexto (*El incumplimiento del deber de resolver el procedimiento dentro del plazo: la morosidad*□). Puede decirse que esta –breve, en comparación con el resto– parte de la obra es tan coherente con su planteamiento personal como heterodoxa respecto al de la mayoría de la doctrina. Conectando con el deber general de dictar la resolución dentro del plazo legal (artículo 42 LPC), el autor entiende que el daño resarcible a través de este criterio de imputación es el derivado específicamente del retraso (*I. La morosidad como fundamento de la responsabilidad patrimonial*□). De ahí que no sean los procedimientos ablatorios, llamados a restringir la esfera jurídica del administrado mediante un acto de gravamen, los que puedan generar esta responsabilidad –salvo el caso del posible perjuicio de terceros interesados en el ejercicio de la potestad de gravamen–, pues el retraso de los mismos beneficiará al particular que mantiene intacta su situación. Serán, consecuentemente, los procedimientos llamados a ampliar la esfera jurídica del interesado que tiene la expectativa directa del acto favorable los que activen este título de imputación (*III. Los procedimientos administrativos ampliatorios, sede natural de la responsabilidad por retraso*).

En este punto, se exponen con gran visión práctica las posibilidades de daño resarcible. No sólo se contempla el más evidente caso de resolución tardía favorable al interesado –que habría debido disfrutar de la ventaja desde el momento en que expiró el plazo legal–, sino también en supuestos de denegación tardía de la ventaja solicitada. El resarcimiento de esta se produciría, según Medina Alcoz, en tres supuestos: a) cuando el momento de la resolución es decisivo de cara a la concesión o denegación de la ventaja; b) cuando el retraso de la Administración, al prolongar la situación de expectativa del interesado, le ha llevado a realizar gastos o inmovilizar capitales o a no acometer otra actividad lucrativa; c) cuando la denegación tardía es contraria a Derecho, supuesto en el cual serán daños imputables a la ilegalidad los propios del disfrute no obtenido de la ventaja y los gastos realizados hasta la expiración del plazo legal, momento tras el cual serán individualizables los perjuicios imputables al retraso. Rechaza, en cambio, que exista responsabilidad cuando la expiración del plazo conlleva un acto presunto estimatorio, ya que el interesado puede disfrutar inmediatamente de la ventaja. Si éste no se aprovecha de esta circunstancia, nos encontramos ante un supuesto de interferencia causal

de la víctima o fuerza mayor exoneradora, salvo hipótesis excepcionales de responsabilidad.

También la morosidad de la Administración se ha puesto en relación con una presunción de culpa, normalmente *iuris tantum*, de modo que el retraso constituya indicio de negligencia rebatible mediante prueba de una actuación prudente del ente público (*III. Las doctrinas que vinculan la responsabilidad por retraso a la noción de culpa*). Tal posición es insostenible también para la morosidad, pues, a diferencia de los Ordenamientos italiano o alemán, el Derecho de daños español no gira en torno a una cláusula general de culpa cuando el causante es la Administración. Resulta paradójico que los mismos autores que entienden que el artículo 139.1 LPC establece una responsabilidad objetiva se aferren a la culpa como criterio rector exclusivo de la imputación. En este punto, entiende Medina que la función de garantía que cumple el plazo para resolver no puede quedar relegada a mera indicación de actuar negligente, pues esta visión “puede acabar trivializando la eficacia vinculante del deber de resolver”.

¿Por qué se ha llegado, entonces, a este retorno a la culpa? Sin duda, acierta el autor en la respuesta a este interrogante: la errónea concepción de la fuerza mayor liberadora. La doctrina ha querido evitar una desorbitada responsabilización en casos de mora debida a circunstancias sobrevenidas internas al servicio. Creyendo incorrectamente que la única fuerza mayor exoneradora es la externa al servicio, la generalidad de los autores ha temido que la objetividad del sistema hiciera a la Administración responder económicamente de retrasos debidos a la “sobreenvenida y extraordinaria complicación del asunto”. Sin embargo, como puso de relieve el autor anteriormente, la exterioridad de la fuerza mayor es un criterio operativo en los casos en que el título de imputación es el riesgo; en los demás, toda *vis maior* tendrá virtualidad liberadora.

Precisamente se cierra este penúltimo capítulo de la obra con el tratamiento de los casos de inimputabilidad del retraso (*IV. La inimputabilidad de la morosidad*). Así, vuelve a ubicar la culpa de la víctima –aunque recordando en este ámbito que sobre la Administración pesa el deber de impulsar de oficio el procedimiento y que, por tanto, los casos en que la víctima obstruye con su conducta el procedimiento son excepcionales, pues normalmente su pasividad conducirá a la caducidad del mismo– en la esfera de la fuerza mayor. Idéntica ubicación vuelve a recibir la conducta dilatoria de un tercero.

IV

El capítulo VII cierra la obra ocupándose de la tercera manifestación del incumplimiento como título de imputación del daño procedimental: la violación del deber de obrar de buena fe (*El incumplimiento del deber de obrar de buena fe: la deslealtad*). He de decir que de los tres supuestos de incumplimiento, el análisis que el autor hace del comportamiento “desleal” de la Administración me parece el más apasionante. Es quizá, al mismo tiempo, el que queda pendiente de mayores concreciones prácticas en sectores específicos de la actividad administrativa.

Justo es partir de que la responsabilidad patrimonial derivada de la infracción del deber de la Administración de obrar de buena fe no ha sido objeto de estudio específico hasta esta obra. Bien sea porque la primera batalla a librar fue la de la aplicabilidad de este principio general a las relaciones administrativas, bien porque el asunto se encauza normalmente al supuesto concreto de la revisión de oficio de actos administrativos, o, simplemente, porque los más recientes estudios han buscado la sustancia del principio de protección de confianza y el efecto singular del mantenimiento del acto, lo cierto es que el resarcimiento de los perjuicios causados con su defraudación no había sido suficientemente tratado. Basta leer los interrogantes, sin respuesta en las obras monográficas, que el profesor Medina plantea en las páginas iniciales de este capítulo para corroborarlo.

Para poner las respuestas a nuestro alcance, el autor pretende construir el marco teórico de la figura con un interesante paralelismo entre las negociaciones precontractuales y el procedimiento administrativo (*I. Consideraciones previas y metodológicas*). Se establece en

ambos casos –con las inevitables diferencias– una relación de confianza “precontractual” y “predecisional”, susceptible de generar en el otro una expectativa de que se celebre el contrato o se dicte el acto favorable que finalmente resulta defraudada. En uno y otro supuesto, la obligación de resarcir se desvincula de la culpa y se puede reconducir a un concepto común: “reponsabilidad por infracción de una relación obligatoria no constituida por un vínculo prestacional”. En ambos casos, el título de imputación del daño es el apartamiento de las exigencias de la buena fe.

Será necesario, pues, encontrar las concretas manifestaciones del deber de actuar conforme a las exigencias de la buena fe. Así lo hace, de la mano del “paradigma” de la relación precontractual, el autor, que vislumbra su plasmación fundamental en el deber de coherencia (*II. El deber de coherencia y no contradicción: una imposición derivada del principio general de buena fe*).

Adhiriéndose a la tesis de que el principio general de buena fe es plenamente aplicable a las relaciones administrativas, entiende Luis Medina que el mismo se articula como noción objetiva –conforme a un estándar externo de comportamiento– y sintética, en cuanto aglutinadora de una pluralidad de deberes específicos. Uno de los deberes en los que se descompone el principio de buena fe es de mantener una actitud coherente con el comportamiento precedente, tal y como ha señalado la jurisprudencia contencioso-administrativa. El problema está en determinar los casos en que “puede hablarse en un sentido técnico de una confianza susceptible de ser ilegítimamente traicionada”. De esto se encarga la obra a continuación.

Primero, ha de quedar claro que la tutela no consiste en la concesión de la ventaja pretendida, sino en el resarcimiento de los daños directamente relacionados con el comportamiento desleal (*III. Los efectos del incumplimiento del deber de coherencia*). Medina expone con claridad su tesis. Del mismo modo que la buena fe no supone un límite a la autonomía de la voluntad y, por tanto, no obliga al particular a concluir el contrato tras los tratos preliminares, tampoco constituye un límite al principio de legalidad que obligue a la Administración a dictar el acto favorable al interesado. Ahora bien, del mismo modo que se entiende defraudada la confianza del precontrayente si se le ha hecho creer razonablemente que se celebraría el contrato y, sin embargo, se interrumpen las negociaciones, también habrá de entenderse defraudada la confianza del interesado cuando la Administración le hace creer que le proporcionará la ventaja pretendida y, no obstante, esta no se le concede. En ambos casos no cabe pensar, frente a la línea de una errática jurisprudencia, que la infracción de la buena fe obligue a celebrar el contrato o a dictar el acto favorable, pues ha de prevalecer la autonomía de la voluntad o la legalidad, respectivamente. Pero el particular, en atención a la confianza generada, ha podido inmovilizar capitales, realizar gastos o rechazar otras vías de lucro alternativas. Estos daños sí son plenamente imputables a la confianza generada y son los verdaderamente indemnizables.

Sentada esta premisa, se trata de deslindar los supuestos de “confianzas tutelables” (*IV. Las confianzas tutelables: características y delimitación de supuestos*). No se trata de abordar una imposible delimitación exhaustiva de las hipótesis de responsabilidad por deslealtad –por lo que no será de extrañar que los ejemplos del texto sugieran otros nuevos al lector– sino, como dice el autor, de “descubrir los criterios normativos que la deben gobernar”.

Para que el título de imputación opere debemos situarnos en supuestos en los que la Administración ha generado una verdadera confianza. El carácter objetivo de la buena fe lleva al autor a considerar como parámetro de determinación de esta situación de confianza el comportamiento de la Administración anterior y coetáneo al procedimiento, de modo que sólo haya imputación cuando pueda apreciarse una actuación administrativa contradictoria. Será, pues, totalmente irrelevante la culpa, puesto que estamos ante un parámetro plenamente objetivo (como ocurre, por otra parte, en la paralela responsabilidad precontractual). Ahora bien, no siempre sucede como en la legislación urbanística, que establece ciertos parámetros de coherencia, y, huérfanos de clarificación legal, hemos de acudir a la interpretación adecuada a las circunstancias del concreto sector, fijando un modelo de comportamiento para el mismo.

El autor es contundente al trazar la línea divisoria entre la ilegalidad y la deslealtad: sólo

hay responsabilidad por confianza cuando la prestación o ventaja que la Administración no otorga al ciudadano que confiaba en obtenerla no es jurídicamente vinculante. Si la prestación esperada de la Administración tiene naturaleza obligatoria, el incumplimiento genera una responsabilidad plena por la ilegalidad del comportamiento; en cambio, sólo si la ventaja carece de virtualidad obligatoria podrá generarse una confianza susceptible de ser defraudada por la Administración en aras de la legalidad, pero con deber de indemnizar los daños causados.

Tampoco existirá responsabilidad por confianza cuando el acto denegatorio se aparte de “un precedente, de un baremo o de otras actuaciones administrativas” que supongan un agotamiento de la discrecionalidad que coloque el acto adoptado extramuros del margen de apreciación de la Administración. En estos casos, el acto administrativo es igualmente ilegal, pues “no cabe entre los legalmente posibles”. Clarificador es, a estos efectos, el caso del apartamiento del precedente. Como dice Medina –con matices que no es posible detallar aquí–, si el precedente es legal, el acto posterior que se aparta del mismo sin la necesaria justificación es ilegal, por lo que la responsabilidad deriva de la propia irregularidad del acto. En cambio, el caso del precedente administrativo ilegal puede considerarse paradigmático de responsabilidad por confianza, en cuanto se ha generado previamente en el administrado una expectativa razonable de recibir el mismo trato.

La misma *ratio* aprecia el autor en el otorgamiento ilegal de un acto administrativo favorable (*V. El otorgamiento ilegal de un acto administrativo favorable y la protección de la confianza*). Sabemos que Ihering configuró el sistema de culpa *in contrayendo* sustentándola en la hipótesis de ventas de *res extra commercium* y herencia inexistente. En estos supuestos no podía hablarse cabalmente de la existencia de contrato válido, pero sí de una defraudación de la buena fe en los tratos preparatorios de la que surgiría el deber de indemnizar al otro contrayente los gastos realizados con la esperanza del contrato, colocándole en la situación que tendría de no haberse celebrado el negocio. Es decir, la responsabilidad *precontractual* puede surgir no sólo cuando el negocio no llega a celebrarse, sino también cuando, celebrado, es declarado nulo o se constituye su anulación.

Medina Alcoz observa una clara analogía entre estos supuestos y los de pérdida de efectos de actos administrativos favorables al administrado al estimarse la impugnación de los mismos por los tribunales o para el caso de simple anulación administrativa de actos favorables (art. 102 LPC). La legalidad obliga en todos estos supuestos a retirar el acto nulo o anulable, pero la adopción del mismo ha generado una confianza cierta al administrado que puede haberle impulsado a realizar desembolsos o descartar definitivamente otras empresas alternativas. Será la confianza defraudada el título de imputación que obligue a la Administración a indemnizar estos perjuicios.

En este y en los demás casos de responsabilidad por deslealtad la Administración vendrá obligada a resarcir el interés negativo, esto es, a colocar al particular en la situación en la que se encontraría si la Administración se hubiera comportado conforme al estándar de comportamiento exigido por la buena fe. El interesado no sólo no habría realizado ciertos desembolsos, puesto que, además, no hubiera rechazado las vías alternativas de negocio que se le ofrecían (*VI. Los daños a la confianza*). Esto quiere decir que la Administración viene también obligada a indemnizar el coste de oportunidad o el valor del bien o servicio al que se renuncia por la expectativa generada. Medina vuelve a demostrar aquí su sensible conocimiento de la problemática civil subyacente, al abogar expresivamente por la resarcibilidad de este tipo de daño a la confianza. Frente a la tesis de cierto sector civil que excluye la indemnización cuando el negocio alternativo descartado es más rentable que el preferido por la víctima y finalmente frustrado, señala el autor de la obra con el mayor sentido común que “siempre habría sido más provechoso firmar un contrato “malo” que preparar otro “mejor” que nunca se cerró por el comportamiento desleal de la contraparte. Por eso, si la ocasión existe y se demuestra que se habría materializado (en los términos en que se dirá), el precontrayente frustrado tendrá derecho a indemnización”. En su opinión, nos encontraríamos a lo sumo con un hecho concurrente de la víctima que no eliminaría la mayor contribución causal del autor del daño. No hay que olvidar, como dice lúcidamente Medina, que la oportunidad del negocio para la víctima no puede medirse con parámetros exclusivos de rentabilidad económica.

No se le escapan al autor las dificultades que entraña la determinación de este daño, cuya

existencia debe conjeturarse con máximas de experiencia que permitan construir un juicio de probabilidad suficiente. Con razón entiende el autor que no cabe equiparar la certeza jurídica a la de las ciencias de la naturaleza y que, acreditada la seria probabilidad del negocio alternativo, ha de regir el principio *pro victima* consustancial a la tutela resarcitoria.

Siguiendo las magníficas aportaciones de Turco en la doctrina italiana, considera Medina que la carga de la prueba que pesa sobre la víctima se refiere exclusivamente a la abstracta posibilidad de obtener la misma prestación o ventaja en el mercado, acreditando una “posibilidad de lucro alternativa de carácter abstracto”, pues la máxima de experiencia es que “quien dispone de medios los utilice de alguna manera”. La fijación del *quantum* indemnizatorio ha de quedar probablemente al prudente arbitrio judicial, partiendo de la valoración económica del bien o servicio en el mercado. No obstante, como señala el autor, nada impide que se acredite una oferta en firme de concreto negocio alternativo. Incluso en los casos de que se tratase de una simple invitación a iniciar tratos preliminares, cabría la posibilidad de indemnizar no el perjuicio incierto sino la oportunidad de su obtención (coste de oportunidad).

Con el análisis de estas cuestiones termina el capítulo final.

Tengo el convencimiento de que quien, como yo, concluya la lectura de esta obra sentirá la misma perplejidad que quien esto escribe. Por un lado, la que provoca que después de cuatrocientas páginas de profunda reflexión jurídica, con una clara apuesta por el pensamiento dogmático y conceptual, sin atajos ni trampas, no se sienta ni el más mínimo atisbo de cansancio. Más bien lo contrario. Esto me ratifica en la idea de que cabe combinar el máximo rigor con la fluidez y que, por tanto, quien cansa haciendo dogmática o no sabe escribirla o no sabe lo que escribe. En este punto, el científico del Derecho ha de encontrarle a la institución estudiada su dinamismo, su parte latente, y Luis Medina Alcoz lo ha conseguido plenamente al combinar las peculiaridades que se derivan del carácter público del agente dañoso con el extraordinario atractivo y calado práctico del ágil Derecho de daños. Demuestra el autor que hacer Derecho público no supone recluir el pensamiento en categorías estáticas y endógenas, o lo que es igual, en repetir los lugares comunes con mejor prosa. Es hacer Derecho. Y, del mismo modo que el prologuista de la obra, autor de las bases que Medina retoma y fortalece, éste comprende que sólo desde el dominio del Derecho, en general y sin adjetivos, se puede dar una nueva inyección de vida a un Derecho adjetivado, máxime si es este es un Derecho estatutario.

Por otro lado, sentimos la no menos sorprendente sensación de que no nos quedan rastros de oscuridad y confusión. Con ellas suele disfrazar sus improvisaciones el malabarista jurídico que poco o nada tiene que decir y que aportar, tan habitual en los últimos tiempos. No es este el caso, cualquiera que lea la obra comprenderá bien la apuesta del autor por entroncar sólidamente la institución estudiada en las profundas raíces del Derecho común, las fértiles consecuencias de la comprensión puramente resarcitoria de la misma, la superación de la concepción delincencial del instituto y sus secuelas doctrinales –con la sorprendente irrupción en nuestro país de la irresarcibilidad del interés legítimo–, la defunción del monismo culpabilístico, o la crítica a la absurda resignación al panobjetivismo, como si no pudieran llenarse con lucidez jurídica los vacíos que deja el legislador.

Precisamente este es un punto donde merece la pena detenerse. Si algo demuestra el permanente contraste entre la experiencia jurídica italiana y la española que plantea Medina Alcoz, es que quizá hayamos cometido en España un imperdonable pecado de suficiencia. Gozando de mejores instrumentos normativos que en Italia para afrontar los problemas que plantea la responsabilidad patrimonial de la Administración, nuestra doctrina no ha sabido encontrar los caminos adecuados para ello, o, mejor dicho, encontrado el camino, ha dejado escapar décadas sin recorrerlo. Es más, quienes se han permitido mirar con cierto desdén, desde el objetivismo de nuestro sistema normativo, los esfuerzos doctrinales italianos por superar el encorsetamiento en el régimen del *Codice Civile*, quedan en evidencia en esta obra, que demuestra no sólo que nuestras más fecundas aportaciones doctrinales en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración han seguido las vías abiertas por doctrina (civil en muchos casos) italiana, sino que, con sorprendente retraso, nos precipitamos a estancarnos en errores superados en aquel país. La importación silenciosa del dogma de la irresarcibilidad del interés legítimo, superado en Italia desde 1999, es buena prueba de que

nuestra supuesta superioridad normativa –no estamos, como los italianos, formalmente encerrados en un sistema general de responsabilidad por culpa– se ha visto truncada por una cierta deficiencia doctrinal, con un menor esfuerzo dogmático.

No es casualidad que la impagable aportación de García de Enterría, Leguina Villa y Villar Palasí, desplazando la antijuridicidad al daño y abriendo el camino a un sistema poligenético, pero en ningún caso ilimitado, de responsabilidad patrimonial, haya calado mejor en los civilistas españoles que en los administrativistas, que hasta esta obra no han sabido recuperar la vía abierta por aquéllos.

Esta obra demuestra precisamente que el largo y difícil camino del estudio dogmático, sin caer en fáciles tentaciones de medio y corto plazo, es la vía adecuada para superar la inseguridad creciente en ciertos ámbitos del Derecho administrativo. Con razón dice el gran maestro que prologa esta obra que en ella se presenta “un jurista plenamente maduro, en posesión de todas las técnicas y los criterios dogmáticos necesarios para iluminar de manera decisiva una de las instituciones centrales del Derecho Administrativo actual, en la cual quizás un cierto aflojamiento de ciertos rigores técnicos estaba pretendiendo presentarla con conceptos injustificadamente inseguros y problemáticos”.

Por eso, porque tiene la virtud de penetrar sin miedo con la luz segura y duradera del método jurídico en el tejido vivo de la institución estudiada, estoy convencido de que estamos ante la que va a ser por mucho tiempo la obra de referencia en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración. Tal es la potencialidad y alcance del Derecho entendido en toda su amplitud –con sus instituciones, sus principios y su método– cuando está en manos de un verdadero jurista, que ha preferido el camino más difícil, pero el único que lleva a lugar seguro: el del paciente estudio de las instituciones que mueven la naturaleza muerta de las normas. Así es como a través del Derecho se solucionan los problemas sociales. Es también de este modo como se demuestra el compromiso personal del jurista con un Derecho más justo e, incluso, es la manera de transmitir a otros profesionales del Derecho –como me ha ocurrido a mí al leer esta monografía– ilusión y entusiasmo. Por eso creo sinceramente que hay mucho que agradecer a Luis Medina Alcoz por darnos esta obra.

¡FINALMENTE, LA CONSTITUCIÓN
fue reformada!*

José Luis Cea Egaña**

INTRODUCCIÓN

Agradezco a Clarita Szczaranski haberme invitado a exponerles una visión de las recientes reformas constitucionales, en este panorama único que es el sur de Chile.

Me referiré al gran cambio de 2005, con énfasis en el término de los enclaves autoritarios y realzando otras enmiendas que perfeccionan nuestro régimen institucional.

Mi tesis será la siguiente, simple, pero que exige explicación: “Finalmente, la Constitución ha sido reformada”.

Antes de explicarles el significado de esa afirmación, permítanme destacar los rasgos matrices de la reforma.

I. SENTIDO Y ALCANCE DE LA REFORMA

La Constitución de Chile experimentó, por la Ley N° 20.050¹, la modificación más honda y vasta que se le ha hecho desde 1980. Trátase del decimoséptimo cambio introducido a dicha Carta Fundamental, comparable en importancia sólo al primero que tuvo, en 1989. Es ya, en consecuencia, el Código Político chileno con el mayor número de enmiendas.

Curiosamente, la modificación efectuada dieciséis años atrás abrió nuestra transición desde el autoritarismo a la democracia; y la modificación que comentaré esta tarde cierra ese proceso². Por supuesto, lo dicho no significa suprimir las aspiraciones a los perfeccionamientos institucionales, pero sí que ahora cabe reconocer la plenitud democrática de nuestra Constitución. Esta ha llegado a ser, entonces, un motivo de unión y no más de división entre los chilenos. Es ahora la Ley Suprema de todos y para todos los habitantes del país y los compatriotas en el extranjero.

La enmienda alcanzó tal magnitud, que fue necesario facultar al Presidente de la República³ para que, mediante decreto supremo, dictara el texto refundido, coordinado y

¹ El presente artículo fue pronunciado por el autor el 1 de diciembre de 2005, en el marco del Seminario Anual de los Abogados Procuradores Fiscales del Consejo de Defensa del Estado desarrollado entre los días 30 de noviembre y 2 de diciembre de 2005 en el Transporte “Aguiles” de la Armada de Chile.

² JOSÉ LUIS CEA EGAÑA, Magíster en Instituciones Legales y Doctor en Ciencias Jurídicas de la Universidad de Wisconsin, profesor titular de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica de Chile y Presidente del Excelentísimo Tribunal Constitucional.

Publicada en el Diario Oficial el 26 de agosto de 2005.

² Consúltense Ricardo Lagos Escobar, Presidente de la República: “Una Constitución para el Chile del Bicentenario”, en Francisco Zúñiga Urbina (coordinador): Reforma Constitucional (Santiago, Ed. Lexis Nexis, 2005) pp. 1 ss.

³ Artículo 2 de la Ley N° 20.050, citada.

Cabe observar que el artículo 1° de la Ley N° 20.050 contiene 54 cambios a la Constitución, pero que la revisión pormenorizada de ellos concluye que se trata de más de 100 modificaciones, porque cada uno de esos cambios abarca, en numerosos casos, dos o más enmiendas. Véanse, por ejemplo, las reformas introducidas a los artículos 10, 11, 17, 19, 26, 32, 41 (con letras A, B, C y D), 47, 48, 49, 54, 79 y 80 letra C. Además, mediante esa ley fueron sustituidos o derogados artículos completos, como los siguientes: 28, 29, 39, 40, 41, 45, 46, 50, 51, 52, 80, 81, 82, 83, 90, 95, 96 y artículo final. Por último, recuérdese que sólo en virtud de la 53ª enmienda efectuada por la ley citada quedaron suprimidas veintinueve disposiciones transitorias como asimismo que, mediante la 54ª enmienda, se incorporaron nueve disposiciones de esa índole.

sistematizado del Código Político⁴. Con el ánimo de reemplazar, en lo posible, la versión de 1980 y sus dieciséis reformas ya se alude a la transcripción actualizada y refundida como la **Constitución de 2005 o del Bicentenario**. Confiamos que una y otra denominación signifiquen consenso entre quienes propugnan el olvido de la versión original de la Ley Suprema, cargada de sobretonos castrenses y recelos hacia la democracia, por un lado, y aquellos que defienden esa visión, atribuyéndole la estabilidad institucional y el desarrollo humano del que Chile goza, de otro.

II. CARACTERÍSTICAS GENERALES

Siguiendo el texto de la reforma publicado en el Diario Oficial, es posible formular ciertos rasgos matrices, una síntesis de los cuales inserto a continuación.

Primeramente, realzo que, en la historia republicana de Chile, trátase del cambio a una Constitución más largamente debatido en la sociedad política, en los medios de comunicación y en el Congreso. En efecto, las dos mociones de senadores que iniciaron la reforma, una de la Concertación y otra de la Alianza⁵, fueron presentadas a mediados de 2001 y reflejaban ya, a esa fecha, más de diez años de discusiones, acuerdos y desacuerdos previos.

Seguramente, tanta dificultad y dilación estuvo motivada por las reformas difíciles o polémicas, llamadas **duras o enclaves autoritarios**, el conjunto de los cuales configuraba la que se pregona como democracia protegida. Pues bien, todas las reformas difíciles, salvo una, quedaron incluidas en la enmienda. Esos escollos eran, sin duda, elementos característicos del texto original del Código Supremo de 1980; pero se trataba también de testimonios evidentes de falta de visión política o de sesgo ideológico, defectos que lo llevaron al envejecimiento y a su creciente ilegitimidad.

Afortunadamente, ahora podemos afirmar que tales escollos quedaron remontados. Hoy se hallan reemplazados por los acuerdos que enunció en seguida, a cada uno de los cuales he añadido mi apreciación abreviada.

En punto a la integración del Senado, lo es sólo por parlamentarios elegidos mediante sufragio universal, aunque dejándolo reducido a 38 miembros, cifra que nos parece escasa atendido el número de comisiones que funcionan en la Cámara Alta. Sin embargo, aclaro que el problema irá resolviéndose con la creación de nuevas regiones y las circunscripciones senatoriales en que serán divididas⁶. En efecto, ya se halla presentado el mensaje que divide la I y la X Regiones, aumentando a cuatro los senadores por la I, aunque manteniendo en el mismo número los senadores de la X Región, porque tiene dos circunscripciones.

Pertinente es referirse también a la amovilidad relativa de los cuatro comandos de las Instituciones Armadas, porque el Presidente de la República podrá llamarlos a retiro, antes de completar el período respectivo, mediante decreto supremo fundado, el cual tendrá que ser previamente informado a la Cámara de Diputados y al Senado. Mueve a reflexión, sin embargo, determinar el sentido de tal acto informativo, v.gr., para aclarar el rol de las Cámaras ante él.

Cabe, en tercer lugar, tener presente la radicación, en todos los órganos estatales, de la obligación de garantizar el orden institucional de la República, con sujeción a lo dispuesto en la Constitución y las leyes, de modo que ya no se reserva esa delicada misión únicamente a las Instituciones Armadas, sin que tampoco queden excluidas de participar en ella. He aquí, por

⁴ Útil es advertir que este texto fue firmado por el Primer Mandatario y sus Ministros el 17 de septiembre de 2005 en el Palacio de la Moneda.

⁵ Boletín N° 2526-07, con la moción de los senadores de la Alianza por Chile señores Chadwick, Diez, Larraín y Romero, y Boletín N° 2534-07, con la moción de los senadores de la Concertación por la Democracia, señores Bitar, Hamilton, Silva y Viera-Gallo.

⁶ Artículo 45 inciso 1°, en armonía con la cuadragésimasegunda disposición transitoria.

ende, una nueva base institucional⁷, cuyo alcance se halla bien precisado, porque se trata de la defensa del principio de supremacía del Código Político, asumiendo que para hacerlo hay que someterse, de buena fe, al espíritu más que a la letra de sus valores, principios y preceptos.

Agrego el traslado de la dependencia de Carabineros de Chile y de la Policía de Investigaciones desde el Ministerio de Defensa Nacional al nuevo Ministerio de Seguridad Pública⁸, corroborando así la esencia de su misión, la cual es diferente de la que incumbe servir a las Fuerzas Armadas.

No puede ser omitido un comentario sobre la transformación del Consejo de Seguridad Nacional en un órgano integrado por cinco autoridades civiles y cuatro uniformadas; encargado sólo de asesorar al Primer Mandatario⁹, cuando éste lo solicite, en las materias vinculadas a dicha seguridad; susceptible de ser convocado únicamente por el Primer Mandatario; incompetente para adoptar acuerdos, y cuyas actas serán públicas, a menos que la mayoría de sus miembros resuelva, en cada caso, lo contrario.

Por último, realzo la remisión a la ley orgánica constitucional respectiva¹⁰ de cuanto se refiere al sistema electoral de los parlamentarios, aunque sin proclamar todavía el principio que caracterizará aquel régimen, es decir, si será la representación proporcional corregida o algún método mayoritario que, espero, deje de ser el binominal, hoy en vigencia¹¹.

III. CULMINACIÓN DE UN PROCESO

Me referiré al tema analizando la tesis que ya mencioné y que ahora repito: “¡Finalmente, la Constitución fue reformada!”

Uso, por de pronto, el adverbio “Finalmente” para dejar de manifiesto las observaciones siguientes:

1. La resistencia al cambio de la Carta Fundamental comenzó en septiembre de 1980, tan pronto conocimos su texto por la publicación respectiva en el Diario Oficial. Fueron necesarios 25 años, por consiguiente, para lograr modificarlo;
2. El sistema electoral binominal obligó a compromisos políticos de la Concertación y de la Alianza opositora que fracasaron en el Senado al menos en tres oportunidades anteriores;
3. No es una reforma óptima o perfecta, pero ¿habrá algún cambio que reúna tan difíciles características? Las Constituciones, como el Derecho en general, cambian y tienen que hacerlo para servir sus objetivos, pero las modificaciones que me ocupan pueden ser singularizadas por fenómenos políticos notables, de los cuales destaco la aproximación de posiciones antagónicas, el hallazgo de alternativas y la renuncia a planteamientos extremos. En resumen, percibo en tal progreso un incremento del nivel de conciencia cívica de los integrantes del Poder Constituyente y de los actores políticos en general; y
4. Lo positivo y valioso, finalmente, es que se reconoció que la reforma era imperativa; que

⁷ Artículo 6 inciso 1°.

⁸ Sin embargo, la disposición transitoria cuadragésimasexta aclara que “las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública seguirán siendo dependientes del Ministerio encargado de la Defensa Nacional hasta que se dicte la nueva ley que cree el Ministerio encargado de la Seguridad Pública”.

⁹ Imperativo es advertir, no obstante, la excepción prevista en el artículo 109 inciso 3° del texto refundido, dado que allí se confía al Consejo la facultad de calificar la procedencia de autorizar o no al Banco Central para obtener, otorgar o financiar créditos al Estado y entidades públicas o privadas en caso de guerra exterior o de peligro de ella. La historia fidedigna de la reforma no aclara si dicha excepción fue deliberadamente establecida o no fue más que una omisión u olvido.

¹⁰ No se olvide que el inciso 2° de la decimotercera disposición transitoria contempla una nueva especie de ley, cuya denominación es la ya señalada, pero que difiere de las demás leyes orgánicas constitucionales por el quórum que es menester reunir para modificarla, esto es, el voto conforme de las tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio.

¹¹ Artículo 45 inciso 1°.

pueden pactarse otros cambios; y que el régimen es perfectible dentro de la estabilidad que ha demostrado.

IV. UNA REFORMA SUSTANCIAL

Ya realcé que la reforma de 2005 es la más importante de las diecisiete hechas a la Constitución. Dije, sin embargo, que la Carta Política ha sido sólo reformada y no sustituida, lo cual significa:

1. La eliminación de los enclaves autoritarios, ya comentados;
2. Que la supresión de esos enclaves cambió profundamente, pero no alcanzó a reemplazar el régimen político contemplado en la Constitución de 1980. Ciertamente es que ninguna de las dieciséis reformas anteriores había llegado al punto en que lo hizo la reforma en análisis, pero son numerosas las disposiciones del Texto de 1980 que prosiguen en vigor. Lo importante es, sin embargo, que ahora Chile tiene una Carta Fundamental coincidente con su tradición republicana cercana al bicentenario;
3. Resulta importante coincidir, sin embargo, en que la reforma fue el resultado de múltiples y sucesivos compromisos entre fuerzas políticas, ninguna de las cuales podía, por sí sola, lograr los cambios mencionados. He aquí, nítidamente manifestada, la importancia del régimen electoral binominal. Eso explica por qué no fueron aprobadas todas las reformas demandadas por la Concertación. Entre esas modificaciones pendientes se hallan las que enuncio a continuación:
 - A. El reemplazo del sistema electoral binominal, aunque ahora será más fácil aprobar esa modificación porque el tema quedó entregado a la regulación de la ley orgánica respectiva y no fijado en la Carta Política¹²;
 - B. El reconocimiento de un estatuto especial para las etnias; y
 - C. La aprobación del Tratado de Roma, que crea la Corte Penal Internacional, aunque ya la Comisión respectiva y la Sala del Senado, que eran los obstáculos mayores, despacharon el proyecto en general y en primer trámite¹³.
4. Espero que durante 2006 se introduzcan nuevas reformas, incluyendo las tres mencionadas. Personalmente, me preocupa profundizar la participación política, mediante la introducción de las instituciones de la democracia semidirecta. Asimismo, abogo por la implantación de una regionalización integral y efectiva¹⁴; creo indispensable, por último, integrar más y mejor el Derecho Constitucional con el Derecho Internacional Público y, dentro de este, con los tratados sobre derechos y garantías fundamentales; y
5. El Bloque Constitucional espera ser también adecuado a los cambios de la Carta Fundamental. Esta labor es ímproba, porque abarca siete leyes orgánicas constitucionales, al menos, y lo que no deja de ser preocupante, parece retardada en su estudio y aprobación.

V. PROCESO ACUMULATIVO

Por último, mi tesis sostiene que la Constitución ha sido sólo reformada, quiero decir, que

¹² Artículo 49 inciso 1º y artículo 110 inciso 2º del texto refundido, ambos en armonía con lo preceptuado en la decimotercera disposición transitoria.

¹³ La sustitución del antiguo artículo 50 I y la introducción de la disposición transitoria decimoquinta, en su inciso 1º, son insuficientes para resolver las dificultades suscitadas por la sentencia del Tribunal Constitucional en el rubro, fechada el 8 de abril de 2002 (Rol N° 346).

¹⁴ Véase Jorge Tapia Valdés: "Descentralización, Regionalización y Neosubordinación", en *Reforma Constitucional*, cit., pp. 167.

no se trata de una Carta Fundamental nueva, reemplazante de la implantada en 1980, con sus dieciséis enmiendas anteriores incluidas. El tema es interesante y excede al bizantinismo académico. Lo digo por varias razones, entre ellas las siguientes:

Primeramente, pues algunos se apoyan en que hoy rige el texto refundido para sostener que se trata de una Constitución nueva, la de 2005 o del Bicentenario. Agregan que el alto prestigio del Presidente Lagos justifica que éste y sus ministros aparezcan como firmantes de la Constitución en vigor. No otorgan, en fin, importancia a que aquel texto se haya apartado de la tradición constitucional chilena, al ser promulgado sin invocar a Dios Todopoderoso.

Sobre el punto, creo que dejará de ser llamada Carta Fundamental de 1980, como sucedió con el Código Político de 1833, sólo reformado en 1925 y que, pronto, fue conocido como Constitución de este año. Esta conclusión no impide subrayar que, en numerosos tópicos sustantivos, concentrados en los Capítulos I y III, que son los más relevantes del constitucionalismo contemporáneo, el Código Político de 1980 y sus modificaciones se mantiene inalterado, rasgo que en sí mismo justifica deducir diversas consecuencias, omitidas aquí.

No faltan, sin embargo, quienes sostienen que, aun después de las reformas, la Constitución sigue siendo ilegítima en su origen y contenido. Por consiguiente, demandan la convocatoria de una Asamblea Constituyente para que estudie, debata y apruebe un nuevo Texto Fundamental, que sea ratificado en plebiscito o referendo.

Yo no comparto dicha tesis. Mis razones no se fundan sólo en que resultan ser contrarias al planteamiento que he explicitado, sino que miran a cuestiones más generales y de fondo sobre el constitucionalismo latinoamericano y, en cierta medida, también chileno. Por ejemplo, invito a pensar en las proposiciones que resumo a continuación:

1. Ya es tiempo que entendamos que el constitucionalismo es un proceso político y cultural más que jurídico, de modo que los problemas no se resuelven sólo ni principalmente modificando la letra de las Constituciones y su legislación complementaria;
2. Ya es tiempo, igualmente, que entendamos que el constitucionalismo es acumulativo y progresivo, porque lo que Chile es hoy se debe, en medida importante, a la experiencia histórica de éxitos y fracasos que hemos experimentado en casi 200 años de vida republicana, cuyo reflejo hallamos en los textos constitucionales;
3. Ya es tiempo en tercer lugar, que entendamos que el cambio o la reforma siguen abiertos y que se harán realidad en la fórmula clave y esencial de la democracia, esto es, el compromiso de las fuerzas políticas que creen y practican ese estilo, método y objetivo de convivencia pacífica, con pluralismo y tolerancia, haciendo imperar la igualdad de oportunidades y la justicia para todos;
4. Ya es tiempo, que entendamos que una Constitución que, a pesar de los reparos que aún suscita, ha sido vivida –y con éxito– durante 25 años, no puede ser eliminada y sustituida por otra que, nadie sabe con certeza, cuáles serían sus características matrices ni la secuela de implantarla, seguramente con base en prefiguraciones ideológicas de inquietante memoria; y
5. Ya es tiempo, por último, que reconozcamos a la jurisprudencia los ámbitos que le permitan adaptar los textos a las demandas del tiempo; mutarlos con lealtad al espíritu de modernización que fluye de ellos; hacer, en definitiva, que evolucionen, evitando el reformismo constante que, en lugar de solucionar los dilemas, sume a los países en el caudillismo, el populismo y la inestabilidad de las instituciones.

VI. VISIÓN SUSTANTIVA

La reforma se halla concentrada en la organización y funcionamiento de las instituciones estatales. Consiguientemente, sólo de modo excepcional aparecen modificaciones relativas a la nacionalidad, a la ciudadanía y al ejercicio y protección de los derechos fundamentales, incluyendo las garantías correspondientes. Ilustro este último tópico con un ejemplo, esto es,

que el tribunal debe hallarse establecido por la ley con anterioridad a la perpetración del hecho que juzga.

Entre tantos cambios, algunos son, en principio al menos, medulares o sustanciales. Es el caso, por ejemplo, de los siguientes:

1. Los estados de excepción, para aumentar la intervención del Congreso Nacional en la implantación del estado de asamblea y del estado de sitio; proteger mejor los derechos esenciales por la Magistratura a través de los recursos de amparo y protección, aseverando que las medidas particulares que afecten derechos constitucionales serán siempre impugnables ante las autoridades judiciales, y que la ley orgánica respectiva contemplará lo estrictamente necesario para el restablecimiento de la normalidad constitucional, principio y objetivo básico de los estados aludidos en la democracia efectiva;
2. La fiscalización parlamentaria de los actos del Gobierno, mediante la citación a los Ministros de Estado, hasta tres veces en un año calendario; y la constitucionalización de las comisiones investigadoras, a petición de dos quintos, a lo menos, de los diputados en ejercicio¹⁵;
3. La mayor injerencia del Congreso en nexos con la reserva, la denuncia y el retiro de la reserva de los tratados internacionales¹⁶; y
4. El nuevo estatuto del Tribunal Constitucional, en su organización, designación de Ministros y competencia, tema al que, por su importancia, han sido dedicadas ya varias monografías¹⁷ y del que añadiré algunos comentarios al finalizar esta exposición.

VII. CORRECCIONES, PERFECCIONAMIENTOS Y ACLARACIONES

En lo demás, las reformas son circunscritas o específicas. Cabe sostener esa característica, por ejemplo, a propósito de las innovaciones siguientes, de las cuales fluyen rectificaciones, mejoras y solución de dudas en ligamen con el texto precedente:

1. La inserción, en el artículo 1, de dos valores señeros: primero, que todos los órganos del Estado quedan obligados, cada cual en su competencia, a promover la regionalización del país, aunque tal valor es aplicable nada más que a la actividad administrativa¹⁸; y segundo, que idéntico deber recae en tales órganos en punto a fortalecer el desarrollo equitativo y solidario entre las regiones, provincias y comunas del territorio nacional;
2. La probidad y la publicidad como nuevas Bases de la Institucionalidad. Aunque sea una proclamación de intenciones u objetivos, los dos aludidos son nobles y, al ser insertados entre tales Bases, se erigen en designio que compele al legislador, a todos los órganos públicos y a la ciudadanía para llevarlos a efecto¹⁹;
3. La fusión, en una sola, de las fuentes de la nacionalidad previstas en el artículo 10 N^{tos} 2 y

¹⁵ Consúltese Eduardo Cordero Quinzacara: "La Facultad Fiscalizadora de la Cámara de Diputados", en Francisco Zúñiga Urbina (coordinador): *Reforma Constitucional*, cit., p. 507 ss.

¹⁶ Revisese Marisol Peña Torres: "Aspectos Fundamentales de la Reforma Constitucional 2005 en Materia de Tratados Internacionales", en *Reforma Constitucional*, cit., p. 527 ss.

¹⁷ Véanse los artículos de Juan Colombo Campbell, Humberto Nogueira Alcalá, Lautaro Ríos Álvarez y Gastón Gómez Bernal en *Reforma Constitucional*, cit., p. 551 ss.

¹⁸ Manuel Núñez Poblete: "Estado Unitario: Unidad del Estado y Unidad de Constitución. La Forma de Estado Chileno Bajo la Constitución de 1980", en *Reforma Constitucional*, cit., p. 149 ss.

¹⁹ Revisese el informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, reproducido en el *Diario de Sesiones* (18 de octubre de 2005) p. 4595 ss. y 4610 ss.

- 3, ampliando su alcance, a la vez que eliminando la vigencia de avecindamiento por más de un año en Chile para que los hijos de padre o madre chilenos, nacidos en territorio extranjero, obtengan nuestra nacionalidad;
4. La derogación de la difamación y la entrega a la ley de cuanto se refiera al respeto y la protección tanto de la vida privada como de la honra de la persona y su familia. La libertad de expresión queda así vigorizada²⁰;
5. El restablecimiento del control de la ética profesional por los Colegios respectivos, revisable por las Cortes de Apelaciones correspondientes, pero sin dejar al margen de tal control a los no asociados;
6. Una reforma al recurso de protección, en cuanto se reemplaza, en el artículo 20 inciso 2º, la conjunción copulativa “y” por la disyuntiva “o”, en la tutela del medio ambiente, facilitará deducirlo y que sea acogido;
7. Queda salvada también la anomalía derivada del artículo 29 antiguo, pues ahora, si la vacancia del cargo de Presidente de la República se produce faltando dos o más años para la próxima elección presidencial, el Vicepresidente ha de convocar a la ciudadanía para el sexagésimo día después de la convocatoria. El Jefe de Estado así elegido durará en el cargo hasta completar el período que restaba al reemplazado;
8. La reducción del período presidencial a cuatro años, sin reelección para el período siguiente. Se retorna, por consiguiente, a la simultaneidad de los comicios presidenciales y de los parlamentarios, a la vez que aumenta la participación ciudadana a raíz de la rebaja de la duración del mandato del Primer Mandatario²¹;
9. La posibilidad que los parlamentarios renuncien a sus cargos cuando los afecte una enfermedad grave que les impida desempeñarlos y así lo califique el Tribunal Constitucional;
10. Es una corrección, indudablemente, la eliminación de la frase, desdorosa para el respeto que merece la Cámara de Diputados, que presumía el cumplimiento de la obligación del Gobierno de contestar los oficios relativos a la fiscalización política por el solo hecho de entregar la respuesta;
11. La introducción de las comisiones mixtas para que el Senado y la Cámara de Diputados resuelvan sus diferencias en relación con los proyectos de reforma constitucional;
12. La supresión de la legislatura extraordinaria, hallándose ahora prevista una sola legislatura, no susceptible ya de ser llamada **ordinaria**, lo cual eleva la potestad colegisladora de las Cámaras parlamentarias. No se olvide, con todo, que el Primer Mandatario quedó facultado para pedir, indicando los motivos, que se cite a sesión a cualquiera de las dos ramas del Congreso Nacional, debiendo, en tal caso, reunirse a la brevedad posible; y
13. Se aclara, finalmente, que en lo no previsto en el capítulo dedicado a la reforma de la Constitución, serán aplicables a la tramitación de los proyectos respectivos las normas sobre formación de la ley, aunque respetando siempre los quórum especiales exigidos al efecto.

VIII. EL CAMBIO MÁS IMPORTANTE

En esa perspectiva se comprende la trascendencia de los numerosos cambios al Tribunal Constitucional, al punto que fueron sustituidos los tres artículos del Capítulo VII e introducidas otras tantas disposiciones transitorias. Esa Magistratura es ahora el Supremo Defensor de la Constitución, aunque no se llegó a un régimen de control de supremacía íntegramente concentrado. Seguirá, por ende, rigiendo el principio de control *ex post* difuso, previsto en el

²⁰ Consúltese la Ley Nº 20.048, publicada en el Diario Oficial el 31 de agosto de 2005, que derogó el delito de desacato, tipificado en el Código Penal y en el Código de Justicia Militar.

²¹ La disposición transitoria cuadragesimaprimer preceptiva que “El mandato del Presidente de la República en ejercicio será de seis años, no pudiendo ser reelegido para el período siguiente”.

artículo 6º, si bien los jueces podrán optar por plantear la cuestión de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de un precepto legal²².

Como he dicho, el Capítulo VII y sus artículos 92, 93 y 94 experimentaron enmiendas significativas. En síntesis:

1. El Tribunal eleva de siete a diez sus Ministros y se reemplaza el método aplicable a su designación: tres lo serán por el Presidente de la República; dos por el Senado; otros dos por el mismo Senado pero a proposición de la Cámara de Diputados; y tres por la Corte Suprema, pero excluyéndose a quienes sean Ministros de esta Magistratura. Participarán, por ende, los tres Poderes clásicos en estos nombramientos. Sin embargo, lo esencial es que se cumpla **el deber de ingratitud** como lo llamó Louis Joseph Favoreu²³, es decir, que los designados sean magistrados real y enteramente independientes, sobre todo, de frente a los órganos estatales que los nombraron;
2. La competencia del Tribunal queda notablemente ampliada. No conozco, en realidad, una Magistratura de esta especie dotada de mayores atribuciones. Singular trascendencia adquiere el traspaso de la declaración de inaplicabilidad de la Corte Suprema al Tribunal; el pronunciamiento, con efectos generales, de la inconstitucionalidad de los preceptos legales; y el control de supremacía de los autos acordados. La Corte Suprema va así configurándose como tribunal de casación genuino, sin perjuicio de retener su competencia para decidir las acciones de protección y amparo constitucional; y
3. Definitiva y sinópticamente dicho, para terminar, el Tribunal queda como el defensor máximo de la Constitución y de su legislación complementaria. Lo hará con Ministros de dedicación exclusiva y sometidos a un cúmulo de prohibiciones que garantizan su independencia e imparcialidad.

EPÍLOGO

Creo que el porvenir institucional de Chile es despejado en lo político, social y económico, interno e internacional.

Sobre la base sólida que hoy tenemos, es posible continuar progresando en realizar una democracia constitucional más efectiva para el beneficio de todos los habitantes de nuestro suelo.

Tal vez el significado más profundo de la reforma que he comentado radique en un mérito, cual es que los actores políticos han demostrado la madurez suficiente para mantener lo valioso de la Constitución de 1980, depurándola de errores y excesos, a la vez que enriqueciendo nuestra tradición institucional, al adecuarla a las exigencias de la comunidad nacional²⁴.

¡Gracias por venir y escucharme!

²² Cf. Juan Colombo Campbell: "Tribunal Constitucional, Integración, Competencia y Sentencia", *Reforma Constitucional cit.*, p. 569 ss.

²³ "Los Tribunales Constitucionales", en Domingo García Belaúnde y Francisco Fernández Segado (coordinadores): *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica* (Madrid, Ed. Dykinson, 1997) p. 108.

²⁴ Revisese del autor "Panorama General de la Reforma", *Reforma Constitucional cit.*, p. 19 ss.

PRINCIPIO EDUCATIVO Y (RE)SOCIALIZACIÓN
en el Derecho penal juvenil*

Jaime Couso Salas**

En el Derecho penal de adolescentes o de menores se suele partir de la base de que los fines preventivo-especiales juegan en él un papel central, convirtiéndose en lo que lo distingue del Derecho penal aplicado a los adultos. La prevención especial, a su vez, es entendida en términos de la (re)socialización¹ del adolescente, si bien también se la suele asimilar a un objetivo “socioeducativo”², es decir, de educación para la vida en sociedad.

Ahora bien, como aclaración inicial para este trabajo, cuando en este contexto se habla de “educación” es claro que con esa expresión no se puede hacer referencia a lo que la pedagogía y las ciencias de la educación entienden por tal. Pues la educación del Derecho penal de adolescentes, como advierte Albrecht (1993: 69) a partir de la experiencia alemana, es entendida primordialmente como un efecto de la pena, ya en el sentido de una intimidación individual (a través del “efecto educativo de la retribución”), ya en el sentido de una “resocialización”. A diferencia de esta educación “a través de pena”, que requiere de –y cuenta con– el contexto coactivo de la justicia penal, la educación de la que se habla en la pedagogía y en las ciencias de la educación aspira al desarrollo de la personalidad, contando con su autonomía y participación, y considerando plenamente su subjetividad. Para ello –agrega Albrecht– también es necesario contar con posibilidades de socialización adecuadas, es decir, circunstancias vitales que permitan un desarrollo de la personalidad, pero la disposición y distribución de tales posibilidades de desarrollo –concluye– es una tarea de política social estatal, no la tarea del derecho penal y la justicia. La “educación” del Derecho penal de adolescentes, en cambio, cuyo único objetivo sostenible desde el punto de vista constitucional es la “dirección parcial del comportamiento, en el sentido de la exigencia de un comportamiento legal. Desde la perspectiva científico-social esto último no es “educación” (socialización) sino exclusivamente control social” (Albrecht, 1990: 108-109).

Por ello, si en el contexto del Derecho penal de adolescentes se seguirá hablando de fines educativos o socioeducativos, habrá que entenderlos en el sentido de la “prevención especial” positiva (“resocialización”).

Hecha esa aclaración, la siguiente pregunta guía esta ponencia: ¿Queda aún un papel para la educación y la (re)socialización en el Derecho penal juvenil tras la crisis de la prevención especial y el giro hacia un garantismo proporcionalista?

La pregunta asume tres supuestos:

¹* Este trabajo corresponde a una versión ampliada de la conferencia ofrecida por el autor el 30 de marzo de 2006 en Oaxaca, México, en el “Foro Justicia en Materia de Menores Infractores”, organizado por el Consejo de Tutela del Estado de Oaxaca y auspiciado por la Unión Europea y el Instituto Nacional de Ciencias Penales (Inacipe), de México.

²** Licenciado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Doctor en Derecho de la Universidad de Sevilla y Profesor-Investigador del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales.

En este trabajo no me referiré a lo impropio de la expresión “resocialización”, que asume una serie de supuestos muy discutibles acerca de la situación del adolescente infractor y su relación con el sistema social. Tampoco ahondaré –aunque sí haré una referencia a la cuestión– en lo impropio del uso de la expresión “educación” en el marco del Derecho penal de adolescentes, donde tiene una significación que la aleja radicalmente de su significado científico-social (Albrecht, 1993: 72-73). Para más detalles sobre esta incompatibilidad entre la educación propia de la pedagogía y el Derecho penal de adolescentes, véase Couso (1998).

² La Ley N° 20.084, que establece un sistema de responsabilidad penal de los adolescentes, al hablar de los fines de las sanciones, explícitamente se refiere su carácter “socioeducativo” (Art. 20).

1. Durante buena parte del siglo XX los sistemas de justicia juvenil inspirados en el Tribunal de Menores de Chicago se orientaron, a lo menos en el plano del discurso y la ideología explícita, a la educación y (re)socialización de los menores infractores más que a su justo castigo (Platt, 1982; García Méndez, 1992).
2. La justicia de menores fracasó en su afán educativo y (re)socializador. Ello fue evidente respecto de uno de sus instrumentos más característicos: los centros de internamiento correccional o de rehabilitación, como incluso los fundadores del movimiento por los tribunales de menores lo reconocieron (Platt, 1982), diagnóstico que en lo fundamental subsiste hasta hoy (Feld, 1999: 272-273; Albrecht, 1993). La medida de educativa y de (re)socialización se mostró, entonces, como una pena y no una acción de bienestar, que por lo demás se imponía sin respetar las garantías constitucionales de los menores de edad (Cantarero Bandrés, 1989; Platt, 1982; Albrecht, 1993).
3. Desde el fracaso de ese primer modelo, se ha asistido, a lo menos en Estados Unidos, pero también en algunos países de Europa y varios de América Latina, a un giro hacia una justicia juvenil más respetuosa de aquellas garantías, pero también más explícitamente orientada a un castigo justo, proporcional a la gravedad del delito, si bien considerando la menor culpabilidad que puede atribuirse a los menores de edad (Feld, 1999: 253-260; Giménez-Salinas, 1992: 21 ss.; Beloff, 1999).

¿Qué espacio queda para los viejos objetivos educativos y de (re)socialización en este nuevo derecho penal juvenil garantista y proporcionalista?

Para responder a esta pregunta hay que complejizar algo el diagnóstico, complementado los supuestos que acabo de reseñar con una serie de hipótesis que, si bien no es posible fundamentar en este lugar, sí cuentan con cierta plausibilidad:

- 1^a La estrategia intervencionista no representó el único camino seguido por los tribunales de menores para procurar la (re)socialización de éstos. Una estrategia alternativa fue la *diversión*, esto es, la despenalización, evitando que los menores entraran al circuito judicial (donde entran en contacto con un conjunto de prácticas desocializadoras y estigmatizantes, como la detención policial, los interrogatorios, las audiencias, los centros de diagnóstico y las correccionales), y manteniéndolos, en cambio, en sus familias y escuelas, y derivándolos, en ciertos casos, a servicios sociales que les presten asistencia en sus familias y comunidades (Zimring, 2002)³. Y si bien en sus inicios, el uso de ambas estrategias, más que competitivo parece haber sido complementario, escogiéndose una u otra para diversos tipos de sujeto, de acuerdo con criterios de clase (Feld, 1999: 73), el caso es que en el largo plazo se aprecia, junto con la versión predominante de un tribunal *intervencionista*, una variante *despenalizadora*, que parece haber tenido más convicciones en relación con lo que no hay que hacer con los menores (mantenerlos en la justicia y sus instituciones) que con lo que hay que hacer con ellos. Este uso despenalizador de la justicia de menores no implica necesariamente una renuncia a la idea de la (re)socialización, sino más bien una apuesta a que esta se logre fuera de la justicia, en la familia, la comunidad y los servicios sociales regulares; el objetivo (re)socializador de la justicia juvenil no se lograría fundamentalmente por medio de lo que la justicia de menores hace, sino al contrario, gracias a lo que deja de hacer, o más exactamente, merced a que este sistema de justicia cuenta con instituciones (procesales) que permiten sacar del circuito judicial a un buen número de casos, o evitar que entren a ella, permaneciendo en un espacio más adecuado para socializarse. Desde esta perspectiva, entonces, no es que postule que “nada funciona”⁴, sino más precisamente, que

³ Albrecht niega que en Alemania haya existido un efecto despenalizador derivado del movimiento por los tribunales de menores (1993: 77).

⁴ Como lo anunciara polémicamente Martinson en 1974, al evaluar críticamente un amplio espectro de programas de rehabilitación, en el marco de un estudio destinado a indagar “What works?” en esa materia. Su conclusión (“nothing works”), reproducida como slogan a partir de entonces, se convirtió en un símbolo de la crisis de las ideas (re)socializadoras que comienza a

no habiendo evidencias de que algo funcione mejor que la familia, la comunidad, la escuela y los servicios sociales normales (y respecto de los centros de internación incluso habiendo evidencias de su efecto contraproducente), el principal objetivo de unas leyes y unos tribunales especiales para menores infractores es evitar que éstos salgan de esos espacios sociales, o favorecer su más pronto regreso a los mismos. Esa actitud político-criminal encuentra hoy en día una justificación criminológica: buena parte de la criminalidad de adolescentes (toda la de bagatela y de “conflicto”) es episódica y remite espontáneamente sin intervención institucional alguna, por lo que esos adolescentes no necesitan una acción educativa o socializadora especial (Albrecht, 1993: 68, 78).

- 2^a Las medidas socioeducativas ambulatorias, como la libertad vigilada o “asistida”, que fueron también un instrumento muy importante para el movimiento por los tribunales de menores, ocupan un lugar intermedio entre la estrategia despenalizadora y la intervencionista, y son valoradas (y juzgadas) a partir de ambos puntos de vista: a veces, como una forma de buscar activamente la (re)socialización por medio de la intervención del sistema de justicia juvenil; otras veces, como la única forma practicable de sacar al menor de la justicia y sus instituciones, especialmente la internación (cautelar o como medida de rehabilitación). La decisión de si aquellas medidas son lo uno o lo otro depende de una serie de variables; por ejemplo, de si acaso los asuntos derivados a esos programas les son “arrebataados” a los centros de internación o más bien a la familia, la escuela y los servicios sociales normales (“ampliando –en tal caso– las redes del control”)⁵, y también, de si el cumplimiento de la medida viene reforzado por el contexto coactivo de una orden judicial, la amenaza de una sanción por incumplimiento, etc., o si no se apoya en esos elementos sino únicamente en una relación de ayuda construida fuera del contexto judicial, una vez que la justicia ya renunció a la persecución y se desentiende del cumplimiento de esa medida.
- 3^a Considerando específicamente el caso de los niños y adolescentes que cometen un delito más o menos leve, en forma ocasional, y que no han tenido contacto con la justicia, el empleo de medidas o sanciones educativas ambulatorias (como la libertad asistida), impuestas en un contexto institucional, como consecuencia o con ocasión de la infracción penal, tiene un significado intervencionista, que sólo puede explicarse por una cierta profesión de fe en la capacidad (re)socializadora de la justicia de menores y sus instituciones, que no es propia de la variante despenalizadora.
- 4^a En cambio, considerando los casos de adolescentes que han cometido ya varios delitos o que cometen uno, pero de mayor gravedad, el empleo de medidas socioeducativas ambulatorias (aun si se efectúa en un contexto institucional como lo es la justicia) podría ser visto como una forma de relativa despenalización, pues de no imponerse esas medidas el adolescente podría ser encarcelado.
- 5^a El empleo de estas sanciones ambulatorias, en los casos en que tiene signo despenalizador, puede considerarse, además, con efectos educativos o (re)socializadores, en dos sentidos y con dos alcances muy diversos: primero, negativamente, en la medida que, al evitar el encarcelamiento del joven, elude los efectos desocializadores y estigmatizantes asociados a ella; y, segundo, positivamente, pero en una medida que es objeto de un vivo debate, porque podría contribuir a la socialización de adolescentes que cometen delitos bajo condiciones individuales, familiares y sociales que operan como factores de riesgo y predictores de reincidencia (Vásquez González, 2003). A este respecto, el diagnóstico de fracaso de la (re)socialización que afecta a los centros de internación no puede extenderse sin más a estas otras medidas, las ambulatorias.
- 6^a La capacidad de las medidas o sanciones ambulatorias de contribuir negativamente a la

acusarse ya por esos años (Feld, 1999).

⁵ Como lo postulara Cohen, en el Reino Unido, respecto de las sanciones de base comunitaria, que, lejos de reemplazar a la cárcel por estas sanciones más benignas y orientadas a la reinserción, reclutaban su clientela de un segmento de criminalidad más bien insignificante, que antes no eran objeto de control alguno (Cohen, 1985).

socialización del adolescente, evitando su encarcelamiento, no se encuentra asegurada ni puede contarse con ella como una cuestión de principio, sino que depende de una cuestión empírica, que da cuenta de su base utilitaria. El argumento utilitario reza: “Estamos dispuestos, como sociedad, a renunciar al castigo puro y duro, a cambio de que el adolescente sea sometido a una medida (re)socializadora que reduzca su peligrosidad delictual, garantizando un comportamiento futuro sin delitos”; y el presupuesto empírico consiste en que realmente las medidas o sanciones ambulatorias ofrezcan una cierta eficacia preventivo-especial, y estén en condiciones de demostrarlas. En todo caso, si la comparación se efectúa con los resultados (normalmente negativos) de las sanciones de encierro, entonces la vara no está demasiado alta: incluso un nulo aporte preventivo-especial (ni aumenta ni disminuye la peligrosidad delictual) podría ser argumentado a favor de las sanciones ambulatorias, si el encarcelamiento asegura un “plus criminógeno” (es decir, una mayor peligrosidad delictual como efecto neto de su empleo); pero esta comparación rara vez se hará de esa manera, pues siempre el encarcelamiento tendrá a su favor su mayor impacto preventivo-general (incluso simbólico), de modo que las sanciones ambulatorias, para ganarse un espacio y conservarlo, se encuentran en la necesidad de demostrar un aporte preventivo-especial, en términos absolutos, es decir, una cierta capacidad de disminuir la reincidencia. Una condición para ello (entre muchas otras) es la capacidad para hacer calzar en forma precisa sujetos con programas, lo que exige procedimientos profesionales de diagnóstico y selección de medidas; la falta de esta capacidad explica en parte el relativo fracaso preventivo-especial de las sanciones penales de adolescentes (Feld, 1999: 281).

- 7^a Con todo, el principio educativo y (re)socializador también tiene una cierta capacidad de limitar las penas privativas de libertad, a través de una regulación especial de la ejecución penitenciaria para adolescentes, que suele ser más benigna que para los adultos, en dos sentidos: primero, porque plantea mayores exigencias de infraestructura, equipamiento, oferta programática y calificación del personal en los centros de privación de libertad de adolescentes, exigencias que en algunas jurisdicciones tienen base en un derecho constitucional, especial de los menores de edad, a condiciones que permitan su (re)socialización y, por tanto, que satisfagan un estándar más alto que los centros de adultos (Feld, 1999: 275)⁶; segundo, porque les permite acceder a beneficios penitenciarios, como salidas semanales o diarias, y poner término anticipado a la pena privativa de libertad (suspensión o remisión del resto de pena) o sustituirla por otra menos severa, todo ello con menores exigencias y en plazos absoluta y relativamente más bajos (o sin exigir un plazo de ejecución previo) que los que rigen para los adultos. Un fundamento normativo cualificado para ello se encuentra en el Art. 37.1 de la Convención de Derechos del Niño, que establece el principio según el cual la privación de libertad (cautelar o como sanción) debe emplearse tan sólo como un “último recurso y por el tiempo más breve que proceda”.
- 8^a Por lo que respecta a la capacidad de las medidas o sanciones ambulatorias de contribuir positivamente a la socialización de los adolescentes, si bien en alguna medida se da, no hay

⁶ Sobre la base de ese derecho, en Estados Unidos se han presentado demandas judiciales en contra de centros de internación de menores, por denegar el “derecho al tratamiento”, como un aspecto de la garantía del debido proceso (14^a enmienda), o por violar la prohibición (8^a enmienda) de penas crueles e inusuales. Pero los menores tienen reconocido, en la jurisdicción federal de Estados Unidos, un “interés, basado en el debido proceso, en ser libres de restricciones físicas innecesarias, que les da derecho a un escrutinio más minucioso de las condiciones de encierro que el que se concede a los condenados adultos” (en Feld, 1999: 275). El fundamento mediato de ese estándar más alto a favor de los menores se encuentra en la doctrina de la Corte Suprema de Estados Unidos, según el cual, cuando el Estado encarcela a una persona con el propósito de tratarla o rehabilitarla, la garantía del debido proceso exige que las condiciones de encierro guarden una relación razonable con el propósito para el cual fue confinada (Youngberg v. Romeo, 457 U.S. 307 (1982), que recayó en un caso de un adulto con retraso mental). Esa doctrina fue desarrollada por una corte federal, para el caso de un centro de internación de menores (Alexander S. v. Boyd 876 F. Supp. 773 (1995), fallo disponible en www.jurisprudenciainfancia.udn.cl), que explícitamente señala que el estándar para los menores es el debido proceso (en relación con el derecho al tratamiento) y no simplemente la prohibición de penas crueles o inusuales (que se aplica a los adultos).

ninguna base para afirmarla como un efecto general o siquiera mayoritario. La literatura comparada da cuenta de un debate sobre cuál es el saldo neto de las medidas socioeducativas (sobre todo, ambulatorias) en el sentido de su eficacia preventivo-especial. Definida esta en términos de disminución de la reincidencia de los menores que participan en tales programas, las evidencias más confiables dan cuenta de modestos efectos positivos (de entre un 6%⁷ y un 10%)⁸, que se dan sobre todo en “pequeños programas experimentales, que ofrecen una respuesta intensiva e integral a la multiplicidad de problemas –déficits educativos, disfunción familiar, habilidades interpersonales, sociales y vocacionales inadecuadas, y pobreza– que los menores delincuentes presentan ... con servicios proporcionados por personal de salud mental u otro que no sea de la institución de justicia juvenil” (Feld, 1999: 280, haciendo referencia al estudio de Lipsey y Wilson). De hecho, los únicos programas que pueden documentar científicamente un efecto de disminución de la reincidencia, operan bajo condiciones que se corresponden más con servicios de salud mental y consejería integral para el adolescente, su familia, escuela y grupos de pares (Vásquez González, 2003), que con las sanciones ambulatorias estándar como la libertad vigilada o asistida.

- 9^a Por su parte, hablando de los centros de internación o de régimen “residencial”, y no obstante los reportes puntuales de programas experimentales que arrojarían resultados positivos en términos de disminución de la reincidencia⁹, el diagnóstico de fracaso preventivo-especial es concluyente: la inmensa mayoría de los centros de internación no disminuyen la reincidencia, y están asociados con tasas que bordean el 80%, así como a graves situaciones de hacinamiento, malos tratos y violencia (Albrecht, 1993, 51, 63ss.; Feld, 1999: 272-273).
- 10^a Aparte de su relativo déficit de eficacia, las sanciones (re)socializadoras de la justicia penal de adolescentes sufren también de un problema de déficit de legitimidad. Para Kant y Hegel, la pena preventivo-especial, en general, que en cierta forma se dirige a modificar la personalidad del individuo por medio de la fuerza, representaba una lesión de la dignidad humana. La jurisprudencia constitucional alemana, recogiendo esta objeción, niega que el Estado tenga la misión de “mejorar a los ciudadanos”¹⁰. Es cierto que un punto de vista tradicional admite que con los menores de edad sí serían legítimos los tratamientos no consentidos en el campo del derecho penal para los adultos¹¹, pero también es cierto que ese punto de vista es anterior al desarrollo de la doctrina de los derechos del niño, como un sujeto de derecho al que debe reconocerse la misma dignidad y autonomía moral que los adultos. La réplica que acude al mandato del Estado de educar a los menores es débil, pues intenta poner en el mismo lugar al concepto de educación, en el sentido de la pedagogía, y a la “educación a través de pena” que impera en el Derecho penal de adolescentes, siendo que ambas nociones, desde el punto de vista filosófico, están en las antípodas (Albrecht, 1993: 72). Si se admite entonces que en la cuestión de la pena preventivo-especial el problema constitucional que afecta a los menores de edad no

⁷ Según un comprehensivo metaanálisis de Lipsey y Wilson, publicado en 1998, sobre la base de 200 estudios sobre intervenciones con infractores graves, según el cual “el efecto promedio de las intervenciones fue positivo, estadísticamente significativo y equivalente a una reducción de reincidencia de aproximadamente 6%, por ejemplo, de 50% a 44%” (citado por Feld, 1999: 279-280).

⁸ Redondo, citado por Cillero (2003: 18).

⁹ Ello ocurriría en algunos tipos de programas, por ejemplo, los de habilidades interpersonales, y los programas familiares, de training y de comportamiento. Este tipo de programas, según el mismo estudio de Lipsey y Wilson, redujeron las tasas de reincidencia para jóvenes institucionalizados y no-institucionalizados en un 15 a un 20 por ciento, si bien muchos de esos efectos de tratamiento se basaron en hallazgos obtenidos de un número muy pequeños de estudios (3 a 6 casos) (en Feld, 1999: 280)

¹⁰ Citada por Roxin (1994: par. 3, rn. 17 y 38).

¹¹ Es significativo el hecho de que el Tribunal Constitucional Federal alemán, a propósito de la pena preventivo-especial, expresamente prohíbe la educación compulsiva “en la medida que afecte el núcleo intangible de la personalidad de un adulto” (en Roxin, 1994, par. 3, rn. 17).

tiene nada que ver con el derecho a la educación sino con el derecho a la autonomía moral, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, la cuestión del consentimiento del adolescente en el tratamiento (re)educador o (re)socializador se vuelve una exigencia fundamental, tal como lo es para el condenado adulto (Roxin, 1994: par. 3, rn. 38).

- 11^a Desde el punto de vista de la teoría de los fines de la pena, los déficit de eficacia y legitimidad de la pena preventivo-especial se han traducido, en el campo del derecho penal de adultos, en su subordinación a los fines preventivo-generales. Esto significa que la decisión positiva de sancionar no puede fundamentarse en la expectativa de (re)socialización o rehabilitación del delincuente, como tampoco puede apoyarse en ella la decisión de imponerle una sanción de mayor duración. Es un punto de vista bastante pacífico en el Derecho penal (Roxin, 1994: par. 3) que esas decisiones sólo pueden apoyarse en consideraciones de prevención general –limitadas por la medida de la culpabilidad individual del autor–, que ya vienen fundamentalmente expresadas en los marcos penales y en las reglas que, basadas en la gravedad del injusto cometido en cada caso, permiten al juez moverse dentro de ese marco o salir de él, en ciertas ocasiones. Dicho de manera más simple, la decisión de sancionar en lugar de no hacerlo sólo puede fundarse en que se trata de un delito de tal gravedad que la justicia no puede “dejarlo pasar”. El propósito de contribuir a la (re)socialización, en cambio, sirve para fundamentar una reducción de la pena o su no ejecución (o, si se quiere, para preferir una pena no privativa de libertad, cuando era posible imponer una que sí lo sea), y con ese efecto, limitador de la pena (no fundamentador de ella), el ideal (re)socializador se convierte en un derecho del condenado, el derecho a la (re)socialización, que en algunos países tiene base constitucional (como en España y Alemania). Un derecho de tal naturaleza se desprende, para los adolescentes, del Artículo 40.1 de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño¹², que en varios países latinoamericanos tiene rango constitucional.
- 12^a En el Derecho penal de adolescentes, sin embargo, no siempre se asume esa función puramente limitadora de la idea de educación y (re)socialización. Es frecuente, sobre todo en el campo de la criminalidad más leve o de mediana gravedad, que los argumentos preventivo-especiales se empleen para imponer una sanción o medida en casos en que a un adulto no se le habría impuesto, o para imponerle una más intensa en su injerencia en las libertades del adolescente que la que le habría sido impuesta a un adulto (por ejemplo, una libertad asistida en lugar de una multa de poca monta); también se emplean, en general, para negarles ciertas garantías procesales (en Estados Unidos, el juicio por jurados¹³ y el derecho a no autoincriminarse)¹⁴, bajo el supuesto de que las medidas de tratamiento (re)socializador no son verdaderas penas (Feld, 1999: 249-250). Ese efecto es denunciado por Albrecht (1993: 68) como la “posición de desprivilegio” (*Schlechterstellung*) en que el “principio educativo” pone a los menores de edad respecto de los adultos, diagnóstico que incluso admiten en la actualidad antiguos apologetas del principio educativo en el Derecho penal juvenil alemán (68). El mismo diagnóstico se repite en Estados Unidos (Feld, 1999: 284) respecto de los delitos de menor gravedad.

¹² Que reconoce a todo niño (persona menor de dieciocho años) el “derecho ... a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad”.

¹³ *McKeiver v. Pennsylvania*, 403 US 528 (1971), que supone una diferencia entre el tratamiento a los delincuentes y el castigo de los criminales, y la emplea como la principal justificación para negar a los menores el derecho a juicio por jurados (Feld, 1999: 246). Sin embargo, de “un examen crítico de las cláusulas sobre objetivos legales, de las opiniones del tribunal, de las leyes que regulan la determinación de sanciones a menores, de las prácticas sancionatorias de los tribunales, de las condiciones del encierro institucional y de las evaluaciones sobre eficacia del tratamiento” resulta que no es cierto que ambos sistemas “apuntan a diferentes direcciones” ... “Más bien, estos diversos indicadores revelan en forma consistente que los tribunales de menores castigan a los delincuentes por sus delitos en forma creciente y explícita” (Feld, 1999: 250-251).

¹⁴ *Allen v. Illinois*, 478 US 364 (1986).

- 13^a Otro problema normativo planteado por la pena (re)socializadora en la justicia juvenil viene planteado por consecuencias injustas del proceso de individualización de la sanción, que es consustancial al proyecto preventivo-especial, y que lo convierte en un derecho penal de autor (Albrecht, 1993: 66-67). La individualización de la sanción está asociada con la identificación de factores predictores de criminalidad (o de reincidencia, en este caso). Y resulta que, en el sentido común de los operadores del aparato de justicia juvenil –que emula de forma más rudimentaria las explicaciones criminológicas más en boga–, las mayores probabilidades de delinquir, luego la mayor necesidad de una intervención preventivo-especial, se dan sobre todo en adolescentes de clases bajas, pertenecientes a minorías raciales, con un historial de desventajas socioeconómicas (Vásquez González, 2003). Por ello, la individualización de la pena, al servicio de la idea de (re)socialización, se traduce regularmente en una mayor carga punitiva para ese tipo de adolescentes (Feld, 1999: 73, 266, 269, 284). Así, se produce una tensión compleja: la individualización de la sanción, con criterios de socialización, tiende a proteger más a los jóvenes con más ventajas socioeconómicas, es decir, a quienes tienen más que perder en términos de socialización (inserción escolar y familiar, un futuro promisorio), pero es injusto que quienes, sin responsabilidad de su parte, tienen menos elementos de socialización que puedan protegerse, además, sufran una respuesta penal más intensa. El principio de culpabilidad fundamenta la conclusión inversa, esto es, se debe responder con menor intensidad penal a quienes tienen más desventajas (a mayor condicionamiento de factores contextuales, menor evitabilidad del delito, luego menor culpabilidad y menor periclitamiento individual de pena), pero ella rara vez es extraída por los tribunales, si bien es posible contar con algunos notables ejemplos¹⁵ de esa inversión del derecho penal de autor (el derecho penal de culpabilidad atiende ciertamente al autor del delito, pero no para intensificar su carga sobre el más peligroso, sino para no exigir a cada más que lo que podía haber dado).
- 14^a Dada su base fundamentalmente utilitaria y sus déficits de eficacia, el principio educativo es del todo insuficiente para limitar las demandas de pena basadas en criterios de prevención general y para fundar un derecho penal de adolescentes más justo y racional. Junto a él, y probablemente con un papel de mayor importancia, el principio de culpabilidad y el principio de reparación y conciliación entre autor y víctima tienen un papel autónomo que cumplir, como otros dos pilares de aquel derecho penal de adolescentes más justo y racional: el principio de culpabilidad, fundamentando siempre una menor responsabilidad (cuando no su exención), y consecuentemente unas penas menos severas, en atención a las menores competencias sociales, capacidad de autocontrol y posibilidades alternativas de comportamiento en los adolescentes, en general, y más aún en los que tienen más desventajas; y, el principio de reparación y conciliación entre autor y víctima, sirviendo de base para una búsqueda activa de entendimiento y acuerdo entre ellos y para una solución reparatoria (material o simbólica) que, idealmente, vaya acompañada de un sobreseimiento de la causa, como una mejor forma de resolver el conflicto surgido a partir del delito.

A partir de este diagnóstico de la situación en que se encuentra la educación y (re)socialización en la justicia juvenil, ¿queda un espacio para ella en un derecho penal de adolescentes que transita hacia una mayor atención a las garantías y a la proporcionalidad entre la gravedad del delito y la severidad de la sanción? Ciertamente sí queda un espacio, pero a estas alturas esa no es la pregunta más relevante de responder. No se trata ya de la cuestión de si queda un espacio a la idea de educación y socialización en el derecho penal de adolescentes, sino más precisamente de cuáles son –en vista de aquellos modestos resultados– los “usos” de la idea de educación y socialización que es razonable y legítimo promover y cuáles no lo son.

¹⁵ Paradigmática, en este sentido, es la sentencia N° 591-F-97, del Tribunal de Casación Penal de Costa Rica, emitida en una causa penal de adolescentes.

En mi opinión, del diagnóstico que he ofrecido pueden derivarse las siguientes tesis sobre la razonabilidad y legitimidad de los usos del ideal (re)socializador en el derecho penal de adolescentes.

Primera tesis: El ideal (re)socializador debe usarse, en el derecho penal de adolescentes, primariamente como un argumento despenalizador, que sirva para dejar de intervenir penalmente en casos en que es preferible y posible mantener al adolescente en un espacio social normal, evitando el contacto con la justicia y sus instituciones, que normalmente entorpecen o ponen en riesgo la socialización de niños y adolescentes, en lugar de favorecerla. Esa debe ser la primera prioridad, por lo menos en los casos de la criminalidad más o menos leve de carácter ocasional.

Segunda tesis: La despenalización orientada a la socialización puede traducirse en una derivación del caso a servicios sociales o de protección a la infancia y la familia (y de terapia, en su caso), siempre que existan necesidades especiales de apoyo a su educación o socialización que así lo justifiquen. La comisión de un delito no es sinónimo de necesidad de educación y socialización, si se admite la hipótesis de que buena parte de la criminalidad de adolescentes es episódica y remite espontáneamente sin intervención institucional alguna. En cualquier caso, si se opta por hacer una derivación a los servicios sociales o de protección, no habrá verdadera despenalización si estos servicios materialmente desempeñan un rol punitivo, lo que seguramente ocurrirá cuando se trata de servicios especialmente diseñados para niños y adolescentes “problemáticos”, que restringen de cualquier modo la libertad de estos.

Tercera tesis: Cuando el sistema de justicia decide intervenir respecto de un adolescente infractor (lo que sólo podrá fundarse en que se trata de un hecho que la justicia no está dispuesta a “dejar pasar”), entonces el ideal (re)socializador debe servir como un argumento para reducir la intensidad de la intervención penal: especialmente, para fundamentar la elección de una sanción ambulatoria, no obstante tratarse de un delito que por su gravedad admite ser sancionado con una que sí lo sea.

Corolario: si el derecho penal de adolescentes se diferencia del derecho penal de adultos (entre otros aspectos) por la importancia que asigna al principio educativo y (re)socializador, y este principio, a su vez, tiene signo despenalizador o por lo menos limitador de la sanción, entonces nunca será posible en nombre de aquel principio imponer una sanción a un adolescente en un caso en que al adulto no se le habría impuesto, ni imponerle una más severa o intensa que la que le habría correspondido al adulto.

Cuarta tesis: La necesidad de seleccionar una sanción ambulatoria orientada a la prevención especial, que tenga posibilidades reales de ser eficaz, permite y exige individualizar la sanción –con fundamento en el principio educativo– sobre la base de las características específicas del autor y su situación familiar y social, a las que la sanción debe adaptarse (como condición de eficacia). No obstante, debe evitarse una praxis discriminatoria en contra de los adolescentes cuyas circunstancias de vida podrían fundamentar una mayor necesidad de intervención. Para ello, el principio de culpabilidad establece restricciones severas que, inclusive, fundamentan la consecuencia contraria: una sanción menos severa e intensa.

Quinta tesis: Dado que únicamente está justificado emplear el principio educativo como un límite para la intervención penal, no corresponde recurrir a sanciones, ni siquiera ambulatorias, si es posible prescindir de toda sanción a través de un proceso de conciliación entre el autor y la víctima, acompañado en su caso de una reparación material o simbólica.

Sexta tesis: Si nada de lo anterior es posible, y se va a imponer una sanción privativa de libertad, el principio educativo y (re)socializador, lejos de emplearse para justificar la imposición coactiva de un tratamiento a los adolescentes internos, que violentaría su autonomía moral, tiene un papel fundamental que cumplir en materia de ejecución penitenciaria, fundamentando una regulación más benigna en materia de las condiciones de encierro (infraestructura, equipamiento, oferta programática, calificación del personal, etc.) y de beneficios penitenciarios (menos requisitos y un plazo más breve –o ningún plazo previo– para acceder a salidas semanales y diarias, suspensión y remisión del resto de la pena, sustitución de la misma por otra menos severa, etc.).

Como consecuencia de todo lo anterior, el principio educativo y (re)socializador impone un cierto orden de prioridad en el recurso a las diversas alternativas de resolución de un caso de delincuencia juvenil (Couso *et al.*, 1999):

- primera opción, desestimar la causa, dejando de intervenir, para no entorpecer o poner en peligro el proceso de socialización del niño o adolescente;
- segunda opción, desestimar el caso en la justicia juvenil y derivar el asunto a los servicios sociales regulares y de protección (o terapia) de la infancia y la familia, cuando el adolescente tiene necesidades educativas y de socialización insatisfechas que requieren alguna intervención institucional, que jamás podrá ser sanción encubierta;
- tercera opción, procurar un entendimiento entre el adolescente autor y la víctima, que conduzca en su caso a una reparación;
- cuarta opción: imponer una medida o sanción ambulatoria, orientada a reducir la posibilidad de un futuro comportamiento delictual;
- quinta opción (como “último recurso y por el menor tiempo posible), imponer una sanción privativa de libertad, en condiciones privilegiadas en comparación con otros centros, y planteándose desde el primer momento la posibilidad de reducir su impacto negativo para la socialización a través de beneficios penitenciarios.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBRECHT, PETER-ALEXIS, *El Derecho penal de menores*, traducción de la primera edición alemana por Bustos Ramírez. PPU, Barcelona, 1990.
- ALBRECHT, PETER-ALEXIS, *Jugendstrafrecht*, 2ª edición, C.H. Beck, München, 1993.
- BELOFF, MARY, *Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina*, en García Méndez, Emilio y Beloff, Mary (compiladores), *Infancia, ley y democracia en América Latina*, 2ª edición. Temis-Depalma, Santa Fe de Bogotá-Buenos Aires.
- CANTARERO BANDRÉS, ROCÍO (1989). *Delincuencia juvenil y sociedad en transformación*, Madrid.
- CILLERO, MIGUEL (2003), *Resocialización y derechos fundamentales*, trabajo inédito presentado por el autor para el curso de Doctorado *Derecho penal y criminología*, de la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España.
- COHEN, STANLEY (1985), *Visions of Social Control*. Blackwell, Oxford, UK.
- COUSO, JAIME (1998), *Problemas teóricos y prácticos del principio de separación de medidas y programas, entre la vía penal-juvenil y la vía de protección especial de derechos*, en AAVV, “De la tutela a la Justicia”, Editorial LOM, Santiago, 1998 (hay versión electrónica en la Revista *Justicia y Derechos del Niño*; UNICEF, Santiago, 1999: http://www.unicef.cl/archivos_documento/68/Justicia%20y%20derechos%201.pdf)
- COUSO, JAIME *ET AL.* (1999), *Derecho penal de adolescentes: ¿educación, ayuda o sanción?*, Facultad de Ciencias Sociales U. de Chile-UNICEF, Santiago, Chile.
- FELD, BARRIE (1999), *Bad kids. Race and the transformation of the Juvenile Court*. Oxford University Press, New York-Oxford.
- GARCÍA MÉNDEZ (1992), *Para una historia del control penal de la infancia: la informalidad de los mecanismos formales de control social*, en Bustos, Juan *Un derecho penal del menor*, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago, Chile.
- GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, ESTHER, *La justicia de menores en el siglo XX. Una gran incógnita*, en Bustos, Juan *Un derecho penal del menor*, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago, Chile.
- PLATT, ANTHONY (1982), *Los “Salvadores del Niño” o la invención de la delincuencia*, Siglo XXI, México, 1982.
- ROXIN, CLAUS (1994), *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band. I. Grundlagen. Der Aufbau der Vebrechenslehre*, 2ª ed., München.
- VASQUEZ GONZALEZ (2003), *Predicción y prevención de la delincuencia juvenil según las teorías del desarrollo social (social development theories)*, *Rev. Derecho (Valdivia)*. [online] Julio 2003, Vol. 14 [cit. 20/03/06], pp. 135-158. En http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502003000100008&lng=es&nrm=iso. ISSN 0718-0950.
- ZIMRING, FRANKLIN (2002), *The Common Thread: Diversion in the Jurisprudence of Juvenile Courts*, en *A Century of Juvenile Justice*. Margaret K. Rosenheim, Franklin E. Zimring, David S. Tanenhaus, y Bernardine Dohrn (Editores). University of Chicago Press.

**UNA APROXIMACIÓN DESDE EL CONFLICTO:
EL ELEMENTO PENDIENTE EN EL ANÁLISIS**
de la reforma a la Justicia Civil en Chile

Arturo Felipe Onfray Vivanco*

“Las leyes no son más que instrumentos, pobres e inadecuados casi siempre, para tratar de dominar a los hombres cuando, arrastrados por sus intereses y sus pasiones, en vez de abrazarse como hermanos, tratan de despedazarse como lobos” (Francisco Carnelutti, “Cómo se hace un Proceso”).

1. ANTECEDENTES GENERALES

Una serie de cambios en Occidente y en América Latina ha resultado en un nuevo escenario para la Administración de Justicia, en el cual crecientes expectativas por parte de la población nacen a su respecto¹. No es otro el caso de Chile. Precisamente, ello ha llevado a considerar, en la agenda nacional, a las reformas de la Justicia como un elemento central de las políticas públicas a partir de los inicios de los años 90. Son numerosas las reformas que se han desarrollado, varias de ellas de una naturaleza global, cuales son los casos de la justicia de transición, de la justicia penal, de la justicia de familia y de la justicia laboral. Sin embargo, quedan aún varios temas pendientes y, entre ellos, un gran esfuerzo, cual es el de la reforma de la justicia civil².

La justicia civil en Chile, de acuerdo a los trabajos desarrollados por diferentes centros de investigación en orden a proporcionar un adecuado diagnóstico de la misma, adolece de

* Arturo Felipe Onfray Vivanco. Abogado Jefe del Departamento de Estudios del Consejo de Defensa del Estado y Director del Departamento de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Licenciado en Derecho y Educación, Magister en Sociología del Derecho (MA) y en Teoría del Derecho (LLM).

En los últimos decenios se han desarrollado profundos cambios en la Administración de Justicia en el mundo. Así, en las sociedades occidentales es posible mencionar entre ellos el progresivo reconocimiento a los derechos individuales en un mundo globalizado; el desarrollo de nuevas tecnologías; la consideración de la relación estrecha existente entre los sistemas de justicia, el Estado de Derecho y el desarrollo económico; la evolución reciente de los Estados en el marco de la crisis generalizada del Estado de Bienestar y, particularmente, los grandes cambios recientes en la Administración de Justicia, a saber, una creciente constitucionalización del Derecho, una internacionalización del Derecho; y un importante mejoramiento en los niveles de acceso a la justicia.

En el caso de América Latina han tenido un gran impacto en el desarrollo de la Administración de Justicia la historia reciente de conflictos políticos así como los crecientes niveles de violencia en la región, elementos que han incidido, directamente, en el desarrollo de la justicia transicional y de la reforma procesal penal.

² Existen otros temas pendientes como son, por ejemplo, la modernización de la justicia militar y de la justicia tributaria y, en particular, de la justicia administrativa. Ver, al respecto, por ejemplo, Pantoja Bauzá, Rolando, “La inexplicable ausencia de una Justicia Administrativa en el Estado de Chile”, publicado en Revista de Derecho N° 13, Consejo de Defensa del Estado, Santiago, pp. 27-69.

numerosas insuficiencias³. Una de ellas resulta de la focalización de las reformas en el proceso, con la consiguiente postergación de una reflexión en torno al conflicto jurídico y, por ende, el inadecuado desarrollo de políticas públicas de prevención del mismo.

Lo anterior aparece confirmado por la revisión de las leyes dictadas en Chile desde los inicios de los años 80 en adelante así como de los proyectos de ley en tramitación, lo que permite estimar que será difícil abordar los problemas de los sistemas de litigación civil si no se avanza más allá de donde han estado focalizados la mayor parte de los esfuerzos hasta ahora⁴.

Recientemente, los primeros pasos para el logro de una reforma global de la justicia civil se han comenzado a materializar, siendo quizás el ejemplo más evidente el “*Foro para la Reforma Procesal Civil*”, el cual manifiesta un compromiso importante del gobierno de la Concertación de Partidos por la Democracia con su éxito⁵. Sin embargo, una reforma integral de la justicia civil es compleja y exige ir más allá de los tribunales y de los procedimientos destinados a resolver los conflictos jurídicos de naturaleza civil. Debe, en efecto, considerarse un conjunto complejo de políticas públicas en las cuales se enmarcan tales conflictos⁶.

En tal sentido, cabe sostener que es necesario rescatar una óptica desde el conflicto que permita comprender y abordar adecuadamente la compleja tarea de reformar el sistema de justicia civil en Chile. A tal propósito, quisiera destacar, en este artículo, algunos cambios relevantes que han ocurrido en la comprensión del conflicto jurídico para luego procurar entender de una manera más adecuada el mismo, usando para ello la metáfora de la “*pirámide de los conflictos jurídicos*”, en la terminología de Marc Galanter, la que, en mi opinión, puede

³ Existe una importante literatura desarrollada durante los últimos años, la cual explica las deficiencias de la Administración de la Justicia Civil en Chile. En ella es posible distinguir, en primer lugar, informes de carácter general, los cuales, al analizar la situación de la administración de justicia en Chile, consideran de manera especial el caso de la justicia civil, o bien, la tratan específicamente.

Entre los primeros informes es importante mencionar el “Informe sobre Chile” presentado por Carlos Peña en el marco del Seminario “Situación y Políticas Judiciales en América Latina”, desarrollado por la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales con el patrocinio de la Fundación Ford; el “Diagnóstico del Sistema Judicial Chileno” presentado por Jorge Correa y Juan Enrique Vargas, en el marco de un proyecto desarrollado por la Corporación de Promoción Universitaria; y el “Estado de la Justicia en Chile” presentado por Rodrigo Castro y José Francisco García, investigadores del Instituto de Libertad y Desarrollo (Castro, Rodrigo y José Francisco García, “Estado de la Justicia en Chile año 2004 - Indicadores para el Sector”, Instituto Libertad y Desarrollo, Serie Informe Social N° 95, Santiago, octubre 2005).

En la segunda clase de informes generales es importante mencionar el emitido por José Francisco García y Francisco Leturia titulado “Justicia Civil: Una Reforma Pendiente”, desarrollado en el Instituto Libertad y Desarrollo (García, José Francisco y Francisco Javier Leturia, “Justicia Civil: Una Reforma Pendiente”, Instituto Libertad y Desarrollo, Serie Informe Político N° 88, febrero 2005), y el de Juan Enrique Vargas titulado “La Reforma a la Justicia Civil desde la perspectiva de las políticas públicas”, preparado por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas, el cual fue presentado en el Seminario Interamericano “Claves para una Reforma a la Justicia Civil”, el cual tuvo lugar en Santiago los días 10 y 11 de noviembre de 2005 (Vargas Viancos, Juan Enrique, “La Reforma a la Justicia Civil. Desde la perspectiva de las Políticas Públicas”, Seminario Interamericano “Claves para una Reforma a la Justicia Civil”, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA, Santiago, 2005).

A más de tales estudios generales, existen, en segundo lugar, otros que tratan aspectos específicos de la administración de justicia en lo civil, como son los relativos a la duración del proceso (Cerdeña Fernández, Carlos, “Duración del Procedimiento Civil Ordinario en los Juzgados de Santiago”, investigación patrocinada por Fondecyt, Santiago, Chile, 1992; Cerdeña Fernández, Carlos, “Duración del Procedimiento Sumario en los Juzgados de Santiago”, investigación patrocinada por Fondecyt, Santiago, 1993; y Onfray Vivanco, Arturo y otros, “Duración de los Procedimientos Contenciosos en los Juzgados de Menores del Área Metropolitana”, investigación patrocinada por el SERNAM, publicación interna del Departamento de Investigación y Extensión de la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, Santiago, 1994) y a los costos del proceso (Vargas, Juan Enrique; Carlos Peña y Jorge Correa, “El Rol del Estado y el Mercado en la Justicia”, Cuadernos de Análisis Jurídico N° 42, Universidad Diego Portales, Santiago, 2001).

⁴ Para mayores antecedentes sobre el particular, consultar con el autor los resultados de la encuesta por él realizada a jueces y abogados, sobre la evaluación de las leyes dictadas y de los proyectos de ley en tramitación, relativos a la Administración de Justicia, correspondientes a los años 90 (trabajo sin publicar desarrollado en el marco de una investigación de postgrado ejecutada bajo la supervigilancia del Centro Law and Society de la Katholieke Universiteit Leuven).

⁵ En mayo de 2005 fue oficialmente establecido el Foro de la Reforma Procesal Civil –integrado por distinguidos profesores de Derecho Procesal– con el patrocinio del Ministerio de Justicia, siendo su objetivo estudiar las deficiencias de la actual administración de la justicia civil en Chile y, en particular, proponer un Código Procesal Civil destinado a reemplazar el Código de Procedimiento Civil de 1903.

⁶ A tal propósito señala Juan Enrique Vargas que, “tras el establecimiento de un sistema de justicia hay –o debiera haber– un conjunto complejo de objetivos de política pública de alta importancia social, los que lamentablemente muchas veces no están del todo claros y en otras simplemente no se explicitan, con lo que se corre el riesgo de que se olviden” (Vargas Viancos, Juan Enrique, “La Reforma a la Justicia Civil. Desde la Perspectiva de las Políticas Públicas”, Seminario Interamericano, “Claves para una Reforma a la Justicia Civil”, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA, Santiago de Chile, 10 y 11 de noviembre de 2005, p. 3).

ser enriquecida, explorando formas de prevención de los conflictos jurídicos *ex ante* y *ex post*.

2. EL CONFLICTO JURÍDICO

La palabra conflicto tiene su origen en el latín *conflictur*, expresión derivada de *conflingere* y esta, a su vez, de *cum-ligere*, la cual importa la idea de herirse recíprocamente. La etimología, entonces, ayuda a apreciar la naturaleza y la gravedad del conflicto en el seno social, el cual escinde las relaciones humanas pudiendo llegar, en sus manifestaciones más extremas, como es el caso de los conflictos internacionales, a expresiones de una deleznable crueldad.

Existen numerosas definiciones de conflicto. Entre ellas cabe destacar, a modo ilustrativo, aquella que indica que el conflicto es una “*situación social en la cual una modificación unilateral importa la reacción de los intereses de la otra parte*”⁷, la cual pone un énfasis en el elemento social; aquella que señala que el conflicto importa un “*fenómeno de coexistencia de una pretensión y de una resistencia acerca de un mismo bien en el plano de la realidad social*”⁸, la cual pone un énfasis en el concepto de bien escaso; aquella que indica que el conflicto es una discusión “*entre dos o más personas que sobre un problema teórico o práctico y respecto de una solución, parecen adoptar actitudes antitéticas: una defiende una tesis, que trata de demostrar mediante determinados argumentos, en tanto que la otra trata de refutar la validez de estos defendiendo una antítesis que puede ser simplemente contradictoria o contraria a la tesis, alegando en su favor razones que a su antagonista le parecen especiosas y objeciones que éste procura resolver con la consiguiente réplica*”⁹, la cual pone un énfasis en la estructura dialéctica del conflicto; y aquella que señala que el conflicto es “*un proceso interaccional, que como tal nace, crece, se desarrolla y puede a veces transformarse, desaparecer y/o disolverse, y otras veces permanecer estacionario; que se co-construye recíprocamente entre dos o más partes, entendiendo por partes a personas, grupos grandes o pequeños, en cualquier combinación*”¹⁰, la cual pone un énfasis en el elemento transformativo del conflicto.

Así como son diversos los elementos claves a considerar en un conflicto, según las definiciones mencionadas, el objeto del conflicto también es amplio. En efecto, en el seno de una sociedad pueden presentarse conflictos de diversa naturaleza. Ellos existen en numerosas áreas, siendo el Derecho una más entre ellas. También los hay en el ámbito de la Economía, de la Filosofía, de la Geopolítica, de la Teología, etc.

A más de tal multiplicidad de elementos y objetos a que puede referirse un conflicto, cabe señalar que no es fácil establecer un concepto unívoco de él entre otras razones debido a que hay diferentes aproximaciones al mismo, al punto de poder afirmar que hay una cierta polisemia en la expresión conflicto. Así los antropólogos privilegian, en la revisión del conflicto, una aproximación centrada en los discursos y las audiencias; los economistas una aproximación desde la perspectiva costos-beneficios; los psicólogos, una aproximación desde la perspectiva de la variación en la percepción subjetiva; y los sociólogos y los cientistas políticos, una aproximación desde una perspectiva focalizada en las diferencias en los estratos

⁷ Gessner, Volkmar, “Conflit”, publicado en Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1993, p. 91. (La traducción del original, en este caso, como en los que siguen, ha sido realizada por el autor del presente artículo).

⁸ Alvarado Velloso, Adolfo, “Introducción al estudio del Derecho Procesal”, Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina, 1969, p. 14.

⁹ Aragonese, Pedro, “Proceso y Derecho Procesal”, Editorial Aguilar, Madrid, 1960, p. 12.

¹⁰ Soares, Marinés, “Mediación, conducción de disputas, comunicación y técnicas”, Editorial Paidós, 4ª reimpresión, 2004, pp. 69-89.

socioeconómicos¹¹.

Finalmente, existen problemas específicos adicionales a la hora de definir un conflicto jurídico, a saber, lo relativo a sus límites. Así, por un lado, muchas situaciones que, en apariencia, corresponden a un ejemplo de conflicto jurídico, en definitiva, no importan genuinos conflictos. En efecto, es claro que no todo lo que se denomina litigación involucra “*disputas verdaderas*”, como ocurrió en Chile durante muchísimos años con las nulidades de matrimonio¹².

A su vez, por otro lado, muchos de los reclamos que llegan a los tribunales no se traducen en una sentencia definitiva, lo que permite preguntarse si, en la especie, estamos ante verdaderos conflictos jurídicos¹³. De estimarse que ello es así, cabe entonces la pregunta de por qué existe un tan alto número de casos que son abandonados ante los tribunales, hecho que parece no ser armónico con un conflicto jurídico real, el cual demanda una solución efectiva por parte de los tribunales de justicia, y que más bien pareciera indicar la existencia de una suerte de litigación oportunista.

Habiendo dejado sentadas tales aprensiones, y sin perjuicio de ellas, es posible decir, como una primera aproximación y en un sentido amplio, que el conflicto jurídico es aquel que involucra bienes o intereses de naturaleza jurídica. En definitiva, el conflicto pasará a interesar al Derecho cuando en su desarrollo involucre bienes jurídicos, cuales son aquellos que el legislador ha entrado a resguardar de una manera expresa o tácita.

3. CAMBIOS EN LA COMPRESIÓN DEL CONFLICTO

3.a.– Hacia una ampliación del mapa del conflicto. En los últimos años ha ocurrido una serie de hechos –a los cuales se refieren los apartados que siguen– que permiten una nueva comprensión del conflicto jurídico, a tal punto importante que no solamente influye en el desarrollo de las políticas públicas de justicia, sino que, aun más, permite estimar que un nuevo paradigma ha surgido desplazando a aquel que colocaba en el centro de los estudios de la justicia civil al proceso de corte adversarial¹⁴.

3.b.– Primera ampliación en la comprensión del conflicto: Nacimiento de la teoría de los conflictos. Si bien es cierto que aún las universidades nacionales no han recogido, en sus programas de estudio, una perspectiva del conflicto suficientemente amplia y actualizada, cada vez existe un mayor reconocimiento de los conflictos como el objeto de un saber particular^{15, 16, 17}.

Tal reconocimiento se ve fortalecido a través del estudio de los elementos comunes a todo conflicto, los cuales constituyen un mínimo común denominador a ser analizado por la llamada “*Teoría de los Conflictos*”^{18, 19, 20}.

En tal entendido, en la especie, según *Remo Entelman*, es posible hablar del surgimiento de un nuevo paradigma, constituido por una específica rama de la sociología que se ocupa del conflicto²¹. Tal nueva disciplina debe ser la base de los estudios de todos aquellos interesados en el conflicto jurídico, ya se trate del desarrollo de las llamadas formas alternativas de solución de los conflictos jurídicos, o bien, derechamente, del proceso ya a cargo de jueces públicos o de jueces privados, también llamados árbitros, o, por último, de la prevención del conflicto jurídico, cuyo análisis se sugiere fortalecer en este artículo.

3.c.– Segunda ampliación en la comprensión del conflicto: El rescate de la relación social como elemento clave del conflicto. Si se revisa el contenido de diversos libros de dogmática jurídica destinados a analizar el conflicto, fácil es advertir como los autores, en particular los procesalistas, normalmente otorgan una prioridad a las formas de solución del conflicto, las cuales, de acuerdo al sujeto que interviene en tal solución, se denominan autodefensa, autocomposición y proceso. De entre tales formas, se privilegia, básicamente, el estudio de estas dos últimas ya que, de ordinario, la autodefensa es considerada una rémora en el mundo del Derecho²².

La búsqueda de elementos comunes a todo conflicto jurídico permite privilegiar como un

primer elemento en él subyacente –vinculado con el hecho que él supone la existencia de al menos dos o más personas– una relación social, lo cual es reconocido por diversos autores, entre ellos *Remo Entelman* y *Volkmar Gessner*, quienes consideran a los conflictos como situaciones sociales²³.

Privilegiar el elemento “*relación social*” en el centro del conflicto permite fortalecer, por un lado, la idea de prevención del conflicto vía mecanismos de intervención social y, por otro, la idea de tratamiento del conflicto, fundamentalmente a través de mecanismos que involucren directamente a los interesados, los cuales se denominan, de ordinario, formas alternativas de solución de los conflictos jurídicos²⁴.

3.d.– Tercera ampliación en la comprensión del conflicto: De las necesidades a los intereses como centro del conflicto. Se dice que la libertad del hombre le lleva, en su afán de alcanzar sus fines, a escoger entre una serie de distintos medios que la sociedad ha colocado a su servicio; sin embargo, estos medios son limitados y escasos y las necesidades del hombre, por el contrario, múltiples e ilimitadas.

Es así, entonces, como nace el conflicto, vale decir, la lucha entre dos o más individuos por la supremacía sobre un medio en orden a alcanzar un fin. Los elementos del conflicto son la existencia de dos o más partes, la presencia de intereses contrapuestos entre las partes y la insuficiencia de medios en orden a obtener los fines perseguidos, representados por los intereses encontrados de las partes²⁵.

La visión anterior, ampliamente generalizada, resulta en parte inadecuada en cuanto corresponde a una visión determinista, conforme a la cual el conflicto es inevitable, lo cual, por lo demás, supone que la naturaleza del hombre es agresiva, que la capacidad productiva es insuficiente, y que la posibilidad de compartir del individuo es limitada, entre otros aspectos²⁶.

En oposición a tal visión –del conflicto como una cuestión de necesidades– surge, cada vez con más fuerza, la idea del conflicto como una cuestión de intereses. Creo que, más que ser las necesidades las que determinan la existencia de un conflicto, lo son los intereses de los sujetos en conflicto, los cuales generan opciones que ellos perciben como incompatibles entre sí. Tales opciones de los protagonistas constituyen lo particular del conflicto como una especie de relación social.

Resulta de gran interés estudiar el conflicto como una cuestión de intereses, ya que si las opciones entre sus protagonistas no son en realidad incompatibles, se podrán generar conductas cooperativas orientadas a la solución del conflicto.

3.e.– Cuarta ampliación en la comprensión del conflicto: El repensar los límites del conflicto. En algunas ocasiones la naturaleza de las normas y, en otras, el funcionamiento de las instituciones, hace que solamente un número limitado de conflictos sea conocido por los tribunales.

En relación con lo primero –la naturaleza de las normas– es menester señalar que las opciones entre los sujetos en conflicto pueden o no estar amparadas por el Derecho, lo que genera, respectivamente, conductas permitidas y conductas prohibidas²⁷. Normalmente los conflictos que llegan a los tribunales se refieren al segundo tipo de conductas. Sin embargo, no por ello son menos importantes los conflictos entre opciones de lo permitido²⁸. Existe, entonces, un universo conflictual y, por tanto, de posibles demandas de justicia pendientes, mucho más amplio de aquel ordinariamente visible.

En relación con lo segundo –el funcionamiento de las instituciones (la ley y los tribunales)– es importante destacar que solamente un número limitado de conflictos posibles es conocido por los tribunales. Así, en Chile el delito de tráfico de personas es marginal en la actividad de los tribunales en circunstancias que existen antecedentes empíricos que indican que es un fenómeno significativo en el país; algo similar ocurre con las condenas por el delito de aborto, el cual supera los 150.000 casos por año. Hasta hace pocos años, a su vez, prácticamente no existían demandas por negligencia médica y las demandas contra el Estado eran escasas²⁹.

Cabe agregar que quedan fuera del sistema formal de Derecho muchos conflictos jurídicos que afectan a los sectores pobres de la población. Una razón para ello, entre otras, es

que entre las personas con menos recursos hay una cierta reticencia en orden a recurrir a los tribunales por la desconfianza que ellos y, en particular, los abogados generan, siendo esta última una de las causas por las cuales, una vez autorizada la comparecencia personal en juicio en determinadas materias, como las causas de familia, las demandas suelen aumentar explosivamente.

Tomar conciencia de esta realidad hace repensar los límites del conflicto jurídico y, por consiguiente, revisar cómo tratar aquellos casos que no son parte del sistema jurídico formal.

3.f.– Quinta ampliación en la comprensión del conflicto: La aparición y el desarrollo de nuevas formas de solución de los conflictos jurídicos. Una ampliación a la perspectiva tradicional de comprensión de los conflictos jurídicos dice relación con que estos pueden ser resueltos de diversas maneras, siendo el proceso jurisdiccional público una más entre ellas.

La forma tradicional de resolución de los conflictos jurídicos ofrecida por el Derecho, y a la cual se han acostumbrado jueces y abogados, dice relación con métodos violentos de resolución de los conflictos, en cuanto se basan en la amenaza de la fuerza pública. Tales métodos se traducen en el llamado proceso jurisdiccional público. En este sentido, se habla en Chile, así como en otros países, del predominio de un método adjudicativo y adversarial de resolución de los conflictos jurídicos.

Sin embargo, el proceso jurisdiccional no es sino una forma entre varias otras de resolver los conflictos. *Katherine Stone*, en su obra *“Private Justice”*, identifica numerosas formas de solución de los conflictos jurídicos de carácter *“alternativo”*, aun cuando resulta preferible la expresión *“paralelo”*, ya que la palabra *“alternativo”* importa la idea de subordinación, lo que, en la especie, es impreciso³⁰.

Los antecedentes referidos apuntan, en definitiva, a un redimensionar el rol del proceso en relación con el conflicto. A tal respecto, estimamos que este debería representar el centro de los estudios procesales. No obstante ello, es manifiesta su relegación en la disciplina a unas pocas referencias al comienzo de la cátedra de Derecho Procesal. Pienso que esto es un error y así como *Juan Montero Aroca* propuso cambiar el nombre *“Derecho Procesal”* por el de *“Derecho Jurisdiccional”*, en atención a que el fin del proceso es el juicio jurisdiccional, el cual se manifiesta a través del pronunciamiento de una decisión judicial con autoridad de cosa juzgada³¹, bien se podría hablar del *“Derecho del Conflicto”*, en cuanto el conflicto jurídico está en el origen de las instituciones fundamentales de la ciencia procesal, a saber la acción, el proceso y la jurisdicción. Sin conflicto no existirá actor que demande la intervención de los tribunales para que, a través de un juicio jurisdiccional, una vez terminada la tramitación de un proceso, se resuelva, precisamente, el conflicto.

3.g.– Sexta ampliación en la comprensión del conflicto: El conflicto como una oportunidad. Una sexta ampliación en la actual perspectiva de comprensión del conflicto jurídico dice relación con el entenderlo no solamente como un mal inherente a las estructuras sociales, sino que también como una crisis que representa, a su vez, una oportunidad de cambio. Un cambio se vincula con una perspectiva de futuro y esta perspectiva dice relación con cómo, a partir de la existencia de un conflicto, es posible construir una mejor sociedad mañana.

En tal orden de ideas, autores como *Anatol Rapoport* han estudiado las vinculaciones existentes entre conflicto y cooperación, las cuales dicen relación con una reciprocidad inherente al conflicto y que lleva a los intervinientes a cooperar, inclusive tratándose de sujetos egoístas, ya que si bien el conflicto aparece reflejando valores diversos en apariencia, ello no necesariamente es así, ya que la contradicción y la identidad son complementarias³² de modo tal que las relaciones de conflicto pueden transformarse en relaciones de cooperación.

3.h.– Séptima ampliación en la comprensión del conflicto: La inclusión de nuevas dimensiones del conflicto. En parte importante el privilegiar histórico, por parte de la doctrina, de las disputas que resultan en pleitos o litigios, esto es, los conflictos jurídicos que, en definitiva, se traducen en una reclamación ante los tribunales, se vincula con la incapacidad de percibir ciertas situaciones de conflicto, las que, en términos técnicos, se denominan *“experiencias de conflicto”*

no percibidas”.

En efecto, los conflictos jurídicos deben recorrer un camino antes de llegar a los tribunales. Dicho camino supone, en su desarrollo, la identificación de tres acciones fundamentales, a saber “*nombrar*”, “*culpar*” y “*reclamar*”, todas las cuales, a su vez, permitirán configurar lo que se ha dado en denominar, en la terminología de *Marc Galanter*, la “*pirámide de los conflictos jurídicos*”, también denominada el “*iceberg de los conflictos*”.

Una nueva perspectiva de comprensión del conflicto jurídico en Chile dice relación con descender en los escalones de la “*pirámide de los conflictos jurídicos*”, ampliando una forma de análisis de los problemas de la justicia civil, la cual ha estado centrada, hasta la fecha, fundamentalmente en el proceso.

Sin embargo, es necesario ir más allá y por eso se propone en este artículo una ampliación en la actual perspectiva de comprensión del conflicto jurídico, la cual se traduce en agregar una fila adicional a la “*pirámide de los conflictos jurídicos*”, la cual dice relación con los antecedentes que sirven de base al conflicto, y en los cuales, estimamos, es posible, y necesario, desarrollar una labor de prevención *ex ante* significativa, llamada asimismo prevención primaria del conflicto civil³³.

A más de ello, sugiero agregar una “*antena*” sobre la cima de la pirámide, la cual permita maximizar los resultados del pleito, desarrollando así una prevención *ex post*, también denominada prevención terciaria del conflicto civil.

La evolución reciente de la prevención, tratamiento y solución de los conflictos jurídicos en Chile indica cómo, en los años 80, los esfuerzos centrales estaban en la solución de los conflictos jurídicos a través del fortalecimiento del proceso jurisdiccional público. En los años 90, en cambio, comienzan a aparecer nuevos mecanismos destinados a favorecer el tratamiento del conflicto, en forma independiente del proceso, a través de la introducción de formas autocompositivas, como la conciliación y la mediación, aun cuando esta última solamente a modo experimental. En la presente década se han fortalecido cambios de gran trascendencia, iniciados en la década de los años 90, como la reforma procesal penal, a la cual se han sumado la reforma de la justicia de familia y de la justicia laboral. A más de ello, la mediación se ha extendido a nuevas áreas de una manera formal como, por ejemplo, es el caso de la mediación en salud. Es muy poco, en cambio, lo que se ha hecho hasta ahora en materia de prevención de los conflictos jurídicos en Chile.

4. LA “PIRÁMIDE DE LOS CONFLICTOS JURÍDICOS”³⁴

4.a.— Estructura básica de la “*pirámide de los conflictos jurídicos*”. En los inicios de la década de los 80 se desarrolló en Estados Unidos una importante investigación titulada “*Civil Litigation Research Project*” en la cual se analizó el estado de la conflictualidad civil en el país del norte, incorporando en el ámbito de los estudios sociojurídicos la llamada “*perspectiva centrada en las disputas*”³⁵.

En el marco de tal estudio se desarrolló por los autores *William Felstiner*, *Richard Abel* y *Austin Sarat* un análisis de los distintos momentos en el nacimiento y transformación de los conflictos jurídicos³⁶, los que, posteriormente, *Marc Galanter* incluyó en lo que denominó la “*pirámide de los conflictos jurídicos*”³⁷, a saber, una tipología de los conflictos jurídicos con la estructura de una pirámide, “*en la cual varias de las quejas e injusticias de la vida diaria están en la base de la pirámide en tanto que la litigación está en su parte superior*”^{38, 39}.

4.b.— Primer nivel de la “*pirámide de los conflictos jurídicos*”: “*Nombrar*”. La “*pirámide de los conflictos jurídicos*” supone como una primera etapa, ubicada en su base, la posibilidad de percibir una “*experiencia de conflicto*”, lo que corresponde al proceso denominado “*nombrar*”. Tal ejercicio es trascendental en cuanto permite transitar de la zona algo nebulosa de los “*conflictos jurídicos no percibidos*” a aquella en la cual es posible saber que un conflicto existe y así reconocerlo, la cual corresponde a la zona de los “*conflictos jurídicos percibidos*”.

El “*nombrar*” corresponde a tomar conciencia por parte de un sujeto de la relación social

conflictiva en la cual se encuentra involucrado. Ese tomar conciencia, a su vez, corresponde a un acto intelectual y no a un ejercicio de percepción⁴⁰.

La conciencia del conflicto es necesaria para que el mismo pueda ser sometido a un tratamiento que permita su transformación a través del desarrollo de grados de cooperación entre los intervinientes⁴¹, o bien, en caso de fracasar la referida cooperación, su solución a través de la decisión de un tercero independiente e imparcial. Una conciencia adecuada del conflicto y una percepción correcta de la realidad que tal situación de conflicto supone facilitará, en efecto, su tratamiento y solución.

La conciencia de un conflicto puede vincularse a una situación objetiva conflictiva, o bien, a una situación objetiva no conflictiva. En ambos casos, puede ocurrir, en relación con la creencia de las partes acerca de la situación objetiva, que ambas partes creen que existe un conflicto, que una de las partes lo cree un conflicto y la otra no, o bien, por último, que ninguna de las partes cree que existe un conflicto⁴². En todos estos eventos, la conciencia referida trata de conflictos específicos.

Tratándose de los conflictos objetivos, existen casos que no son percibidos como tales y otros que sí son percibidos como tales⁴³. En el primer caso, por ejemplo, cabe incluir a los trabajadores de una mina que sufren una exposición a materiales que dañan irreversiblemente sus pulmones, o bien, la situación de los que trabajan horas extras todos los días por orden de su jefe sin saber que ello está prohibido por el legislador⁴⁴. En estos eventos hay sendos conflictos objetivos, independientemente de su percepción por parte de los afectados, resultado ya de su ignorancia en orden al origen de su afección pulmonar, ya del desconocimiento de una norma que garantice su seguridad y derechos laborales. El segundo caso –el de los conflictos objetivos que son percibidos como tales– es el que permite avanzar al siguiente escalón de la pirámide.

Sin embargo, este avance no siempre se da en la medida que, no obstante estar ante un conflicto objetivo percibido como tal, este puede no pertenecer a la esfera del derecho, tal como ocurre, por ejemplo, con el incumplimiento de las esponsales o la sanción del adulterio⁴⁵.

Un problema específico en la etapa de “nombrar” el conflicto jurídico dice relación con el rol que desempeñan los abogados en el nacimiento de ellos. En no pocas ocasiones los abogados sirven como filtro para determinados casos en tanto que, en otras ocasiones, vienen a promoverlos⁴⁶.

4.c.– Segundo nivel de la “pirámide de los conflictos jurídicos”: “Culpar”. No obstante lo significativo que resulta identificar la existencia de un conflicto, no siempre será posible señalar con claridad el sujeto en contra del cual podríamos dirigir nuestra pretensión. Así, por ejemplo, el inmueble que cobija a una familia puede haber sido dañado a consecuencia de una piedra lanzada desde la calle y no existir antecedente alguno –ya se trate de presunciones, testigos, videos, etc.– que permita sugerir un responsable.

Al no ser posible sindicar a alguien como el responsable de un conflicto, resultará imposible avanzar en la cadena del mismo, a pesar de la certeza del daño. No existirá alguien a quien responsabilizar de los hechos. En consecuencia, no se podrá proceder a “culpar”, segundo escalón de la “pirámide de los conflictos jurídicos”, en cuya virtud “una persona atribuye un daño a la falta de otro individuo o de una entidad social”⁴⁷.

La etapa de “culpar” tiene un valor significativo en la comprensión del conflicto en la medida que ella permite avanzar desde la “zona de conflictos jurídicos percibidos” a la “queja”.

Normalmente la idea de responsabilizar a alguien se vincula con un esquema de solución del conflicto jurídico que considere la existencia de un ganador y de un perdedor. Sin embargo, el estudio de las formas alternativas de solución de los conflictos jurídicos permite comprender que, en ocasiones, no se debe privilegiar ese enfoque ganador perdedor, sino que, por el contrario, un enfoque en el cual ambos sujetos involucrados ganen. Lo anterior es posible en la medida en que se puedan identificar los problemas en términos de intereses.

4.d.– Tercer nivel de la “pirámide de los conflictos jurídicos”: “Reclamar” y “litigar”. En no pocas ocasiones, no obstante ser posible atribuir la comisión de un hecho a alguien, el conflicto no resultará en un reclamo, por diversas razones, algunas derivadas de la propia convicción del

agente en tanto que otras como resultado de los actos disuasivos de otros sujetos, como, por ejemplo, los propios abogados, quienes cumplen un significativo papel en el crecimiento de los niveles de litigiosidad al interior de una sociedad. Sin embargo, si existe el referido reclamo estaremos en el tercer nivel de la “*pirámide de los conflictos jurídicos*”, a saber el “*reclamar*”, en cuya virtud “*alguien con una queja la impetra a la persona o entidad que estima responsables solicitando una solución*”⁴⁸.

Una vez formulado el reclamo, la pretensión en él contenida podrá ser voluntariamente aceptada o no. En este último caso, “*el reclamo es transformado en una disputa cuando es rechazado en todo o en parte*”⁴⁹. El rechazo, a más de total o parcial, puede, a su vez, ser expreso o tácito⁵⁰.

Esta disputa o desacuerdo puede, entonces, terminar ante los tribunales de justicia, en cuyo caso la disputa se transformará en un litigio, proceso judicial o pleito, a saber, el último escalón de la pirámide, el cual la sabiduría popular indica es necesario evitar, si hacemos caso de la maldición “*pleitos tengas*”. Las disputas bien puede ocurrir, eso sí, que no terminen en un litigio y que sean tratadas por instituciones especializadas, diversas de los tribunales de justicia.

Quienes han estudiado la “*pirámide de los conflictos jurídicos*” concluyen que ella es un verdadero iceberg, en cuanto lo que se percibe, esto es, el litigio judicial, es verdaderamente una parte mínima del todo.

4.e.– Primer nivel adicional de la pirámide de los conflictos jurídicos: Las raíces del conflicto. Cabe estimar que, en el análisis de la “*pirámide de los conflictos jurídicos*”, es posible ir un paso más allá del esquema propuesto por *Marc Galanter* y por *Richard Abel, William Felstiner* y *Austin Sarat*.

En efecto, es posible agregar una fila adicional a la pirámide que permita entender mejor los orígenes reales de los conflictos jurídicos y explorar sus causas o raíces, sobre las cuales es, a su vez, factible trabajar en el marco de políticas públicas de prevención de los conflictos jurídicos civiles, en una suerte de “*prevención primaria*”, esto es, una prevención centrada en las causas del conflicto. Así, por ejemplo, en el caso de una indemnización de perjuicios, sus orígenes exceden un simple accidente de tránsito. Su búsqueda exige revisar por qué ha ocurrido tal accidente, lo que lleva a explorar, en la especie, temas tales como la calidad de los pavimentos de las calles, el control efectivo de la realización de los controles técnicos obligatorios por los propietarios de vehículos motorizados en lo relativo a la adecuada mantención de los referidos bienes, el examen periódico de las condiciones de salud de los conductores, la educación vial, el estudio del sentido del valor que posee una persona que conduce a exceso de velocidad para los efectos de provocar admiración entre sus vecinos, etc.

4.f.– Segundo nivel adicional de la pirámide de los conflictos jurídicos: Las enseñanzas del conflicto. Es importante, además, junto con explorar las raíces del mismo, realizar una reflexión sobre qué ocurre más allá del proceso llamado a resolver un conflicto jurídico, el cual se encuentra en la cima de la “*pirámide de los conflictos jurídicos*”.

Los procesos civiles, tal como ya lo señalaba *Eduardo Couture* hace varios años, no solamente buscan satisfacer un interés particular –el de los involucrados⁵¹–, sino que también un interés social que es necesario proteger, el cual se traduce, desde luego, en la paz social que representa la solución del “drama”, pero también en los efectos sociales de tal solución.

Sugiero, entonces, además, agregar una “*antena*” en la cumbre de la pirámide, que permita revisar la importancia que la jurisprudencia cumple en la sociedad como fuente orientadora de conductas sin perjuicio de la existencia de efectos reflejos específicos, los cuales pueden irradiarse en la sociedad permitiendo, de este modo, la prevención de futuros conflictos jurídicos, en lo que bien podría calificarse como una “*prevención terciaria*”, también denominada prevención *ex post*.

5. ALGUNAS CONTRIBUCIONES DEL MODELO DE LA "PIRÁMIDE DE LOS CONFLICTOS JURÍDICOS"

5.a. Desarrollo de la conflictualidad en Chile

El recurso a la "*pirámide de los conflictos jurídicos*" es útil en la medida que permite entender mejor el desarrollo de la conflictualidad en Chile y, a su vez, mejorar las formas de acceso a la justicia, favoreciendo así crecientes niveles de igualdad entre todas las personas y no solamente de un grupo.

El número de conflictos en una sociedad experimenta variaciones de acuerdo a diferentes circunstancias, las cuales influyen en la toma de conciencia de la existencia de conflictos ("*nombrar*"), en la identificación de los supuestos responsables de ellos ("*culpar*") y en la presentación de las reclamaciones pertinentes ante las instancias correspondientes ("*reclamar*" y "*litigar*").

Las variaciones en los niveles de litigiosidad han sido un tema de preocupación en el mundo. Chile no escapa de tal fenómeno. Así lo indican los aumentos de tales niveles en numerosos ámbitos, a saber: las causas de cobranza judicial, de familia, de negligencia médica y de responsabilidad del Estado.

Según indican algunos autores, el crecimiento de las disputas, en ocasiones, dice relación con percepciones o datos que no necesariamente corresponden a un incremento efectivo de la realidad conflictual. Por ejemplo, si existen casos de responsabilidad médica particularmente complejos, la sociedad puede estimar que han aumentado los eventos de negligencia médica. En tal sentido, autores como *Bernard* y *Eldridge* estudian a los conflictos desde la perspectiva de las percepciones y los malentendidos que su errónea percepción genera⁵².

Sin embargo, la evolución de las causas previamente mencionadas en Chile se basa en estadísticas judiciales, razón por la cual no es posible, en la especie, hablar simplemente de una cuestión de percepción.

En efecto, se está frente a una sociedad con un creciente acceso a la justicia, por ejemplo, a través de mejores servicios de asistencia jurídica o a través de la institucionalización de nuevos instrumentos jurídicos, entre ellos las acciones colectivas. A su vez, ello ocurre en sociedades más democráticas e insertas en el mundo, en armonía con un mayor reconocimiento de los derechos humanos esenciales, progresivamente incorporados en los textos constitucionales, y una transnacionalización del derecho que hace cada vez más difícil tolerar abusos al interior de los países gracias al celo de los custodios internacionales. Lo anterior ha ido generando crecientes expectativas en los ciudadanos, las que, naturalmente, han incidido en el alza en los niveles de litigación⁵³.

5.b. Las soluciones del nuevo diseño de la "pirámide de los conflictos jurídicos"

5.b.1.— Como una respuesta al aumento de la litigiosidad en Chile, así como ha ocurrido en la mayoría de los países, se han fortalecido las instituciones de los sistemas formales de administración de justicia, ya se trate de los procesos jurisdiccionales públicos o de las formas alternativas de resolución de los conflictos jurídicos. Así, como ejemplos de ello, cabe considerar, entre otros, la mejoría de los servicios de asistencia jurídica, el aumento del número de tribunales y el desarrollo de servicios de mediación gratuitos.

Tal respuesta, si bien resulta aparentemente positiva, refleja importantes problemas:

En primer lugar, debido a la ausencia de un análisis integral del sistema del conflicto jurídico, se ha favorecido con dicha respuesta la existencia de niveles de desigualdad entre las partes. En efecto, soluciones como las propuestas en cuya virtud solamente se mejora el acceso a la justicia en las secciones superiores de la pirámide favorecen una desigualdad ante la ley, incrementando las diferencias entre los distintos estamentos de la sociedad, ya que únicamente

se aplican, en la práctica, a quienes tienen acceso a los sistemas formales de administración de justicia, es decir, a un porcentaje pequeño de la población afectada por potenciales litigios, el cual normalmente proviene de los sectores de medianos y altos ingresos.

En segundo lugar, ciertas soluciones, como son las formas alternativas de resolución de los conflictos jurídicos que suelen presentarse como plenas de bondades por los autores que las estudian, las que por cierto existen, y que se ubican también en el vértice superior de la pirámide, admiten, sin embargo, críticas en relación a los beneficios de su aumento excesivo ya que este no necesariamente importa un hecho positivo en cuanto refleja, de alguna manera, una ideología en que pueden colocarse en riesgo legítimos derechos^{54,55}.

De lo señalado, es posible advertir que la focalización de las reformas destinadas a un adecuado tratamiento de los conflictos jurídicos, en los niveles superiores de la “*pirámide de los conflictos jurídicos*”, genera críticas y dificultades que exigen, entonces, favorecer mecanismos integrales en orden a abordar el problema que consideren los demás niveles de la referida pirámide.

A más de ello es necesario tener en cuenta que el aumento de los conflictos jurídicos en una sociedad no es, necesariamente, sinónimo de un fenómeno positivo vinculado, por ejemplo, con mayores niveles de democracia o una mejor situación económica. Tal realidad bien puede corresponder a una crisis de valores, a una falta de cultura cívica o a una ausencia de estabilidad económica o laboral.

5.b.2.– Como una respuesta adicional a tales mayores niveles de litigiosidad, y a fin de no hacer colapsar los sistemas formales de administración de justicia, ya se trate de un proceso jurisdiccional público o de una forma alternativa de solución de los conflictos jurídicos, es necesario trabajar en aquellos niveles de la “*pirámide de los conflictos jurídicos*” antes inexplorados en el ámbito del conflicto jurídico civil, cuales son el de la prevención a nivel de las bases que sirven de antecedente al conflicto –falta de acceso a la información jurídica, falta de controles preventivos, falta de estímulos del sistema, falta de formación valórica, falta de orientación a los usuarios del sistema jurídico, normas deficientes, etc.– y el de la prevención a nivel de una administración adecuada de las decisiones ya pronunciadas por los tribunales.

Frente a tal estado de situación, entonces, debe proponerse un modelo alternativo, el cual, junto con perfeccionar los sistemas existentes, incorpore soluciones adicionales en armonía con una “*perspectiva centrada en las disputas*” y, en particular, con una “*perspectiva centrada en la reducción de las disputas*”, las cuales fortalezcan la idea de la prevención del conflicto jurídico civil en diversos ámbitos⁵⁶.

En definitiva, lo que se propone como alternativa es procurar ver todo el sistema de justicia en operación, el cual incluye una serie de elementos que exceden las partes claramente visibles de la administración de justicia, cuales son los procesos y los tribunales, los que, al igual que el derecho sustantivo, son elementos fundamentales del sistema, entre ellos las actitudes ciudadanas, la cultura cívica, el desempeño de los profesionales de la administración de justicia, la información jurídica, la publicidad de las decisiones judiciales, etc.

Si se revisan tales elementos adicionales, en especial los vinculados con los valores sociales, surge entonces como uno de los aspectos importantes a considerar por qué ciertas sociedades tienen mayores índices de litigios que otras. En este sentido resulta interesante observar cómo en diferentes grupos sociales aparecen problemas comunes y, sin embargo, los niveles de conflictualidad varían en forma significativa. Al respecto, existen importantes constataciones tanto en sociedades primitivas como en sociedades modernas.

En las sociedades primitivas, por ejemplo, cabe destacar los estudios comparativos entre los niveles de conflictualidad de las tribus de los yanomamos en Venezuela y las de los pigmeos de la selva tropical de Zaire, desarrollados por *Chagnon* y *Turnbell*, respectivamente. Las importantes diferencias en los niveles de conflictualidad, sugiere *Marc Howard Ross*, al contrastar los resultados de los trabajos desarrollados por tales autores, tienen su origen en elementos vinculados con la estructura social de los grupos indígenas^{57,58}.

En las sociedades modernas ocurre algo similar, como lo reflejan numerosos estudios

destinados a revisar los bajos niveles de litigación en algunos países tales como Japón, en el cual la primacía del principio de la armonía o “wa” sirve de orientación general al sistema⁵⁹.

La exploración de las causas que subyacen detrás de un conflicto jurídico indica que es importante revisar las raíces de este para así poder favorecer mecanismos adecuados de prevención del mismo⁶⁰.

La preocupación por la prevención del conflicto refleja una tendencia distinta a la forma tradicional de aproximarse a él, la cual favorece un enfoque reactivo, en circunstancias que un enfoque global del mismo debiera privilegiar mecanismos de tipo proactivo, lo cual importa, al decir de *Ramón Alzate Sáez de Heredia*, preocuparse de las “fuentes de calor” subyacentes del conflicto⁶¹. El enfoque proactivo, en suma, “busca predecir el conflicto con anticipación a su ocurrencia y así eliminar las causas de tal conflicto antes que se desarrolle”⁶².

En definitiva, la comprensión del conflicto exige llegar a sus orígenes y causas para, a ese nivel, tomar decisiones que puedan servir para prevenirlo adecuadamente. Tales decisiones consideran diversos ámbitos, como lo son, por ejemplo, el económico, el educacional, el jurídico, el social, etc.

Tal forma de prevención del conflicto, por lo demás, no es ajena al ámbito del Derecho. De hecho, son numerosas las disciplinas jurídicas que se preocupan de la misma. Entre ellas, cabe destacar el Derecho Internacional y la Criminología. En efecto, existe una amplia experiencia en el ámbito del Derecho Internacional en materia de prevención de conflictos bélicos. Lo propio ocurre en el ámbito de lo penal, en el cual destacan las conferencias quinquenales de la Oficina de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito, así como los esfuerzos de oficinas nacionales, cual es el caso, por ejemplo, del *National Crime Prevention Institute* en Estados Unidos o de la *Fundación Paz Ciudadana* en Chile^{63, 64, 65}.

No obstante los avances de las formas de prevención de los conflictos internacionales y del delito, poco es lo que de ellos se ha utilizado en otras áreas del conocimiento, como es el caso del conflicto civil, ámbito en el cual es manifiesta la falta de una política integral y coherente sobre la prevención del conflicto⁶⁶.

5.b.3.– Demostrar la importancia de la prevención del conflicto civil en Chile, opción por la cual se inclina este artículo, deriva de una serie de antecedentes empíricos. Así, por ejemplo, en el caso del primer nivel de prevención del conflicto jurídico existen encuestas nacionales que indican que los sectores pobres de la población estiman como elemento fundamental para mejorar el sistema de administración de justicia el acceso a la información⁶⁷. La calidad de las leyes, a su vez, es criticada ampliamente, siendo la labor parlamentaria mal evaluada en numerosos casos. En el segundo nivel de prevención del conflicto jurídico, por ejemplo, los resultados de la puesta en marcha de las oficinas de mediación en Chile indican la existencia de altos niveles de satisfacción por parte de los usuarios, incluso por parte de aquellos que no han logrado la obtención de acuerdos. Finalmente, en el caso del tercer nivel de prevención del conflicto jurídico, una de las críticas fundamentales de los abogados, fundamento, por lo demás, de reformas legales tan importantes como la introducida al recurso de casación por la Ley N° 19.374, apunta a la falta de uniformidad en las decisiones judiciales y, por ende, a su escasa predictibilidad.

5.b.4.– En armonía con tal derrotero, es necesario explorar las causas y las consecuencias de un conflicto en el tiempo, procurando la comprensión del conflicto jurídico en el marco de un contexto dinámico. Existe, por así decirlo, una línea del tiempo del conflicto, la cual es elástica en cuanto podemos extenderla mucho más allá de los estrechos límites de un proceso jurisdiccional público, con fecha de inicio en la demanda y con fecha de término en la sentencia definitiva.

El análisis de la línea del tiempo en la prevención del conflicto jurídico civil en Chile sugiere una evolución que pasa por diferentes etapas, las cuales, ya anunciadas, se resumen a continuación:

Primer nivel de prevención del conflicto jurídico. En lo relativo a las causas de un

conflicto jurídico, existen antecedentes remotos y próximos que configuran el contexto en el cual nace un conflicto jurídico. El desarrollo de mecanismos de prevención al nivel de las causas remotas del conflicto –acceso a la información, calidad de las leyes, formación ciudadana, etc.– corresponde al primer nivel de prevención del mismo.

Segundo nivel de prevención del conflicto jurídico. Una vez lograda la identificación del conflicto jurídico y determinado un presunto responsable, el desarrollo posterior del mismo admite, a su vez, diversos caminos. De ordinario, se señala como camino fundamental el proceso, el cual resulta en la intervención de un tercero, quien deberá tomar una decisión destinada a zanjar el conflicto, ya sea que lo haga a través de un arbitraje o de un proceso jurisdiccional público.

En orden a prevenir el uso de tal *ultima ratio*, se considera una serie de mecanismos, varios de los cuales se engloban dentro del concepto de desjudicialización, ya sea que ella se refiera a la promoción de formas alternativas de solución del conflicto o a la exclusión del conocimiento de ciertas materias por parte de los tribunales. A más de tales mecanismos, existen procesos destinados a evitar futuros conflictos, como los vinculados con las acciones de certeza, y al interior de los procesos, a su vez, es posible desarrollar instrumentos que eviten posibles conflictos adicionales al que sirve de origen al proceso, los cuales se ubican dentro de la llamada potestad cautelar.

Tercer nivel de prevención del conflicto jurídico. Una vez terminado el conflicto jurídico estamos en la cima de la “*pirámide de los conflictos jurídicos*” o en la punta del “*iceberg de los conflictos*”. Sin embargo, así como es posible extender el diseño de la pirámide o del iceberg hacia abajo, también es posible colocar, metafóricamente, una “*antena*” en la cumbre de una o del otro, la cual tendrá como misión difundir los resultados del proceso jurisdiccional en cuya virtud se conoce del litigio. Así, por ejemplo, la decisión emanada de ese proceso puede producir efectos reflejos, o bien, puede, a través de su adecuada difusión, ayudar a prevenir futuros conflictos sobre la materia.

5.b.5.– No obstante la importancia de esta aproximación al conflicto, es posible advertir cómo, generalmente, se ha puesto un acento principal en lo que se denominan las “*disputas particulares*” en vez de en los “*principios generales subyacentes*” detrás de ellas. De alguna manera, en otros términos, la sociología del derecho ha centrado su atención en los conflictos manifiestos, los cuales están en la parte final de la línea del tiempo antes descrita, olvidando la importancia que demanda el estudio de los conflictos latentes^{68,69}.

Cabe estimar que ello es un error, el cual ha sido tratado de ser superado a través de la llamada “*perspectiva centrada en las disputas*”, surgida al amparo del “*Civil Litigation Research Project*”. Precisamente tal proyecto de investigación permitió explicitar y criticar, con antecedentes empíricos, el hecho que los análisis acerca de las disputas han estado centrados en su revisión formal en concordancia con una realidad en cuya virtud “*el nacimiento y transformación de las disputas, especialmente antes de entrar en la esfera de las instituciones legales formales, es un tema abandonado en la sociología del derecho*”⁷⁰.

A más de lo anterior, nuevas visiones dentro de la sociología del derecho han señalado su preocupación en orden a una mejor comprensión del conflicto y su prevención, y es así como él ha sido analizado, por ejemplo, desde la perspectiva de la “*teoría de los sistemas*” o del de la “*teoría de los juegos*”⁷¹.

Un cambio de punto de vista, desde una aproximación vertical arriba-abajo a una perspectiva vertical abajo-arriba, es decir, desde una aproximación que, en vez de partir del proceso como centro, parta del conflicto como centro, es lo que, en definitiva, se propone para el logro de una reforma a la justicia civil eficiente y eficaz. El procesalista debe reflexionar en torno a los diversos elementos involucrados en todo conflicto, a saber, elementos de origen biológico, filosófico, psicológico, social, etc.⁷² No es sino esto lo que permite afirmar que “*la verdadera solución del conflicto requiere cambios en los valores subyacentes de las personas, lo cual toma un largo tiempo*”⁷³. En tal sentido, la “*perspectiva centrada en las disputas*” es una contribución, en cuanto permite ampliar el análisis del conflicto jurídico a las ciencias sociales en general, más allá de las ciencias jurídicas en particular⁷⁴.

6. A MODO DE CONCLUSIÓN

A pesar de la importancia que significa el conflicto, en el origen, desarrollo y sentido del Derecho, tal como se acaba de señalar, las reformas y proyectos de reforma de la justicia civil en Chile se han centrado en el proceso. En efecto, se trata siempre de modificar el procedimiento o manifestación material del proceso, ya sea introduciendo o favoreciendo la concentración, la oportunidad procesal, la oralidad o la publicidad; facilitando la recepción de la prueba y su valoración; revisando la organización de la estructura de la administración de la justicia civil, etc.

El eje central que sirve de base a la disciplina que estudia la justicia civil debe estar en el conflicto jurídico. Es precisamente su existencia la que da origen al proceso como una de las vías posibles de solución del mismo. De cierta manera, algunas de las reformas a la justicia en Chile reconocen lo anterior. Así ocurre en el ámbito de la familia, en el cual se han introducido formas de justicia negociada por sobre una justicia impuesta, al regular la conciliación, como mecanismo autocompositivo en sede procesal, y la mediación, como forma extrajudicial de tratamiento y solución de los conflictos jurídicos.

Si el centro de atención se pone en el conflicto es necesario, entonces, favorecer mecanismos idóneos –*ex ante* y *ex post* del proceso– destinados a prevenir su emergencia y, una vez que ella ocurra, a facilitar formas alternativas de solución de los conflictos, descartando como única vía posible el proceso, el cual, en todo caso, debe considerar a su interior instrumentos adicionales de prevención del conflicto a través, por ejemplo, de las medidas cautelares y de la tutela anticipada, temas que exceden el alcance de este artículo.

La incorporación de los mecanismos mencionados en el párrafo anterior constituye, entonces, a mi parecer, el elemento pendiente en el análisis de la reforma a la Justicia Civil en Chile.

BIBLIOGRAFÍA

- BARROS, LUIS Y JORGE CORREA. *Justicia y Marginalidad: Percepción de los pobres*. Corporación de Promoción Universitaria, Santiago, 1993.
- CASTRO, RODRIGO Y JOSÉ FRANCISCO GARCÍA. *Estado de la Justicia en Chile año 2004- Indicadores para el Sector*. Instituto Libertad y Desarrollo, Serie Informe Social N° 95, Santiago, octubre 2005.
- CERDA, CARLOS. *Duración del Procedimiento Civil Ordinario en los Juzgados de Santiago*. Investigación patrocinada por Fondecyt, Santiago, 1992.
- CERDA, CARLOS. *Duración del Procedimiento Sumario en los Juzgados de Santiago*. Investigación patrocinada por Fondecyt, Santiago, 1993.
- COLOMBO, JUAN. *La jurisdicción en el Derecho Chileno*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1991.
- CORREA, JORGE Y JUAN ENRIQUE VARGAS. *Diagnóstico del Sistema Judicial Chileno*. Corporación de Promoción Universitaria, Santiago, 1995.
- ENTELMAN, REMO. *Teoría de Conflictos. Hacia un nuevo paradigma*. Gedisa Editorial, Barcelona, 2005.
- FELSTINER, WILLIAM, RICHARD ABEL Y AUSTIN SARAT. *The emergence and transformation of disputes: Naming, blaming, claiming*. Publicado en Law and Society Review, volumen 15, números 3-4, 1980-81.
- GALANTER, MARC. *Litigation in America*. Publicado en UCLA Law Review, 31, 1983/1.
- GARCÍA, JOSÉ FRANCISCO Y FRANCISCO JAVIER LETURIA. *Justicia Civil: Una Reforma Pendiente*. Instituto Libertad y Desarrollo, Serie Informe Político N° 88, Santiago, febrero 2005.
- GESSNER, VOLKMAR. *Conflit*. Publicado en Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1993.
- GILLING, DANIEL. *Crime Prevention. Theory, policy and politics*. UCL Press Limited, USA, 1997.
- HOWARD ROSS, MARC. *The Culture of Conflict*. Yale University Press, Michigan, 1993.
- NADER, LAURA. *Controlling Processes in the Practice of Law: Hierarchy and Pacification in the Movement to Reform Dispute Ideology*. Publicado en Ohio St. Journal on Dispute Resolution, 1, 1993.
- ONFRAY, ARTURO Y OTROS. *Duración de los Procedimientos Contenciosos en los Juzgados de Menores del Área Metropolitana*. Investigación patrocinada por el SERNAM, publicación interna del Departamento de Investigación y Extensión de la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, Santiago, 1994.
- PARMENTIER, STEPHAN. *Le juge doit-il résoudre tous les conflits?* Fondation Roi Baudouin, Séminaire Mardi 30 Mars

- 1999, Palais des Congrès de Bruxelles.
- PEÑA, CARLOS. Informe sobre Chile. Publicado en Correa, Jorge (coordinador) "Situación y Políticas Judiciales en América Latina", Cuadernos de Análisis Jurídico, serie publicaciones especiales N° 2, Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, Santiago, 1993.
- PEÑALOZA, PEDRO JOSÉ Y FELIPE ESPINOSA-TORRES. *Los Desafíos de la Prevención del Delito en América Latina en el Siglo XXI*. X Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, México, 2000.
- STONE, KATHERINE. *Private Justice: The law of alternative dispute resolution*. Foundation Press, New York, 2005.
- SUARÉS, MARINES. *El marco teórico de la mediación con un especial énfasis en Latinoamérica*. Publicado en Onfray Vivanco, Arturo (editor). "Seminarios de Actualización", Cuadernos de Análisis Jurídico N° 43. Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, Santiago, 2006.
- TRUBEK, DAVID. *Studying Courts in Context*. Publicado en Law and Society Review, volumen 15, números 3-4, 1980-81.
- TRUBEK, DAVID. *The Construction and Deconstruction of a Disputes-Focused approach: An afterword*. Publicado en Law and Society Review, volumen 15, números 3-4, 1980-81.
- VARGAS, JUAN ENRIQUE, CARLOS PEÑA Y JORGE CORREA. *El Rol del Estado y el Mercado en la Justicia*. Publicado en Cuadernos de Análisis Jurídico N° 42, Universidad Diego Portales, Santiago, 2001.
- VARGAS, JUAN ENRIQUE. *La Reforma a la Justicia Civil. Desde la perspectiva de las Políticas Públicas*. Presentado en Seminario Interamericano "Claves para una Reforma a la Justicia Civil", Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA, Santiago, Chile, 10 y 11 de noviembre de 2005.
- VINYAMATA, EDUARD (coord.). *Aprender del conflicto. Conflictología y educación*. Editorial Graó, Barcelona, 2003.
- VINYAMATA, EDUARD. *Conflictología. Curso de Resolución de Conflictos*. Editorial Ariel S.A., Barcelona, 2005.
- WOUTERS, YOLANDE Y FRANCIS VAN LOON. *Civil litigation in Belgium: The reconstruction of the pyramid of legal disputes –a preliminary report*. Publicado en Droit et Société 20/21-1992.

MEDIACIÓN POR DAÑOS EN SALUD DEL CDE: APORTE A LA CULTURA DE LA PAZ

Pedro Barría Gutiérrez*

El 4 de marzo de 2005 el Consejo de Defensa del Estado (CDE) comenzó a realizar mediaciones por daños en salud, nueva función atribuida por la Ley 19.966, sobre Régimen de Garantías en Salud (Diario Oficial de 3 de septiembre de 2004), que instauró un sistema de mediación prejudicial entre los prestadores institucionales públicos de salud o sus funcionarios, por una parte, y, por la otra, quienes consideren haber sido afectados por daños ocasionados por los primeros en el otorgamiento de prestaciones asistenciales.

De acuerdo al inciso 1° del artículo 43 de la Ley 19.966, ninguna acción para obtener reparación por daños en salud podrá ser ejercitada, en sede civil o criminal, sin que el interesado previamente haya sometido su reclamo a la mediación ante el Consejo de Defensa del Estado. El paso por la mediación es obligatorio¹, operando como un requisito de procedibilidad de las acciones civiles reparadoras. Durante el procedimiento de mediación, se suspende la prescripción de las acciones civiles y criminales (inciso final del artículo 45 de la Ley 19.966). Si no hay acuerdo, o la mediación termina por otros motivos, el reclamante puede recurrir a la vía judicial para obtener la reparación de los daños.

En el caso de daños en salud reclamados en contra de prestadores privados, la mediación debe realizarse ante mediadores registrados ante la Superintendencia de Salud (inciso 2° del artículo 43 de la Ley 19.966), asumiendo las partes el honorario del mediador, a diferencia de la mediación ante el Consejo que es gratuita.

Al definir la mediación, el inciso final del artículo 43 de la Ley 19.966 señala: “La mediación es un **procedimiento no adversarial** y tiene por **objetivo propender** a que, mediante la **comunicación directa entre las partes** y con **intervención de un mediador**, **ELLAS** lleguen a una **solución extrajudicial de la controversia**” (énfasis añadido).

La mediación constituye un método no confrontacional de resolución de disputas de creciente extensión mundial. En Chile, es un fenómeno reciente. En 2001 partió la mediación laboral, en 2004 la mediación familiar de la Ley 19.947 de Matrimonio Civil (Diario Oficial de 17 de mayo de 2004), agregándose en 2005 la mediación por daños en salud. Aunque no reguladas legalmente, existen también experiencias de mediación escolar y comunitaria.

No obstante la trascendencia de la mediación papal para nuestro país –que evitó una guerra con nuestros vecinos argentinos, culminando en el Tratado de Paz y Amistad de 1984–, la mediación ha demorado demasiado en extenderse. Al contrario, en Argentina el fuerte interés teórico y una amplia práctica de la mediación fructificó en la Ley 24.573 (publicada en el Boletín Oficial de 27 de octubre de 1995), que estableció con carácter obligatorio la mediación previa a todo juicio de carácter civil o comercial, sistema con diez años de exitosos resultados².

¹ Pedro Barría Gutiérrez. Abogado de la Universidad de Chile. Magíster en Ciencia Política con estudios de Doctorado en esa área en Duke University, Carolina del Norte. Integra el Consejo de Defensa del Estado desde 1990, desempeñándose en la actualidad como Jefe de la Unidad de Mediación en Salud. En la práctica de la abogacía se ha especializado en Derecho Sanitario y Derecho Informático.

No obstante la obligación de concurrencia a la mediación para quien desee demandar reparación por daños en salud, una vez iniciado el procedimiento su prosecución es voluntaria para las partes, quienes pueden decidir no concurrir, dejar de participar en la mediación en cualquier momento, o participar sin llegar a acuerdo. También puede ocurrir que, presentado el reclamo, la mediación termine por incomparecencia de las partes.

² A diferencia de nuestro país, en que la mediación ha ido creciendo “modular” y lentamente de un sector a otro, la

La mediación papal confirmó la integración de la mediación dentro de una “cultura de la paz”, fomentada por un grupo creciente de personas y entidades internacionales y nacionales, públicas y privadas. Para Danielsen (2005, p. 9), esta cultura “propone el diálogo, la mediación y métodos alternativos de resolución de conflictos, centrándose en los derechos y el valor de cada individuo. Un sistema adversario crea y fortalece imágenes de enemigo, autoritarismo y exclusión, muchas veces aumentando la violencia y la cultura de guerra”³.

La mediación hace realidad el acceso a la justicia en igualdad de condiciones para las partes. Si la mediación prospera, ellas resuelven su disputa con la guía del mediador, construyendo un acuerdo por sí mismas, el cual contempla las necesidades e intereses de ambas, lo que le da estabilidad. Como las partes y el mediador ponen total dedicación al problema, la resolución se logra más rápidamente que con la metodología confrontacional litigiosa. Esta rapidez en la resolución de la disputa es la que asegura real acceso a la justicia.

Pero la rapidez no es la única virtud de la mediación. Esta expone a las partes a un proceso de aprendizaje respecto de cómo comunicarse y resolver sus disputas. Por ello, si la mediación se generalizara y consolidara, aportaría a la creación de una cultura de la paz a través de acuerdos, que reemplace a la cultura de la confrontación a través de litigios, a la modernización del Estado y a la profundización de la democracia a través de la participación efectiva de las personas en el campo de la justicia.

¿POR QUÉ LLEGÓ LA MEDIACIÓN AL CDE?

La pregunta es completamente pertinente por dos razones:

Primero, en sus 110 años de vida, la mayor parte de la actividad del Consejo de Defensa del Estado ha sido la defensa judicial de los intereses del Estado y del Fisco;

Segundo, la mediación se asienta sobre bases completamente diferentes de las del litigio. No responde a la lógica ganar-perder, ni supone la adjudicación por un tercero (juez) que da la razón a una de las partes, sino la facilitación por un tercero para que ambas partes puedan encontrar por sí mismas una solución a su disputa, que tome en cuenta sus intereses y necesidades, sin considerar quién tiene la razón, dentro de un esquema ganar-ganar. Las partes tienen un papel activo en la mediación, por lo cual ambas ganan cuando logran un acuerdo. Cuando ello no ocurre, no dejan de ganar, porque seguramente habrán comenzado a aprender a gestionar la solución de sus disputas sobre la base de la comunicación con su contendiente.

La mediación por daños en salud surgió durante el debate en la Comisión de Salud del Senado del proyecto que devino en la Ley 19.966, sobre Régimen de Garantías en Salud. Como por primera vez el Estado aseguraba derechos de acceso, en tiempos determinados, con

Ley 24.573 estableció el carácter obligatorio de la mediación para todo tipo de asuntos civiles y comerciales, salvo las excepciones del artículo 2º, entre otras, causas penales, causas en que el Estado nacional o sus entidades descentralizadas sean parte, amparo, habeas corpus e interdictos. En Argentina, el reclamante deberá formalizar su pretensión ante la competente mesa general de recepción de expedientes, tras lo cual se procederá al sorteo del mediador y a la asignación coetánea del juzgado que eventualmente conocerá de la litis (artículo 4º). Esta mediación no es gratuita y se realiza ante mediadores registrados en el Ministerio de Justicia, al igual que la mediación que contempla nuestra Ley de Matrimonio Civil. Pero con dos diferencias: la mediación chilena no es obligatoria y los mediadores argentinos son capacitados en la Escuela de Mediadores de la Dirección Nacional de Extensión Jurídica de ese Ministerio, mientras que los chilenos deben capacitarse por sí mismos, a través del procedimiento y programa que ellos mismos elijan.

³ En consonancia con su integración dentro de esta “cultura de la paz”, la psicóloga, mediadora y profesora argentina Marínés Suares, postula que la mediación no es sólo un método de resolución de disputas, sino también una ideología enraizada en ideas fundamentales sobre los seres humanos, la confianza en su capacidad para resolver sus controversias, que vienen ejercitando desde remotos tiempos históricos, de modo que cuando van a mediación es porque están empantanados en un círculo vicioso, cuya salida puede ser facilitada por el mediador, quien respeta y fomenta el protagonismo de las partes, rasgo cardinal de la mediación (Suares 2005, p. 5). Esta línea de análisis equipara la mediación a una cultura de la paz, diplomacia ciudadana, horizontalización de la política y democratización de la justicia.

garantías de calidad y de protección financiera a ciertas prestaciones de salud –25 en 2006 para crecer a 56 en años sucesivos–, lo que se que se conoce como plan AUGE, algunos senadores manifestaron su preocupación respecto al posible aumento de demandas contra el Estado por daños en salud y a que los desembolsos presupuestarios por sentencias desfavorables hicieran inviable el proyecto de garantías explícitas⁴.

Aunque con menor énfasis, en la citada Comisión también se manifestó la inquietud por la insatisfacción de los demandantes que debían esperar largos años para obtener una reparación por algún daño en salud, traba para el acceso a la justicia que la mediación podría resolver.

En el debate parlamentario se concibió la mediación como mecanismo tendiente a desjudicializar los conflictos por daños en salud, limitar los montos indemnizatorios y brindar a los afectados acceso expedito a la justicia. Con esos fines, se estableció un sistema de mediación prejudicial, obligatorio, rápido y gratuito (salvo para prestadores privados), con topes indemnizatorios para cada tipo de daño.

La propuesta original del Poder Ejecutivo no encomendaba la mediación al Consejo, sino que a la Secretaría Regional Ministerial de Salud respectiva, que designaba a uno de sus funcionarios como mediador. En forma unánime, la Comisión de Salud del Senado estimó que el carácter de funcionario del área de la salud pública de este mediador, le restaría independencia e imparcialidad, dado que los daños reclamados se imputaban precisamente a establecimientos de esa área. Los parlamentarios consideraron que lo mejor era atribuir la dirección del sistema de mediación al Consejo de Defensa del Estado, entidad que, por su carácter legalmente autónomo, podía garantizar la imparcialidad que requiere el procedimiento.

Para la mediación de los reclamos por daños en salud relacionados con prestadores privados, se estableció que la mediación se realizara ante mediadores registrados ante la Superintendencia de Salud, cuyos honorarios deberían asumirlo las partes involucradas.

El sistema comenzó el 4 de marzo de 2005. Transcurrido poco menos de un año, hasta el 31 de diciembre de 2005, sus resultados iniciales pueden considerarse satisfactorios y prometedores. De partida, ha demostrado gran legitimidad y confiabilidad para reclamantes. Como se aprecia en la Tabla 1, entre marzo y diciembre de 2005 se recibieron 396 reclamos, o sea, un término medio aproximado de 40 reclamos mensuales.

TABLA 1
Reclamos recibidos entre marzo y diciembre de 2005

Meses	N°	%
Marzo	60	15
Abril	10	3
Mayo	24	6
Junio	43	11
Julio	69	17
Agosto	39	10
Septiembre	29	7
Octubre	41	10

⁴ Para entonces (agosto 2004), el Ministro de Salud calculaba que el monto total demandado por daños en salud, acaecidos en establecimientos públicos, ascendía a 40 mil millones de pesos.

Noviembre	45	11
Diciembre	36	9
Total	396	100

La gran mayoría de los reclamos se presentó a través la línea 880 800 233, de acceso gratuito desde todo el territorio del país. Como se aprecia en la Tabla 2, en el mismo período, esta línea recibió 1.535 llamadas, con un término medio mensual de 153 llamadas.

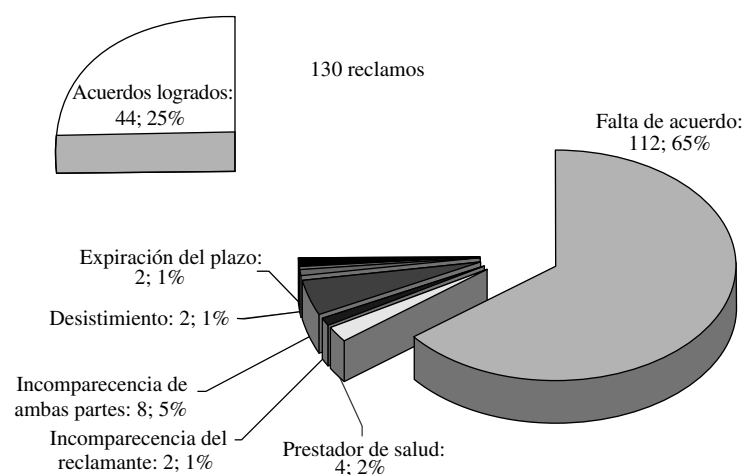
TABLA 2
**Llamados a la línea 800 800 233 entre marzo
y diciembre de 2005**

Meses	Nº	%
Marzo	192	13
Abril	64	4
Mayo	81	5
Junio	258	17
Julio	373	24
Agosto	139	9
Septiembre	125	8
Octubre	122	8
Noviembre	110	7
Diciembre	71	5
Total	1.535	100

Hay que destacar que una cantidad apreciable de llamados no correspondió efectivamente a reclamos por daños en salud. Algunas personas llamaron reclamando respecto de beneficios previsionales, tales como negativa de cobertura de Isapres o Fonasa, problemas en tramitación de licencias médicas o pensiones de invalidez. Otras llamaron por requerimientos no satisfechos por diversas entidades estatales. Todos los ciudadanos requirentes recibieron orientación y derivación por parte de las dos asistentes telefónicas del Centro de Llamados de la Unidad de Mediación del Consejo, contribuyéndose así a la política pública de ventanilla única, componente de la modernización del Estado.

En cuanto a la legitimidad del sistema, este también resultó validado por la actitud de los reclamados, servicios de salud, centros asistenciales y funcionarios. El gráfico 1, que sigue lo demuestra.

GRÁFICO 1
Motivos que explican falta de acuerdos



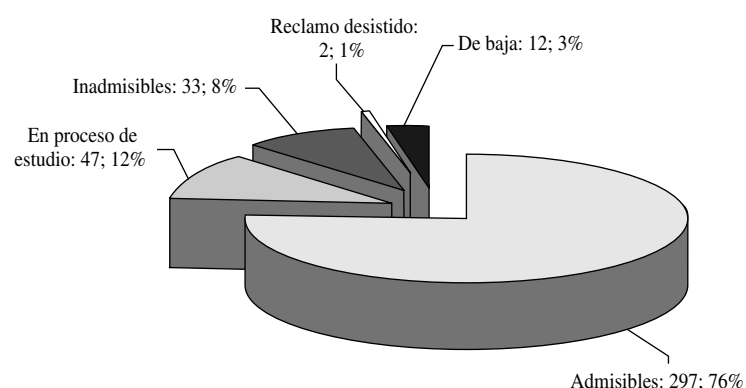
Como puede apreciarse en el gráfico anterior, en la mayoría de las mediaciones, los reclamados han participado. La falta de acuerdos se explica por incomparecencia de ambas partes en el 5% de los casos (8 reclamos) y del prestador de salud en el 2% de los casos (4 reclamos). Es decir, se registra incomparecencia de los reclamados en el 7% de las mediaciones, lo cual no puede dejar de valorarse positivamente, dada la novedad del sistema, la cultura del litigio imperante y el desembolso económico actual que podría implicar la mediación para el reclamado frente a un desembolso futuro que podría acarrear un litigio.

Como se aprecia en el gráfico 2, de los 391 reclamos recibidos entre marzo y diciembre de 2005, fueron admitidos a tramitación 297 (76%), declarándose inadmisibles sólo 33 (8%). Este bajo índice de inadmisibilidad para los primeros 10 meses del sistema, indica que los usuarios entienden los propósitos de la mediación por daños en salud. Seguramente el transcurso del tiempo y la mayor información sobre el servicio de mediación por daños en salud llevarán a disminuir este porcentaje de inadmisibilidad.

Tras la publicación de la Ley 19.966, se creó la Unidad de Mediación del Consejo, el 28 de octubre de 2004, con el fin de que asumiera la tarea en la forma interdisciplinaria en que opera la mediación en todas partes⁵. Con el apoyo del Consejo y supervisión de su Presidente, esta Unidad adoptó medidas urgentes para, en el breve plazo de 6 meses que concedió la ley, organizar el servicio de mediación y comenzar la atención a contar del 1º de marzo de 2005.

⁵ Todos los autores coinciden en el carácter interdisciplinario de la mediación. La exigencia de atender los intereses y necesidades de las partes exige considerar su emocionalidad, por lo cual los mediadores requieren manejo de teoría de la comunicación humana, psicología, sociología, conflictología, victimología y técnicas de atención de público. Especialmente convincente resulta Farré (2004, p. 52), quien sobre la base de los conflictólogos John Burton y Eduard Vinmayata postula que los métodos de resolución de conflictos son una "transdisciplina que utiliza teoría y práctica de diversas ciencias y disciplinas, tales como biología, psicología, derecho y sociología". Pensando en el modelo de negociación cooperativa de Harvard, cuyas herramientas son esenciales para cualquier mediador, podríamos agregar, economía, ciencia política y relaciones internacionales. Kolb y Rubin (1997, p. 40) señalan que la mediación ha sido uno de los métodos de resolución de conflictos más investigados en disciplinas como "antropología, comunicación, teoría de la toma de decisión económica, ciencia política, psicología, sociología y también en otras áreas, incluyendo las relaciones industriales, internacionales, la administración y el derecho".

GRÁFICO 2
Reclamos admisibles sobre los recibidos (391)



ESQUEMA DE ESTE ARTÍCULO

En primer lugar, se analizan los conceptos de conflicto y mediación, el desarrollo de esta última y su vinculación con la cultura de la paz, se contrastan los paradigmas de la mediación frente a los de los métodos tradicionales de resolución de disputas y se enuncian los modelos de mediación.

En segundo término, se reseña someramente la regulación de la mediación por daños en salud del Consejo de Defensa del Estado, principalmente acceso de los reclamantes, objeto, características, principios, especialmente equilibrio de poder, igualdad de las partes, imparcialidad del mediador, procedimiento y etapas de la mediación.

Tercero, se analiza la comunicación dentro de la mediación por daños en salud, su contexto emocional y ciertas técnicas comunicacionales. Finalmente, se destaca el efecto de aprendizaje del proceso de mediación.

Cuarto, se analizan las perspectivas, desafíos y necesidades de la mediación por daños en salud del Consejo y de la mediación en Chile.

I. CONCEPTO DE CONFLICTO, PARADIGMAS Y MODELOS DE MEDIACIÓN

“La transformación de la sociedad desde una cultura de guerra a una cultura de paz es quizás el cambio más radical y de largo alcance en toda la historia humana. Todos los aspectos de las relaciones sociales –moldeadas durante milenios por la cultura de guerra dominante– están abiertos al cambio, incluyendo las relaciones entre naciones y entre mujeres y hombres. Desde los centros de poder hasta las aldeas más remotas, todos pueden verse comprometidos y transformados en este proceso” (David Adams, Director del Año Internacional para la Cultura de Paz y la No-Violencia de la ONU, 2000)□⁶.

El conflicto, tan antiguo como la mediación, es la *conditio sine qua non* para su aparición. Dentro de las numerosas definiciones de conflicto, vale la pena consignar tres⁷.

“Situación de competencia en la que las partes están conscientes de la

⁶ Citado por Danielsen (2005, p. 1).

⁷ Espinosa y Fernández (2004 y 2005).

incompatibilidad de futuras posiciones potenciales, y en la que cada una de ellas desea ocupar una posición que es incompatible con los deseos de la otra” (Kenneth Boulding, 1962).

Otros dos conceptos agregan elementos immanentes a todo conflicto, como son la percepción de divergencia de intereses y la emoción que ello engendra.

“La percepción de divergencia de intereses o la creencia de las partes de que sus aspiraciones actuales no pueden satisfacerse simultánea o conjuntamente” (D. Pruitt y J. Rubin, 1986).

“Diferencias reales o percibidas que surgen de circunstancias de organización específicas y engendran emoción como consecuencia” (D. Kolb y L. Putnam, 1991).

A la mediación no le interesa el conflicto intrapersonal o intrapsíquico, sino que el conflicto interpersonal, definido como la “tensión entre dos o más entidades sociales (individuos, grupos u organizaciones mayores) que proviene de la incompatibilidad de respuestas reales o deseadas” (Espinosa y Fernández 2004 y 2005).

Morton Deutsch clasifica estos conflictos como manifiestos, abiertos o explícitos u ocultos, negados o implícitos (*idem*).

Por su parte, la psicóloga, profesora y mediadora argentina Marinés Suares (Suarez, 2005, p. 2), recoge esta distinción. Para ella, un conflicto que se ha hecho explícito constituye una disputa. Se trata de una situación en la cual se habla acerca del conflicto. En este punto entra a actuar la mediación. La experiencia histórica señala que no todos los conflictos estallan en una disputa, o sea, no todos los conflictos se hacen explícitos. También indica que la resolución de una disputa no implica que no pueda estallar otra en el seno del mismo conflicto. El conflicto árabe-israelita, el conflicto irlandés y numerosas experiencias internacionales conflictuales grafican esta conclusión, aplicable también a las relaciones entre individuos. Por ello, sólo descubriendo los elementos ocultos del conflicto, podrá construirse un acuerdo duradero entre las partes. El mediador puede jugar un papel esencial en el descubrimiento de los elementos no manifiestos (latentes) del conflicto. En este artículo se utilizarán indistintamente las expresiones disputa o conflicto, queriendo, en este último caso, significar conflicto explícito.

Elementos componentes del conflicto

Todo conflicto está compuesto de elementos visibles, fácilmente perceptibles y otros elementos ocultos o difícilmente apreciables. Farré (2004, pp. 41-42) sobre la base de la concepción de Burton (1990), habla del **iceberg del conflicto**, previniéndonos sobre la existencia de elementos tangibles, materiales (llamados por Burton “**intereses negociables**”) que se expresan en **posiciones**, o sea, “lo que queremos o pedimos” (“quiero la tuiación de mis hijos”, “quiero una indemnización de 50 millones de pesos”, “exigimos que se retiren y nosotros recuperemos el control militar de los territorios”, etc.).

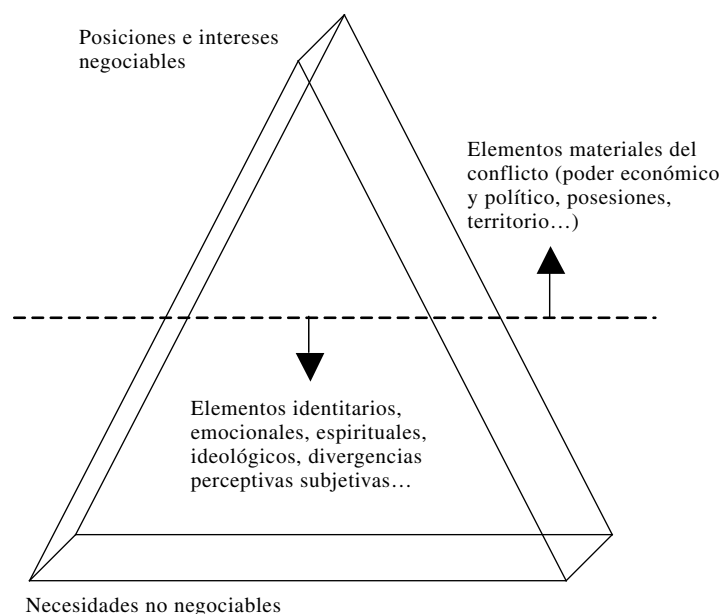
Intereses y posiciones se ubican en la región visible del iceberg. “Son los aspectos que normalmente forman parte de la agenda negociadora y que acaban reflejados en los acuerdos de paz, en los convenios reguladores de una separación o divorcio o en la resolución de una disputa de carácter comercial” (Farré 2004, p. 42). Podríamos agregar los acuerdos de mediación por daños en salud.

Pero muy vinculadas con posiciones e intereses, tenemos “**elementos primordialmente inmateriales**”, no siempre expresados “con facilidad en una relación conflictual, ni en un proceso comunicativo que, como la mediación, intente transformarla positivamente. En esta dimensión subacuática del iceberg encontramos lo que John Burton denomina ‘**necesidades no negociables**’: elementos identitarios, psicoemocionales, ideológicos ... ¿Puede uno acaso negociar, por ejemplo, su necesidad de vivir dignamente, o de mantener alguno de los elementos que definen su identidad individual o grupal, como la lengua, la cultura o la ideología?” (*idem*, pp. 42-43). Esto se aprecia en la figura 1 que se inserta más adelante, sobre el iceberg del

conflicto que elaboró Farré.

En nuestras mediaciones por daños en salud hemos podido comprobar como una posición inflexible inicial, de carácter material y tangible (“exijo una indemnización de 50 millones de pesos y ni un peso menos”), a veces se vincula íntimamente con un elemento inmaterial, oculto en la parte subacuática del iceberg, como el sentimiento del paciente de no haber sido tratado dignamente y no haber recibido una explicación del daño. Es papel del mediador, aplicando las técnicas comunicacionales correctas, que se analizan en el capítulo III, sobre todo, actuando en entrevistas individuales, descubrir estas necesidades de la parte. Esto es vital, ya que “los acuerdos sobre aspectos materiales del conflicto serán siempre mucho más viables y duraderos si se construyen sobre una base sólida en la que han podido expresarse y tratarse aquellos aspectos más profundos e históricos de la relación conflictual, por incómodo que ello pueda parecer *a priori*” (Farré 2004, p. 43).

FIGURA 1
El iceberg del conflicto⁸



La relación que existe entre posiciones (negociables), intereses (negociables) y necesidades (no negociables) dentro de un conflicto explícito o disputa en la terminología de Suares (2005, p. 2), puede apreciarse en los ejemplos de la tabla siguiente.

Formas de resolución de las disputas

En el devenir de las relaciones sociales, han surgido tres formas de resolver las disputas, las cuales difieren en cuanto al papel protagónico de los contendientes, al costo del procedimiento, a la satisfacción de las partes con el resultado y a la recurrencia del conflicto que originó la disputa.

⁸ En Farré 2004, p. 42; inspirado en la teoría sobre intereses y necesidades de John Burton, desarrollada en Burton y Duker (1990).

TABLA 3
Negociabilidad de los elementos del conflicto⁹

Posiciones (negociables)	Intereses (negociables)	Necesidades (no negociables)
¿Qué quiere?	¿Por qué lo quiere?	¿Para qué lo necesita?
Quiero un aumento de sueldo	Necesito ganar más dinero.	Mi esposa padece una grave enfermedad y no puede trabajar y necesita cuidados especiales.
Quiero que me pague una pensión compensatoria de un millón de pesos y de ahí no bajo.	Quiero molestarle.	Necesito que reconozca todo el daño que me ha hecho. Si recibo un reconocimiento, una reparación moral, quizás sea flexible en mis posiciones.
Quiero cambiar de trabajo.	Necesito un cambio.	Odio a mi jefe, no lo aguanto más, pero si digo la verdad, me harán la vida imposible.
Exigimos que nuestra nación sea un país independiente.	Queremos administrarnos políticamente	Tenemos una entidad nacional propia y queremos salvaguardarla.

En general, las disputas pueden resolverse “conciliando los intereses de las partes, determinando quién tiene la razón y definiendo quién es más poderoso” (Ury, Brett y Goldberg 1995, p. 4). En otras palabras, pueden resolverse sobre la base del poder (fuerza), de la razón (derechos) o de los intereses.

En la conciliación de intereses, las partes tienen un amplio papel protagónico, el costo del procedimiento es bajo, la satisfacción con los resultados es mutua, ya que ambas partes ganan con la resolución y, por lo mismo, la recurrencia de nuevas disputas es altamente improbable.

En la determinación de quién tiene la razón, el papel protagónico de las partes es ínfimo. Un juez, o sea un tercero ajeno a las partes, investido de la facultad para ello, decide el litigio y eventualmente impone su decisión por la fuerza. Dentro de este esquema, el costo del procedimiento es alto (honorarios de abogados, costos judiciales, tiempo), la satisfacción con el resultado alcanza sólo a la parte que gana el juicio y la probabilidad de la recurrencia del conflicto –sobre todo en temas de familia, laborales y comunitarios– es mayor que en la conciliación de intereses.

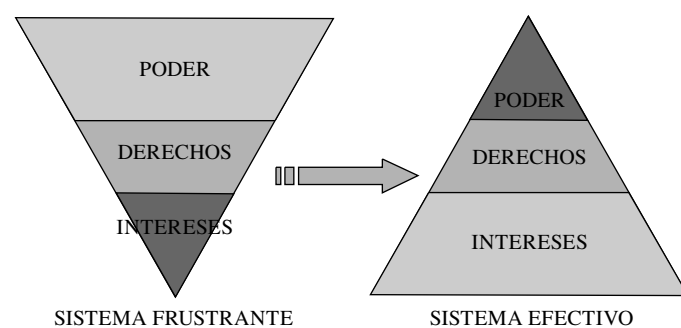
En cambio, en la resolución por la fuerza de una disputa, las partes tienen un alto protagonismo, la satisfacción con el resultado sólo alcanza a la parte que impuso la solución, el costo es generalmente alto tanto para esta parte como para la que debe soportar la imposición de la fuerza y, finalmente, es altamente probable la recurrencia del conflicto.

⁹ Adaptación de “Tabla 3.2. El objeto del conflicto”, de Farré (2004, p. 43).

El único esquema de resolución de conflictos que puede satisfacer a ambas partes y, por ende, es estable, debe construirse sobre la base de los intereses. La figura 2 de Ury, Brett y Goldberg (1995, p. 25, figura 2) tiene como fin ilustrar lo anterior.

Estos autores comienzan por reconocer que no todas las disputas deben someterse a conciliación de intereses, ya que, en algunos casos, procedimientos basados en los derechos o en el poder, resultan ser más efectivos. El problema, para ellos, se produce cuando se aplican estos procedimientos a situaciones en que no son efectivos. En consecuencia, debería propenderse a un sistema de resolución de conflictos como el de la derecha de la figura 2, o sea, resolver la mayoría de las disputas conciliando intereses, algunas viendo quién tiene la razón y las menos por la fuerza. Por su parte, el sistema de la pirámide invertida es frustrante, ya que pocas disputas se resuelven conciliando intereses y aumenta el número de las que se definen por los derechos y el poder (*idem*, pp. 24-25), dejando siempre a una parte, la que pierde todo, frustrada y descontenta. Para los autores el desafío es girar la pirámide de la izquierda y avanzar a la de la derecha.

FIGURA 2
Efectividad de sistemas de resolución de conflictos



Conviene destacar que las soluciones basadas en la fuerza y en la razón tienen el carácter de juegos suma cero. Ellas se mueven en un esquema ganar-perder, en el cual todo lo que gana una parte lo pierde la otra. (Fischer 2000, p. 2) En cambio, en la conciliación de intereses, presenciamos un esquema ganar-ganar en el cual ambas partes obtienen, básicamente porque, al atenderse a sus necesidades, sus intereses se ven reflejados en el acuerdo.

El contexto dentro del cual se realiza la conciliación de intereses no excluye necesariamente la razón (derechos) y el poder (Ury, Brett y Goldberg, 1995, p. 11). “La evaluación del resultado probable de llevar una disputa a los tribunales o a la huelga, por ejemplo, ayuda a definir el rango de la negociación dentro del cual puede encontrarse una resolución. De modo similar, la definición de los derechos tiene lugar dentro del contexto del poder. Una parte, por ejemplo, puede obtener una sentencia favorable en los tribunales, pero a menos que el fallo pueda ponerse en práctica la disputa continuará. Así, en el proceso de resolución de una disputa, el foco puede trasladarse de los intereses a los derechos, al poder y luego de vuelta” (*idem*, pp. 11-12).

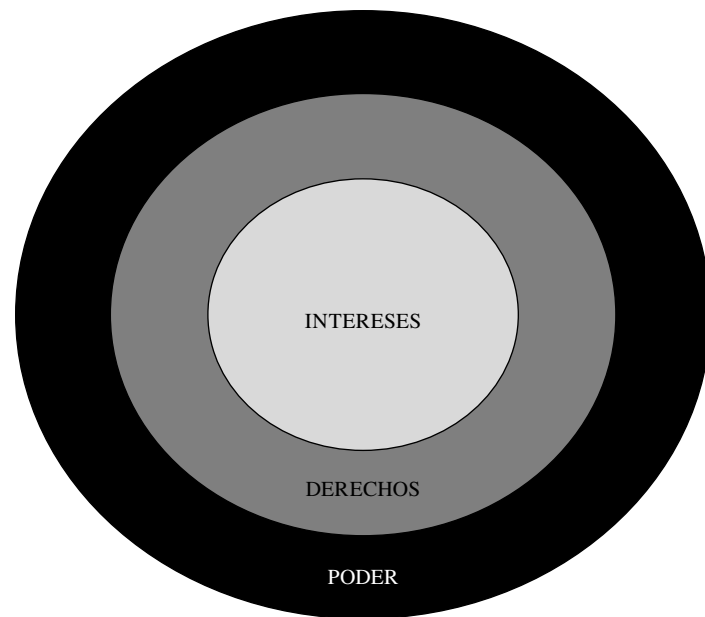
La relación entre intereses, derecho y poder puede graficarse como círculos concéntricos como se aprecia en la figura siguiente.

La conciliación de intereses puede realizarse por las mismas partes, a través de un proceso de negociación o bajo la conducción de un tercero, que puede ser un conciliador o un mediador.

La negociación, la conciliación y la mediación integran las denominadas (RAD). Siguiendo a Suares (2006, pp. 137-138), la R se refiere a “resolución” y la A se refiere a

“alternativa”, término que ha traído dificultades. En efecto, uno de los “pioneros de la mediación comunitaria en la costa oeste de los Estados Unidos –Jay Folberg– dice que la palabra ‘alternativa’ no es la correcta ya que daría a entender que en nuestra vida resolvemos comúnmente nuestros conflictos en forma judicial, y por lo tanto las RAD son lo alternativo a la vía judicial. Esto no significa que la vía judicial sea una mala vía, tiene que ser una muy buena y en muchos casos es la correcta. El propone una expresión que es ‘**la resolución adecuada de conflictos**’, o sea, que la ‘A’ se referiría a ‘**adecuada**’” (subrayado en el original).

FIGURA 3¹⁰
Interrelaciones entre intereses, derechos y poder



Finalmente, la D nomina a disputa. Como ya vimos para Suares (2006, p. 138), conflicto no es lo mismo que disputa, “entendiendo por disputa cuando el conflicto es explícito”.

Una amplia reseña de los métodos no confrontacionales de resolución de disputas han realizado los autores argentinos Álvarez, Highton y Jassan (1996, pp. 41-44). Distinguen los siguientes: negociación, mediación, mediación-arbitraje, arbitraje, minijuicio, ombudsman, evaluación neutral previa y expertos neutrales¹¹.

Para los autores citados, la negociación es un proceso informal y no estructurado, sin la intervención de un tercero, en el cual las partes, asistidas o no por abogados, se esfuerzan por lograr un acuerdo mutuamente conveniente. El método de negociación más difundido es el enfoque cooperativo surgido en la Universidad de Harvard, que reseñaremos más adelante dentro de los modelos de mediación.

La conciliación, por su parte, tiene reconocimiento legal en los códigos procesales de numerosos países, como facultad del juez, quien antes o durante el proceso puede convocar a las partes para lograr un avenimiento que zanje la disputa. Al igual que la negociación es un método informal que carece de estructura. El conciliador puede proponer fórmulas que estime razonables para ambas partes.

Finalmente, Álvarez, Highton y Jassan (1996) destacan que la “mediación es un

¹⁰ Tomado de Ury, Brett y Goldberg 1995, p. 12, figura 1.

¹¹ El único método que no es confrontacional es el arbitraje, pero los autores no explican las razones de su inclusión en el listado.

procedimiento no adversarial en el que un tercero neutral que no tiene poder sobre las partes ayuda a estas a que en forma cooperativa encuentren un punto de armonía en el conflicto. El mediador induce a las partes a identificar los puntos de la controversia, a reconocer sus intereses por encima de las posiciones, a explorar fórmulas de acuerdo que trasciendan el nivel de la disputa, a tener del conflicto una visión productiva para ambas. La confidencialidad es una característica definitoria de esta técnica”.

Agregan que la mediación es “flexible, no vinculante, y el tercero neutral facilita las negociaciones de las partes. Una característica sobresaliente de la mediación es su capacidad para ampliar los términos del acuerdo que pueda poner fin al conflicto, más allá de las cuestiones implicadas en la controversia” (Álvarez, Highton y Jassan 1996, pp. 42-43). Esto se logra sobre la base de explorar los aspectos ocultos, implícitos, latentes del conflicto, ubicados en la parte subacuática del iceberg de Farré, con el objeto de resolverlo en forma estable y duradera.

Ya vimos que el inciso final del artículo 43 de la Ley 19.966 señala: “La mediación es un **procedimiento no adversarial** y tiene por **objetivo propender** a que, mediante la **comunicación directa entre las partes** y con **intervención de un mediador**, **ELLAS** lleguen a una **solución extrajudicial de la controversia**” (énfasis añadido).

El “mediador trabaja para reconciliar los intereses competidores de las dos partes. La meta del mediador es ayudar a las partes a examinar el futuro y sus intereses o necesidades, y a negociar el intercambio de promesas y relaciones que serán mutuamente satisfactorias y se ajustarán a las normas de equidad de dichas partes. El mediador carece de autoridad de decisión...” (Moore 1995, p. 49). En consecuencia, las partes conservan todo el poder de decisión. La estabilidad de los acuerdos que se logran se explica por el papel protagónico de las partes y el carácter comunicacional y de aprendizaje que reviste la mediación.

Por su parte, el juez trabaja con el pasado, analizando “los acuerdos concertados por las partes, las violaciones que una cometió en perjuicio de la otra”, y “las normas acerca de la adquisición de derechos, responsabilidades, etc., que están conectadas con estos episodios. Cuando él ha adoptado su posición sobre esta base, la tarea ha concluido” (Eckhoff, 1966-67, p. 161, citado por Moore 1995, p. 49).

Los juicios responden al esquema de la razón (derechos). Se busca dilucidar quién tiene la razón. El adjudicatario gana todo y el perdedor pierde todo. Por ello, recurriendo a la teoría de juegos, se dice que el juicio es un juego suma cero, todo lo que gana una parte lo pierde la otra. El litigio opera sobre un esquema ganar-perder.

En los juicios no se atiende a las emociones, intereses ni necesidades de las partes. Estas quedan fuera de la decisión adjudicadora del juez, quien da la razón a una de las partes en disputa.

Los litigios, entonces, rinden tributo al paradigma de la razón (derechos), así como las huelgas, manifestaciones, ocupaciones, rinden tributo al paradigma del poder (fuerza). Las disputas, entonces, se resolverán sobre la base de quién tiene la razón de acuerdo a la decisión del juez o quién tiene más y/o aplica mejor su poder.

Tanto los contendientes de un litigio como los de un enfrentamiento expresan y defienden una posición. Sus intercambios lingüísticos se agotarán en la defensa de esta posición (“quiero esto”) y, a lo más, en su fundamento (“porque tengo derecho a ello”). Sin penetrar más allá, considerando los intereses y necesidades de ambas partes, será imposible resolver la disputa. Es muy probable que una resolución de la disputa, sobre la base de una decisión adjudicadora o la imposición de la fuerza, deje subsistentes las causas del conflicto –necesidades insatisfechas de una o ambas partes–, pudiendo este estallar nuevamente en una o más disputas. Muchos conflictos bélicos terminan con Tratados de Paz que se firman en situaciones en las cuales la potencia vencida no está en condiciones de resistir las condiciones que desee imponer la potencia vencedora. La historia está llena de ejemplos de inestabilidad de estos tratados. Por fortuna, también existen ejemplos contrarios. Si pensamos en algo tan cercano como la mediación internacional impulsada por el Papa Juan Pablo II, que logró evitar un enfrentamiento fratricida entre Argentina y Chile, dando origen a un acuerdo que lleva más de 20 años de aplicación, apreciaremos las ventajas de la lógica de los intereses y las necesidades que implica

la mediación.

Diez y Tapia (2004, pp. 77-8) han destacado el papel transformador de la mediación sobre las estructuras discursivas iniciales de las partes, generalmente muy rígidas, las que al contrastarse con escenarios y situaciones hipotéticos o imaginarios pueden revelar riquísimas contradicciones. Es el mediador quien, sobre todo, en entrevistas individuales con cada una de las partes, en un clima de confianza garantizada por la confidencialidad, puede hacer meditar a la parte sobre estos escenarios o situaciones eventuales, permitiéndoles apreciar las contradicciones. “Porque esas contradicciones entre las diversas cosas que una persona dice que quiere –intereses–, lo que dice que necesita –necesidades– y lo que manifiesta que considera irrenunciable o muy valioso –convicciones– son las que muchas veces paralizan a las personas y les impiden tomar decisiones”.

La mediación busca fomentar en las partes procesos de reflexión que lleven a cambios de percepción sobre cuáles son sus “verdaderos” intereses, o, como postula el modelo de negociación cooperativa de Harvard, dirigirse a detectar los “intereses ocultos o subyacentes” de las partes (Diez y Tapia, 2004, p. 77). Basados en Carlos Sluzky, estos autores destacan que los intereses de las personas no son estáticos, sino que se van construyendo permanentemente en los procesos interactivos con otras. “De manera que no hay intereses a detectar sino más bien posibilidades de co-construcción a explorar” (*idem*, p. 78).

Debe insistirse en que la mediación no se agota en las posiciones de las partes y explora otras áreas de los seres humanos como sus intereses y necesidades. Farré (2004) ilustra este tema con el clásico ejercicio de la mandarina, utilizado como recurso pedagógico dramatizado en el ambiente escolar y en capacitación de mediadores. Existe una sola mandarina y se la disputan dos personas: A y B. Ambos disputantes tienen a su madre gravemente enferma y, para salvarla, A necesita todo el jugo de la mandarina y B necesita toda la cáscara. Ninguna de las partes sabe de la acuciante necesidad terapéutica de su contraparte. La posición de ambas partes es similar: “quiero la mandarina”. Un árbitro, que desconociera la necesidad terapéutica de ambas partes, podría partir la mandarina, pero ello haría perder a ambos contendientes. Sólo podrá zanjarse sabiamente la disputa si se exploran los intereses y necesidades de las partes. El interés de A es usar el jugo de la mandarina y el interés de B es usar su cáscara, pero sus necesidades son las mismas: salvar a su respectiva madre. Sólo la mediación, a través de adecuadas técnicas de comunicación, sobre todo en entrevistas individuales confidenciales, puede llegar a descubrir intereses y necesidades de las partes. Un acuerdo construido sobre esas bases es justo, eficiente y duradero. En cambio, la simple partición de la fruta no lo es. En esa “solución”, como los intereses y necesidades no fueron satisfechos, uno o ambas partes podrían buscar satisfacerlos por otros medios, incluida la fuerza. Los participantes de esta experiencia comprenden dramáticamente el valor de la mediación.

No obstante sus ventajas, la mediación no es aplicable a toda disputa. Los intereses pueden ser tan contrapuestos, que impidan todo acuerdo como, por ejemplo, los de una clínica que practica abortos y un grupo pro derecho a la vida, caso en el cual la disputa sólo podrá resolverse mediante una lucha de derechos (juicio) o de poder (batalla legislativa) (Ury, Brett y Goldberg 1995, p. 22).

La mediación es tan antigua como el conflicto. Moore (1995, p. 52) destaca que la Biblia concibió a Jesús como mediador entre Dios y los hombres: “Porque hay un solo Dios, y un solo mediador entre Dios y los hombres, el hombre Cristo Jesús, que se dio a sí mismo como rescate para todos, de lo cual se dará testimonio a su debido tiempo” (I Timoteo, 2:5-6).

En la comunidad indígena de Aguarama en Perú, el “círculo de ancianos” o “los viejos de idea” practican desde muy antiguo una forma de resolución de conflictos comunitarios (Álvarez, Highton y Jassan, 1996, p. 46).

Desde 1239 hay constancia de la actuación del “Tribunal de las Aguas” en Valencia, España, que media entre los campesinos para regular el conflicto más frecuente derivado del uso de las aguas. Hoy funciona todos los días jueves, constituido por vecinos que gozan del mayor respeto de su comunidad (Álvarez y Highton).

Abraham Lincoln, en el ejercicio de la abogacía, vislumbró claramente los efectos perniciosos que podría acarrear en ciertos casos la lógica ganar-perder que, en algunos juicios,

se transformaba en una lógica perder-perder. Por ello, alrededor de 1850 llamaba a sus colegas a desalentar los juicios, ya que muchas veces el ganador formal es otro perdedor en gastos, honorarios y tiempo (*idem*).

Actualmente en China unos 800.000 paneles de mediación operan en niveles locales y regionales, con más de un millón de personas entrenadas como mediadores (*idem*).

Durante el siglo XX, la mediación comenzó aplicándose básicamente a la resolución de conflictos laborales e internacionales. De acuerdo a Kolb y Rubin (1997, p. 40), actualmente su campo se ha ampliado a cuestiones familiares, patrimoniales o extrapatrimoniales, conflictos civiles, comerciales, conflictos medioambientales o por aplicación de políticas públicas, conflictos dentro de organizaciones (empresas y universidades). No mencionan estos autores la mediación por daños en salud, entre cuyos principales exponentes se encuentran México¹² y Chile.

En 1980, el Congreso norteamericano, considerando “**que la inadecuación de los mecanismos de solución de controversias en Estados Unidos es contrario al bienestar general de la gente**”, extendió la Ley de Resolución de Controversias –vigente experimentalmente sólo en las ciudades de Atlanta, Kansas y Los Ángeles–, creando centros de mediación en todo el país (Álvarez y Highton).

Hoy en día se observa en el mundo una verdadera eclosión de la mediación y otros medios de solución de conflictos no confrontacionales. Podemos hablar de una verdadera red planetaria de mediación, con numerosas organizaciones, públicas y privadas, agrupadas en el Foro Mundial de Mediación (*World Mediaton Forum*). En mayo de 2003, en Buenos Aires se efectuó la IV Conferencia Internacional de dicha instancia con participación de 740 profesionales de distintas disciplinas, de 46 países del mundo, que conocieron 300 trabajos científicos sobre más de 20 temáticas distintas (*idem*).

Latinoamérica no ha estado ausente de esta tendencia mundial¹³. Vale la pena destacar a Argentina, con una década de experiencia tras el surgimiento de la mediación paulatina y poderosamente desde la sociedad civil hasta su consagración legal. En el Boletín Oficial de 27.10.1995, se insertó la Ley 24.573 que estableció “con carácter obligatorio la mediación previa a todo juicio... Este procedimiento promoverá la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial de la controversia. Las partes quedarán exentas del cumplimiento de este trámite si acreditaran que, antes del inicio de la causa, existió mediación ante mediadores registrados por el Ministerio de Justicia” (artículo 1º). Se excluyen de mediación asuntos penales, de familia y causas en que el Estado nacional o sus entidades descentralizadas sean parte, amparo, habeas corpus e interdictos.

Estadísticas recientes indican que el 63,8% de las disputas que pasaron por mediación no llegaron a juicio, “lo cual no quiere decir que haya habido un 63,8% de acuerdos, sino que, a lo mejor, pasaron, no acordaron ahí, pero decidieron no continuar adelante el litigio” (Suarez 2005, p. 6)

Mediación y cultura de la paz

Tanto por su concepción de las relaciones entre los seres humanos como por los métodos comunicacionales para la resolución de conflictos, la mediación y otras formas no adversariales de resolución de conflictos se consideran parte de una cultura de la paz. La Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) definió en 1995 esta cultura como conformada por “valores, actitudes y conductas que reflejan e inspiran la interacción y participación social, que se basa en los principios de libertad, justicia y democracia, todos los derechos humanos, tolerancia y solidaridad, que

¹² En México existe la Comisión Nacional de Arbitraje Médico (CONAMED). Una explicación sobre su labor en el campo de la conciliación, mediación y arbitraje por daños en salud, puede verse en Nota 47.

¹³ Una completa reseña en Franco.

rechaza la violencia, se esfuerza por prevenir los conflictos mediante la actuación sobre sus causas de fondo para resolver los problemas a través del diálogo y la negociación, y que garantiza el completo ejercicio de todos los derechos y los medios para participar plenamente en el proceso de desarrollo de la sociedad” (Adams 2003, p. 34, traducción mía).

El concepto de cultura de la paz surgió principalmente dentro de la ONU (Danielsen, 2005, p. 3). Se ha basado en la concepción que inspiró a la UNESCO desde su constitución en 1945: “Puesto que las guerras nacen en la mente de los hombres, es en la mente de los hombres donde deben erigirse los baluartes de la paz”¹⁴.

La construcción de esta cultura se estructura sobre la idea que los seres humanos no son agresivos o pacíficos en forma innata. La socialización, proceso a través del cual la sociedad educa a sus niños, moldeando las actitudes y conductas de sus miembros, determina cuán pacífica o violentamente los individuos o las instituciones manejarán los diarios problemas que cada comunidad enfrenta día a día (Danielsen 2005, p. 7, citando a Elise Boulding).

Según ciertos autores, la factibilidad de construir una cultura de la paz puede ser auxiliada por la existencia de un alto grado de esta cultura a nivel de naciones o Estados (Danielsen 2005, p. 19). Sociedades pequeñas como los Amish en Estados Unidos, los Mbuti en el Congo y los Buid en las Filipinas son comunidades pacíficas que raramente aplican la violencia a sus conflictos (*idem*, citando <http://www.peacefulsocieties.org/>.) Boulding (2000, pp. 89-106), citada por Danielsen (2005, p. 19), agrega a los Arapesh en Nueva Guinea y los Zuni en Nuevo México, resaltando que hay 5.000 ciudades y pueblos en el mundo declarados zonas no nucleares o comunidades de paz.

La mediación recoge todos los postulados de una cultura de la paz, como la igualdad de las partes y su protagonismo para resolver sus controversias, el rechazo de la violencia y la actuación sobre las causas de fondo para solucionar contiendas a través del diálogo y la negociación, la tolerancia y solidaridad, en el sentido de mirar más allá de las posiciones e intereses, a las necesidades de las partes.

La resolución adversarial de las controversias se aleja radicalmente de esta cultura, ya que opera sobre la base de la cultura del litigio, desconociendo los valores y necesidades de las partes, en tanto individuos. Por eso, la mediación, además, de haber empezado a ser una realidad, principalmente constituye una promesa.

Modelos de mediación

El desarrollo de la mediación en las últimas tres décadas ha ido perfilando algunos modelos, que se diferencian en cuanto a los objetivos que definen como prioritarios. Para Suares (2004, p. 58), tres son los modelos esenciales:

- 1) El Modelo Tradicional-Lineal (Harvard), también denominado de Negociación Cooperativa;
- 2) El Modelo Transformativo desarrollado por Bush y Folger, y
- 3) El Modelo Circular-Narrativo desarrollado por Sara Cobb.

Destaca Suares (2004) que las diferencias fundamentales se producen entre el primer modelo y los otros dos. Para la autora, constituyendo la mediación un “acto comunicacional o conversacional”, los modelos se diferencian por la forma de concebir la comunicación en cuanto a contenido y relación y la importancia atribuida al acuerdo (*ibidem*). Farré (2004, pp. 111-15) destaca como otros elementos diferenciadores los principios básicos en que se sustenta cada modelo, dentro de los cuales destacan su concepción respecto del conflicto, y los métodos que utilizan.

Farré (2004, p. 112) ha elaborado un completo cuadro con las características más destacables de los tres modelos clásicos de mediación, el que, con algunas adaptaciones, se

¹⁴ Naciones Unidas, Resolución A/RES/53/243. Declaración y Programa de Acción sobre una Cultura de Paz. De la página web <http://www3.unesco.org/iycp/kits/spres243.pdf>. Citado por Danielsen (2005, p. 6).

inserta más adelante como cuadro 1.

Según Suares (2004, p. 60) el Modelo Transformativo de Mediación, desarrollado por Bush y Folger busca fomentar el protagonismo y poder negociador de las partes, sobre la base del “empowerment”¹⁵ y el “reconocimiento del co-protagonismo del otro en el conflicto”. Se persigue esencialmente modificar la relación conflictiva de las partes, aunque no logren un acuerdo dentro de la mediación. Para Suares (2004, p. 60), el modelo se centra en lo relacional. Ello es consecuencia de la apreciación del conflicto como motor de cambio y de concebir la espiritualidad y emocionalidad como dimensiones esenciales. Por ello, la negociación se basa en las necesidades de las partes y se concibe la mediación como espacio social de reconciliación (ver Tabla 3 anterior).

Por su parte, el Modelo Circular Narrativo de Mediación, desarrollado por Sara Cobb, enfatiza tanto el mejoramiento de las relaciones entre las partes como la concreción de un acuerdo. El modelo se denomina así porque persigue cambiar las narrativas de las partes para construir un nuevo relato. Como expresan Díez y Tapia (2004, p. 96), en mediación no puede cambiarse el problema, este “existe en la realidad, está allí, tiene dimensiones, actores, extensión, repercusiones, es concreto”. En cambio, el conflicto vive en otro ámbito, “en los relatos, en las conversaciones acerca del problema, en lo que decimos y nos dicen, y en las contestaciones a esos dichos, allí habita el conflicto”. Esto implica que el mediador no debe centrarse en los hechos, ni en “la verdad de los hechos”, sino “en los dichos, porque con ellos podremos trabajar sobre las percepciones de los hechos”.

En suma, el objetivo del mediador “es ayudar a las partes a cambiar su percepción del conflicto de una forma tal que el conjunto de nuevas percepciones les posibilite resolverlo satisfactoriamente” (*idem*, p. 95). El mediador debe saber cómo se forman las percepciones para analizar las narrativas de las partes, porque en sus relatos viven las percepciones que sustentan el conflicto. Así, “las conversaciones en mediación sirven para que se formen nuevas percepciones a través de nuevas narrativas y esas nuevas percepciones les permitan a las partes decidir y resolver” (*idem*, p. 96).

Ambos modelos se apartan del Modelo Tradicional de Negociación Cooperativa de Harvard, al cual critican su énfasis en el acuerdo, desinterés por modificar las relaciones entre las partes y no considerar como elemento esencial de las relaciones las emociones, dando primacía a los aspectos racionales.

No obstante que el modelo de Harvard fue diseñado originalmente para negociación, ha sido aplicado en mediación. Este modelo, desarrollado en el clásico de Fisher, Ury y Patton, **¡Sí, de acuerdo! Cómo negociar sin ceder**, propone una secuencia de etapas, “separe las personas del problema, detecte los intereses por detrás de las posiciones; genere opciones creativas, utilice criterios objetivos, evalúe la mejor alternativa al acuerdo negociado” (Díez y Tapia, 2004, p. 135).

Farré (2004, p. 113) ha destacado el trabajo ecléctico que desarrolla el mediador que utiliza todos los recursos disponibles ante un caso concreto, sin considerar sus preferencias por algún modelo, sino por la adecuación de las herramientas a la mediación que debe realizar. A la larga se desdibuja una suerte de división tajante entre modelos y el mediador, conforme vaya adquiriendo experiencias y, no obstante su inclinación hacia alguno de los modelos, “intentará aplicar las herramientas y los marcos analíticos y conceptuales más adecuados para aquella situación” (*ibidem*)¹⁶. En el mismo sentido, Suares (2004, p. 63) destaca que, según el caso, puede ser más conveniente usar uno u otro modelo o combinarlos.

¹⁵ Suares (2004, p. 60) destaca las dificultades de traducir al español este término conservando su sentido original. Para ella “empowerment” debe ser entendido “como potenciamiento del protagonismo, o sea, como algo que se da dentro de una relación, por lo cual las personas potencian aquellos recursos que les permiten ser un agente, un protagonista, de su vida, al mismo tiempo que se ‘hacen cargo’ responsables de sus acciones”.

¹⁶ Esta concepción ecléctica e inclusiva lleva a Farré a combinar los tres modelos clásicos en un denominado Modelo Inclusivo, Sistémico, Elitivo y Transformador, cuyos principios básicos, métodos y objetivos resume en una Tabla (Farré, p.114).

CUADRO 1¹⁷
**Características principales de los tres modelos
clásicos de la mediación**

Modelos	Principios básicos	Métodos	Objetivos	Autores
Tradicional, Lineal o de Havard	<ul style="list-style-type: none"> - Conflicto es fenómeno universal, acultural y, por lo tanto, también pueden serlo sus estrategias de tratamiento. 	<ul style="list-style-type: none"> - Negociación por intereses. - Comunicación racional y primordialmente verbal. - Dejar las emociones fuera de la negociación. - Cambios en la relación. 	<ul style="list-style-type: none"> - Acuerdos ganar-ganar - Resolución de problemas concretos que llevan a la resolución del conflicto. 	Roger y Fisher, William Ury, Scott Brown, Jeanne Brett, Stephen Goldberg.
Transformativo	<ul style="list-style-type: none"> - Conflicto como motor de cambio. - Conflicto como fenómeno específico (cultura, contexto, relación). - Espiritualidad y emocionalidad como dimensiones fundamentales. 	<ul style="list-style-type: none"> - Negociación basada en necesidades. - Comunicación emocional y espiritual. - Cambios en la relación y en las personas. - Comunicación como terapia. - Terapia familiar sistémica. 	<ul style="list-style-type: none"> - Además de acuerdos, transformación personal y de la relación. - Transformación positiva del conflicto, pero sobre todo de las personas. - Mediación como espacio social de reconciliación. 	John Paul Lederach, Joseph Folger, Robert A. Baruch Bush, Luise Diamond.
Circular-narrativo	<ul style="list-style-type: none"> - Posmodernidad, posestructuralismo. - Comunicación circular y sistémica: metacomunicación. - Introspección y modificación de la realidad mediante la comunicación. 	<ul style="list-style-type: none"> - Comunicación circular: construir historias alternativas a través de la comunicación y el lenguaje y vincular circularmente las historias individuales. 	<ul style="list-style-type: none"> - Empoderamiento personal. - Profundizar en la relación y transformarla. - El acuerdo material no es tan importante. 	Sara Cobb, Marínés Suares, J. Rifkin.

También otros autores enfatizan menos la importancia de los modelos de mediación que la de las herramientas que ellos proporcionan. Susan Carpenter, citada por Diez y Tapia (2004, pp. 226-27), habla del “cajón de herramientas” que los mediadores construyen con su capacitación y reflexión sobre su práctica.

El Consejo de Defensa del Estado desde un comienzo visualizó que la principal tarea que debían acometer sus mediadores era la permanente capacitación y reflexión colectiva sobre su práctica. Tratándose de abogados, formados en paradigmas distintos a los de la mediación, estas actividades son más importantes aún que para profesionales de otras disciplinas no litigiosas

¹⁷ Versión modificada de Tabla 6.1. Características principales de los tres modelos clásicos de mediación, Farré 2004, p. 112.

como sociología, trabajo social, psicología o medicina.

II. REGULACIÓN DE LA MEDIACIÓN DEL CDE

La mediación por daños en salud se encuentra regulada por las siguientes normas: la Ley 19.966 sobre Régimen de Garantías en Salud, su Reglamento, el Decreto Supremo 47, de Salud y Hacienda, publicado en el Diario Oficial de 23 de junio de 2005 y la Resolución 142 Exenta, conjunta de Salud y Hacienda, que estableció los montos máximos a pagar por los prestadores institucionales públicos en virtud del procedimiento de mediación, publicada en el Diario Oficial de 8 de abril de 2005.

Además, de las normas anteriores, el Consejo ha dictado diversas instrucciones sobre materias específicas, para la regulación y administración eficiente del sistema de mediación.

Acceso universal y rápido a la mediación

El servicio de mediación se organizó en forma tal, que permitiera acceso universal, fácil y expedito a sus requirentes. Se aplicó así la concepción de la Ley 19.966, que estableció garantías explícitas de acceso universal en salud. En realidad, dichas garantías no serían efectivas si no existiera un sistema de justicia ágil y expedito, como la mediación, que permitiera la reparación oportuna de daños en salud.

El sistema de mediación garantiza facilidad para reclamar mediación por algún daño en salud. Los reclamos pueden presentarse a través de:

- La línea 800 800 233, de acceso en todo Chile y gratuita;
- El sitio web del Consejo de Defensa del Estado, www.cde.cl;
- El portal de Internet de trámite fácil, www.tramitefacil.cl; y
- Personalmente en cualquiera de las Oficinas del CDE (17 Procuradurías Fiscales a lo largo de todo Chile).

La necesidad de atender público, por primera vez en su larga historia, llevó al CDE a incorporarse al sistema OIRS (Oficinas de Información, Reclamos y Sugerencias), política pública, que responde al concepto de ventanilla única, inserto dentro de la modernización del Estado.

Objeto

Del inciso 1° del artículo 43 de la Ley 19.966, se desprende que puede ser objeto de mediación todo daño:

- 1) Ocasionado por prestadores institucionales públicos o sus funcionarios; y
- 2) Siempre que actúen en el cumplimiento de sus funciones de otorgamiento de prestaciones asistenciales.

En consecuencia, puede tratarse de daños causados por acciones u omisiones (negativa o demora en atención) y los reclamados pueden ser un prestador institucional público de salud, uno de sus funcionarios o ambos.

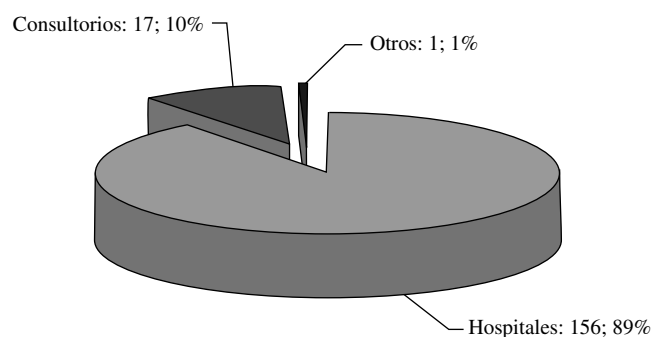
Prestadores institucionales públicos en la mediación ante el CDE

De acuerdo al inciso 1° del artículo 43 de la Ley 19.966, los prestadores institucionales públicos de salud, son los que integran la red asistencial de cada Servicio de Salud conformada de acuerdo al artículo 16 bis del D.L. 2.763, por:

- Establecimientos asistenciales públicos del Servicio de Salud;
- Establecimientos municipales de atención primaria de salud; y
- Establecimientos públicos en convenio con el Servicio de Salud (por ejemplo, Hospital Clínico de la Universidad de Chile, algunos hospitales de las Fuerzas Armadas y Carabineros que tengan convenio con algún Servicio de Salud para la atención por derivación de sus pacientes).

De acuerdo a estadísticas del Ministerio de Salud, las instituciones de salud de la red pública son 2.276 Unidades en todo Chile, de las cuales 193 son hospitales. La gran mayoría de los reclamos (89%) afecta a hospitales, como se aprecia en el gráfico siguiente:

GRÁFICO 3
Tipo de prestadores públicos en mediaciones terminadas (174)



La explicación de estas cifras puede corresponder a la circunstancia que los hospitales entregan las prestaciones de mayor complejidad, con numerosas atenciones de urgencia, lo que aumenta el riesgo.

El procedimiento de mediación

La mediación se verificará ante alguna de las 17 Procuradurías Fiscales del Consejo correspondiente al lugar de ocurrencia de los hechos en que se funda el reclamo (art. 23 inc. 2º Reglamento).

Una vez que se comprueba que el reclamo corresponde al ámbito de la mediación, el Jefe de la Unidad de Mediación, actuando por atribuciones delegadas del Presidente del Consejo, designa al mediador.

Según el inciso 1º del artículo 43 de la Ley 19.966, pueden ser mediadores:

- Funcionarios del CDE;
- Funcionarios públicos en comisión de servicio; y
- Profesionales que cumplan requisitos art. 54 Ley 19.966;

Nótese que, a diferencia de los mediadores registrados ante la Superintendencia de Salud, quienes, aparte de otras exigencias, requieren título profesional de una carrera de 10 semestres de duración, los mediadores que designe el Consejo, que sean funcionarios públicos (propios o en comisión de servicio), no requieren título profesional.

Actuación del Mediador

No obstante la amplia libertad del mediador para actuar de acuerdo a su criterio y experiencia profesional, la Ley 19.966 (artículo 49) y su Reglamento (artículo 4º) establecen los principios de la mediación, que deben ser cumplidos por el mediador. Ellos son:

- Igualdad
- Celeridad
- Confidencialidad
- Imparcialidad
- Voluntariedad
- Probidad

Igualdad e imparcialidad

El debate de las tres últimas décadas respecto de cuál es el grado legítimo de intervención del mediador, influye en la interpretación que se haga de estos dos principios, que están estrechamente relacionados, por lo cual resulta aconsejable su estudio conjunto.

Dos preguntas presiden este debate. Por un lado, si se demanda de los mediadores imparcialidad, ¿cómo podría requerírseles preocupación por la igualdad o equilibrio de las partes? Desde la vereda opuesta se replica, si la mediación por su propia concepción requiere de partes “empoderadas”¹⁸, protagonistas de sus acciones, ¿cómo podría el mediador ignorar los desequilibrios de poder en aras de un culto a la imparcialidad?

Una solución ecléctica ha sido hacer coincidir la definición de imparcialidad con los requerimientos de igualdad o equilibrio de las partes en mediación. Nuestro Reglamento de Mediación compatibiliza ambos principios sobre la base de la intervención del mediador para contribuir a la igualdad o equilibrio de las partes, principio esencial de la mediación. Además, el principio de probidad refuerza la necesidad que el mediador tenga una actitud activa y no “displicente”.

Lawrence Susskind, destacado mediador norteamericano en disputas públicas o comunitarias, algunas medioambientales, excluye de la mediación las disputas “concernientes a derechos (derechos constitucionales, humanos, derechos básicos), aunque se puedan satisfacer los intereses de todas las partes. Tenemos ciertos derechos constitucionales, humanos, que son decididos y legislados de otro modo. Creo que no se los debe comprometer de ninguna manera con negociaciones” (Forester, 1996, p. 281). La Ley 24.573 en Argentina, por ejemplo, excluyó de la mediación los casos de amparo y habeas corpus (Nº 5 de su artículo 2º). Marínés Suares destaca las dificultades para aplicar la mediación a materias penales y violencia doméstica por versar esas áreas con derechos inalienables (Suares 2004, pp. 65-66).

Muchas de las disputas no mediabiles involucran controversias en que existe un fuerte desequilibrio de poder que podría llevar a la parte débil a renunciar a derechos jurídicamente irrenunciabiles. La mediación no podría reforzar una situación injusta de desigualdad, abuso, sometimiento o violencia, contraria al derecho.

La igualdad aparece como un objetivo cada vez más deseable y, paradójicamente, más inalcanzable. Por ello, se prefiere hablar de equilibrio, concepto que se sustenta sobre la existencia de contrapesos frente al poder, a veces muy superior, de una parte. Aunque pudiera hacerlo, no corresponde al mediador modificar esa situación fáctica, sino morigerar sus efectos. El mediador debe actuar, no puede permanecer indiferente.

El Reglamento de Mediación recogió este concepto en su artículo 4º, cuando al definir el principio de igualdad, señaló:

*“El mediador se cerciorará de que los participantes se encuentren en **igualdad de***

¹⁸ Véase la Nota 140 para una explicación de la expresión “empowerment”, extraída de la literatura anglosajona.

condiciones para adoptar acuerdos. Si no fuese así, propondrá o adoptará, en su caso, las medidas necesarias para que se obtenga ese equilibrio” (énfasis agregado).

Por su parte, al definir el principio de imparcialidad, el mismo artículo 4º indicó:

*“El mediador debe actuar con **objetividad**, cuidando de **no favorecer o privilegiar a una parte en perjuicio de la otra y respetar el principio de probidad consagrado en la legislación” (énfasis añadido).***

Ambas normas consagran un papel activo del mediador con el fin de propender a crear una relación de poder equilibrada entre las partes¹⁹.

El papel del mediador y su grado de intervención ha generado agudas e interesantes disputas²⁰. Una primera tendencia constriñe su actuación al terreno del procedimiento, dejando los temas sustantivos para las partes. Sus seguidores argumentan que estas disponen de mejor información sobre la disputa, por lo que su decisión podría ser de mayor calidad y, al ser propia, generar mayor adhesión. Agregan que las partes sólo requieren ayuda en el procedimiento. Finalmente, estiman que la imparcialidad del mediador y la confianza de las partes hacia él se aseguran con una intervención acotada al procedimiento²¹.

Según sus contradictores nada impide al mediador trabajar con las partes los temas de fondo para alcanzar un acuerdo justo. Moore (1995, pp. 82-83) cita a Susskind (1981, pp. 46-47), quien postula que el mediador se comprometa en decisiones de fondo cuando: 1) el acuerdo negociado afectará a los grupos más representados o carentes de representación; 2) los beneficios conjuntos para las partes no han sido maximizados; 3) las partes no advierten las secuelas de largo plazo de los acuerdos, y 4) los precedentes de los acuerdos “pueden perjudicar a las partes o al público más general”. Para Susskind, aunque la intervención del mediador “puede dificultar el mantenimiento de la apariencia de neutralidad y la confianza de las partes activas, los mediadores ambientales no pueden afrontar sus responsabilidades frente a la comunidad en general si mantienen una actitud pasiva”.

Quienes siguen esta tendencia intervencionista, sobre todo, mediadores familiares, subrayan la necesidad de proteger al débil y de reequilibrar las fuerzas de las partes. Moore (1995, p. 83) resalta que Saposnek (1983) es partidario de que el mediador defienda los intereses de los niños, no representados en las negociaciones entre sus padres, influyendo si el acuerdo no considera o perjudica esos intereses. También destaca que Coogler (1978) postula que si el mediador discrepa radicalmente del acuerdo, debe renunciar ante el tribunal a seguir con el caso encomendado. Finalmente, cita a Haynes (1981), quien promueve la intervención del mediador para equilibrar fuerzas y ayudar a definir los términos del acuerdo. Estos tres autores rechazan el concepto de imparcialidad sustantiva que sustenta la tendencia contraria.

Dentro de esta segunda tendencia ha surgido el concepto de “mediador activista”. Susskind, por ejemplo, sostiene que el mediador de disputas públicas debe encarar los desequilibrios de poder de las partes, incluso proporcionando entrenamiento en negociación a todos los participantes antes de la mediación (Forester, 1996, p. 250). Susskind sostiene que la imparcialidad respecto de ambas partes no implica ser neutral respecto de la calidad del resultado, el cual debe maximizar las ganancias conjuntas, tomando la menor cantidad posible de tiempo y dinero de las partes. “Maximizar las ganancias conjuntas significa que uno no deja sobre la mesa de negociaciones nada que sea bueno para las partes, aunque ellas no planteen el

¹⁹ Obviamente hay contextos donde esto resulta mucho más difícil, o incluso imposible, como en la mediación internacional entre una gran potencia y un país pequeño.

²⁰ Una completa reseña en Moore, 1995, pp. 81-86.

²¹ Moore, 1995, quien sigue esta tendencia, agrega como partidarios de la misma al mediador laboral D. Kolb, al mediador ambiental H. Bellman y a los mediadores familiares W. P. Phear y D. T. Saposnek.

tema” (Forester, 1996, p. 263)²².

A quienes le imputan que el interés por la calidad del resultado, lo llevaría a defender los intereses de la parte débil, Susskind ha respondido: “Cuando digo que estoy comprometido con el mejor desenlace posible, esto significa varias cosas. Significa que todas las partes consideren que el resultado es justo; supone que hago preguntas; significa que despliego más opciones sobre la mesa de negociación; significa que ayudo a entrenar a las personas para perseguir sus intereses, pero ofrezco el mismo entrenamiento a todos. **No significa** que tome partido” (Forester, 1996, p. 266, subrayado en el original). En la misma línea, Farré (2004, p. 120) destaca que la imparcialidad se refiere a la relación mediador-partes y la neutralidad, a la relación mediador-acuerdo.

En resguardo de la imparcialidad, el mediador no puede actuar como asesor de una o ambas partes. Pero, para lograr el equilibrio de la parte más débil frente a la más fuerte, puede sugerir a la primera recurrir a asesorías (psicológica, médica y legal básicamente). Aquí enfrentamos una gran debilidad de nuestra mediación. Nuestros reclamantes por daños en salud, generalmente no están en condiciones de pagar alguna de esas asesorías que permitan el reequilibrio. La única forma de resolver el problema sería vía convenios con corporaciones o fundaciones privadas de asistencia y/o reforzamiento de nuestros equipos profesionales de mediación que, en forma paralela e independiente a la actuación del mediador, pudieran entregar la asistencia y apoyo requeridos, por lo menos en los casos de carencias más dramáticas.

Casos prácticos ilustran la aplicación integrada de los principios de igualdad de las partes, imparcialidad y probidad. En efecto, un Mediador del Consejo de Defensa del Estado no promovió un acuerdo que podría haber consistido en realizar una intervención quirúrgica a la rodilla de un paciente, que, en su concepto, podía reparar un eventual error del hospital en una intervención previa a esa articulación, tras la cual había quedado con cierta rigidez en su pierna. Como los antecedentes médicos no eran claros respecto de que **ESE** era el problema del reclamante y había base para sospechar de **OTRA CAUSA**, nuestro mediador se esmeró en mostrar otras opciones a las partes y, aún a riesgo de demorar o frustrar un eventual acuerdo, promovió acuerdos intermedios, como exámenes, que permitieron determinar con certeza la patología, para luego cerrar el acuerdo sobre la prestación concreta que podría resolverla. Esta conducta, por cierto, no viola el principio de imparcialidad. Al contrario, su apego a la objetividad sirve cabalmente ese principio. Al preocuparse el mediador de superar la asimetría de información de las partes, cumplió con el principio de igualdad, cerciorándose que ambas partes contaran con la misma información médica para adoptar un **acuerdo informado**. Finalmente, al preocuparse el mediador por los intereses de ambas partes, cumplió en forma adecuada con el principio de probidad.

La igualdad o equilibrio entre las partes es crucial en la mediación por daños en salud, dada la asimetría de información entre el paciente y su familia, por una parte, y, por la otra, el centro de salud y sus profesionales. Esta relación es desigual y asimétrica por el grado de conocimiento e información del profesional y el centro, del cual no disponen el paciente y su familia. El mediador no puede desentenderse de esta realidad. Es más, el principio de igualdad lo insta a esmerarse en lograr el equilibrio entre las partes. Desde ese punto de vista, toda actuación del mediador que tienda a recabar información y hacerla comprensible para el paciente no viola el principio de imparcialidad, sino que asegura el principio de igualdad. Actuar con indiferencia o displicencia frente al desconocimiento del paciente y su familia ciertamente implicaría una violación de los principios de igualdad y probidad.

En esta perspectiva, el principio de la igualdad de las partes puede ser considerado expresión de la garantía de la igualdad ante la ley consagrada por el N° 2 del artículo 19 de la

²² Respecto de nuestra mediación por daños en salud, este debate ha sido zanjado por la Ley 19.966 al aproximar al mediador a un conciliador, facultándolo para proponer bases para un acuerdo, en caso de ser necesario (inciso 2° del artículo 49). En consecuencia, el “activismo” del mediador no perjudicaría su imparcialidad, porque la causa de esta conducta estará fundamentada, además del principio de igualdad y equilibrio entre las partes, en el principio de probidad, que obliga al mediador a servir el interés de las partes, de ambas partes, desplegando incluso opciones que ellas no imaginen.

Constitución y una forma de concreción del bien común, expresada como uno de los fines del Estado por el inciso 4º del artículo 1º de la Ley Fundamental, cuando señala:

“El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”.

La efectiva realización del principio de igualdad dentro de una mediación ciertamente contribuye a la mayor realización espiritual y material posible de las partes, sobre la base del proceso de “empoderamiento”.

El debate sobre el grado de intervención del mediador ha alcanzado a los mediadores argentinos, los hispanoamericanos más activos en el campo teórico y práctico. Así, los abogados y mediadores Diez y Tapia (2004, capítulo 5 y pp. 112-114) prefieren hablar de multiparcialidad antes que de imparcialidad. En efecto, ellos destacan que cada parte en mediación “quiere a alguien que le dé la razón. Si bien esta no es la idea –no somos jueces para decir si la gente tiene o no razón– podría pensarse como **multiparcialidad**, es decir, tomar partido por todos. Porque si aunamos recetas incorporadas parece una tarea bastante difícil esto de generar clima de **confianza y empatía con todos**, por un lado, y, por el otro, ser **equidistantes**” (Diez y Tapia, 2004, p. 112, subrayado en el original)²³.

Otra profesional argentina, la abogada y mediadora, Norma V. López Faura, parte por reconocer el problema del desbalance de poder entre las partes y el peligro que representa para la concreción de un “acuerdo informado y consensuado” (López, 1997, p. 208). Agrega que es innegable que el mediador puede ejercer influencia y persuasión que modifiquen los puntos de vista de las partes y su relación de conflicto, lo que dependerá de la actividad del mediador y receptividad de las partes (López 1997, p. 205). Tras analizar los mecanismos de poder del mediador, básicamente el control de proceso de mediación, la elección del ambiente físico de la mediación, el manejo de información y otras circunstancias, la autora es partidaria de una situación ideal, en la cual para el mediador “podría ser relativamente fácil imponer, casi inmanejable influir, recomendable persuadir y sublime dejar actuar a las partes para que sean ellas las artífices de la concreción de sus deseos y la satisfacción de sus necesidades” (López 1997, p. 206).

Por su parte, la socióloga y mediadora Susana Garat realiza una acertada síntesis entre el poder del mediador y el de las partes. Ella previene que la intervención del mediador no puede afectar dos principios éticos esenciales de la mediación: el consentimiento informado y la autodeterminación de las partes (Garat 1997, p. 245)²⁴. Para ella, la actuación ética del mediador requiere una adecuada combinación de los “ejes del proceso mediador: **participación, poder y capacidad para decidir**; establecer una dinámica común en estos factores se convierte en el trabajo inicial del mediador que requiere por lo menos de una buena y flexible disposición”.

La imparcialidad del mediador es cardinal para el éxito del proceso. Nadie podría adquirir confianza en un mediador a quien no estima imparcial. El mediador debe gozar de la confianza de ambos participantes. Por ello, las partes tienen derecho a solicitar la inhabilidad del mediador designado por el Consejo y este organismo podrá designar otro rápidamente (dentro de 3 días hábiles). Si alguna de las partes no se conformare con la decisión del Consejo (aceptando o rechazando la inhabilidad y, en el primer caso, nombrando otro mediador), se entenderá fracasado el procedimiento y se levantará un acta (inciso 1º del artículo 50 de la Ley 19.966).

El mediador, por su lado, podrá declarar de oficio su inhabilidad, si considera que existen

²³ Diez y Tapia (2004, pp. 108-112) desarrollan un modelo de mediación basado en la multiparcialidad, que reposa en un proceso de triple legitimación, del mediador ante sí mismo, de cada parte ante sí misma (“empowerment”) y la legitimación entre las mismas partes, lo que implica un reconocimiento.

²⁴ Nuestra ley y reglamento no los consagraron, pero, como veremos, pueden ambos entenderse comprendidos dentro del principio de voluntariedad.

hechos o circunstancias que lo inhabiliten. Si no considera grave la causal, podrá exponer la situación a las partes y si estas no se oponen proseguirá el procedimiento ante él. En caso contrario, el asunto será traspasado a otro mediador.

Tenemos ejemplos de mediadores que se han declarado inhabilitados por haber atendido profesionalmente a médicos y otras causas. Una mediadora, por ejemplo, se sintió inhabilitada de tramitar un reclamo dirigido contra un médico de un hospital que había atendido esmeradamente a su pequeño hijo tras un grave accidente. Planteada la inhabilidad por la propia mediadora, fue reemplazada de inmediato. Finalmente, en dicha mediación se logró un acuerdo indemnizatorio ante la nueva mediadora.

En conclusión, nuestro mediador debe actuar en el marco de una interpretación integradora de los principios del Reglamento de Mediación. Por ello, no es indiferente con el acuerdo que se logre, sino que se esmera en contribuir al mejor acuerdo posible para ambas partes. Ello implica el despliegue de todas las opciones imaginables para ser consideradas por ambas partes, respecto de las cuales el mediador es imparcial, en el sentido que debe actuar con objetividad, sin favorecer o privilegiar a ninguna. Pero ello no significa que información esencial para decidir, no disponible para una o ambas partes, no les sea procurada por el mediador o sugeridas las medidas para obtenerla. Esta actitud satisface el principio de igualdad, que requiere que ambas partes se encuentren en igualdad de condiciones –informativas, entre otras– para adoptar acuerdos, pero, además, sirve correctamente el principio de probidad que exige del mediador un desempeño honesto y leal de su función, con preeminencia del interés de las partes y de la sociedad por sobre el particular.

El principio de probidad y el bien común

Este principio informa a todos los demás en el sentido que la actuación proba del mediador requiere el cumplimiento de todos los principios de la mediación en la forma en que los concibe el Reglamento de Mediación.

En su artículo 4º, el Reglamento define así el principio de probidad:

*“Consiste en observar una **conducta intachable** y desarrollar un **desempeño honesto y leal de la función de mediador, con preeminencia del interés de las partes y de la sociedad por sobre el particular**” (subrayado agregado).*

La consideración del interés de las partes y de la sociedad por encima del particular en la actuación del mediador relaciona inmediatamente el principio de probidad con la realización del bien común, definido como fin del Estado por el inciso 4º del artículo 1º de la Constitución.

La preeminencia del interés de las partes y de la sociedad que debe observar el mediador en su actuar debe llevarlo a adoptar una actitud activa que permita a las partes contar con toda la información disponible para evaluar todas las alternativas de acuerdo. Ya vimos que el mediador al actuar así sirve, además, los principios de imparcialidad e igualdad de las partes.

El principio de celeridad

El plazo legal es 60 días corridos, contado a partir del tercer día de la primera citación al reclamado. Este plazo se puede prorrogar, con acuerdo de las partes, hasta 120 días corridos.

No obstante, no existe inconveniente en que el mediador, previamente a citar a las partes, realice encuentros individuales, si los estima útiles para el proceso.

La celeridad no sólo se vincula al respecto de los plazos, sino que se asocia también con una actitud proactiva del mediador y de los funcionarios que intervengan en la mediación, en el sentido de asumir el impulso y hacer expeditos los trámites de procedimiento, salvo las actuaciones que correspondan a las partes, removiendo todo obstáculo que se interpusiere (Artículo 4º del Reglamento).

El principio de confidencialidad

A diferencia de las actuaciones de los tribunales, las actuaciones del mediador no son públicas.

Generalmente un acuerdo sólo es posible en un ambiente de serenidad y reserva. La reserva es muy importante, sobre todo, en las reuniones individuales para que las partes puedan revelar al mediador sus necesidades y permitir explorar opciones que las satisfagan.

La reserva y confidencialidad son especialmente importantes, ya que, de acuerdo a la Ley 19.628 sobre Protección de la Vida Privada, publicada en el Diario Oficial de 28.08.1999, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual son datos sensibles que no pueden ser objeto de divulgación y tratamiento, salvo cuando la ley lo autorice, exista consentimiento del titular o sean datos necesarios para la determinación u otorgamiento de beneficios de salud que correspondan a sus titulares (artículos 2º, letra g, y 10).

Además, debe considerarse que normalmente estará en juego la reputación de uno o más profesionales del área de la salud y el prestigio de un centro asistencial.

El inciso 1º del artículo 51 recoge este principio de reserva estableciendo que, para permitir el éxito del procedimiento, todas las declaraciones de las partes y las actuaciones de la mediación tendrán el carácter de secretas.

Por su parte, el inciso 2º obliga al mediador, partes involucradas y cualquier tercero que intervenga en el caso, a guardar reserva de todo lo que hayan conocido durante o con ocasión del procedimiento de mediación. La violación de esta obligación es sancionada con la pena prevista en el artículo 247 del Código Penal (inciso 3º).

Sin embargo, los instrumentos públicos o privados no quedarán afectos al secreto y su uso y valor probatorio en juicio posterior se regulará por las reglas generales.

Como se aprecia, el deber de secreto consagrado por esta norma es perpetuo y constituye la mejor garantía para la confianza con que las partes o terceros puedan participar en la mediación. Así ellas podrán expresarse ampliamente, manifestar dudas e incluso reconocer hechos en la seguridad que ello no podrá ser posteriormente usado en su contra en un juicio.

El principio de voluntariedad

La ley establece la concurrencia obligatoria a mediación previamente a demandar una reparación por un daño en salud. Sin embargo, iniciada la mediación, la prosecución del procedimiento es voluntaria. Así, si el reclamado citado no comparece a la primera ni a la segunda audiencia²⁵, termina la mediación. También en cualquier momento, una o ambas partes pueden manifestar su voluntad de terminar el procedimiento.

El principio de voluntariedad es expresión de dos reglas éticas esenciales: consentimiento informado y autodeterminación de las partes. En mediación el poder es de las partes; ellas son las verdaderas protagonistas del proceso y del acuerdo. Por ello, nuestro Reglamento de Mediación define acertadamente el principio, cuando su artículo 4º señala:

“Cualquiera de las partes podrá, en todo momento, expresar su voluntad de no perseverar en el procedimiento, el que se dará por terminado, dejándose constancia en un acta que deberá ser firmada por las partes y el mediador” (énfasis añadido).

Conviene destacar que la concurrencia obligatoria a mediación ha sido criticada. Suares (2006, p. 141) ha narrado cómo personalmente se opuso al carácter obligatorio que la

²⁵ Se debate entre mediadores acerca de la denominación correcta aplicable a la reunión del mediador con una o ambas partes. Con el fin de apartar la denominación de una visión psicologista, parece razonable descartar la expresión “sesión”. También parece lógico apartarla de un contexto litigioso, por lo cual no parece adecuada la expresión “audiencia”, que utilizan la Ley 19.966 y su Reglamento. Lo más razonable resulta, entonces, utilizar el término “encuentro” de mediación. No obstante que nuestra ley y reglamento utilizan la expresión “audiencia”, la que deberemos usar en las actuaciones formales (citaciones, actas), preferimos hablar de “encuentro de mediación” por parecernos el término más adecuado al carácter interdisciplinario y no litigioso de la mediación.

Ley 24.573, de 1995, estableció para la mediación de disputas civiles y comerciales. "...después de diez años, creo que estaba totalmente equivocada, que el hecho que haya sido obligatorio pasar por la mediación fue maravilloso para Argentina, porque mucha gente no hubiera tenido la oportunidad de resolver pacíficamente sus conflictos, ya que hubiese tenido que entrar en el campo del litigio, de la pelea. Las estadísticas dicen que el 63,8% de los casos que pasaron por mediación no siguieron la vía judicial... Esto desde el punto de vista económico para mi país ha sido muy importante, porque hubiéramos necesitado a esta altura un 70% más de insumos para tener la justicia al nivel que la tenemos, ya que obviamente habría un 60% más de casos".

Conviene tener en cuenta que el sistema de mediación prejudicial argentino para todas las causas civiles o comerciales, que sobrepasó diez años de exitosa aplicación, fue el producto de un Programa Nacional de Mediación que contempló un Plan Nacional de Mediación, la creación de una Escuela de Mediadores, bajo la dirección del Ministerio de Justicia y el apoyo constante de universidades y centros privados de mediación. Finalmente, la mediación no se implantó de golpe, sino en forma gradual, al igual que la reforma procesal chilena, sobre la base de experiencias pilotos, permanentemente evaluadas²⁶.

Acuerdo en mediación

El Acta de Acuerdo surtirá los efectos de un contrato de transacción, dice la ley. El artículo 35 del Reglamento señala que el acuerdo puede contener una o una combinación de estas modalidades:

1. Pago de compensaciones en dinero;
2. Realización de prestaciones médicas apreciables en dinero;
3. Acciones no apreciables en dinero para resarcir públicamente o privadamente al afectado (explicaciones, disculpas).

Según el inciso 4º del art. 53 de la Ley 19.966, la reparación monetaria no debe exceder los topes fijados por una Resolución conjunta de los Ministerios de Hacienda y Salud. Se trata de la Resolución 142 Exenta, publicada en el Diario Oficial de 8 de abril de 2005, la que estableció los siguientes topes indemnizatorios:

1. En caso de muerte, hasta 3.500 UF;
2. En caso de gran invalidez, hasta 3.300 UF;
3. En caso de invalidez total, hasta 2.500 UF;
4. En caso de invalidez parcial, hasta 2.000 UF; y
5. Otros daños (incapacidad temporal), hasta 1.000 UF.

En consecuencia, si el monto es inferior a 1.000 UF, el acuerdo concluye la mediación. Si el pago es superior a 1.000 UF, el acuerdo debe ser aprobado por el Consejo. Si excede de 3.000 UF, tras esta aprobación, además, deberá ser aprobado por el Ministerio de Hacienda. La experiencia indica que la inmensa mayoría de los acuerdos no han necesitado pasar por el Consejo ni por el Ministerio de Hacienda.

Término de la mediación

De acuerdo al artículo 33 del Reglamento de Mediación, las causales de término son:

1. Voluntad unilateral de las partes;
2. No comparecencia a las audiencias;
3. Falta de acuerdo con la decisión del CDE respecto de solicitud de inhabilidad del

²⁶ Una excelente obra sobre el estudio, diseño e inicios de la mediación argentina, es Álvarez, Highton y Jassan (1996).

- mediador (rechazo de la solicitud, aceptación, nombramiento de otro mediador). Nunca ha ocurrido;
4. Expiración del plazo;
 5. Acuerdo; y
 6. Rechazo por CDE o Ministerio de Hacienda, en su caso, de acuerdos adoptados por las partes. Tampoco ha ocurrido.

Etapas de la mediación

La Ley 19.966 y su Reglamento no definieron etapas para la mediación, lo que implicó el reconocimiento de la necesidad de contar con un marco flexible para el desempeño del mediador.

Las mediadoras chilenas Pamela Espinosa (asistente social) y Marcela Fernández (abogado) han realizado una importante contribución en esta área, al definir las etapas esenciales por las cuales transcurre el proceso de mediación²⁷. Estas son:

1. Estructura y creación de confianza;
2. Exploración y comprensión del conflicto;
3. Intervención en la dinámica del conflicto;
4. Proceso de decisión; y
5. Formalización del acuerdo y cierre.

Antes de analizar estas etapas, deben formularse tres advertencias. Primero, que no todas las mediaciones pasan por estas cinco etapas. Dado el carácter voluntario de la prosecución de la mediación, algunas ni siquiera cursarán la primera fase, si es que alguna parte no comparece a dos audiencias consecutivas. Segundo, cada una de estas etapas no coincide necesariamente con un encuentro conjunto de mediación, sino que en un mismo encuentro podría cumplirse más de una e incluso las cinco. Tercero, los objetivos a que alude la denominación de cada etapa pueden alcanzarse en encuentros conjuntos de mediación o individuales con cada parte²⁸. Finalmente, las cinco etapas señaladas no son divisiones rígidas, sino que muchas veces se superponen dos o tres a la vez.

1) *Estructura y creación de confianza*

La mediación implica confianza y sólo puede realizarse si ella existe. La confianza sólo puede alcanzarse sobre la base de un proceso de cuádruple legitimación conducido por el mediador.

Primero, ambas partes deben sentir confianza en el mediador, lo que le permitirá sentirse “habilitado” para actuar. Esta confianza deberá ser reforzada permanentemente a través de una actitud de acogida del mediador, demostrable en el interés real por los problemas mediante la escucha activa, herramienta comunicacional que se analizará en el capítulo siguiente.

Segundo, cada parte deberá sentirse legitimada ante sí misma (“empoderamiento”). Esta legitimación es la que permitirá a la parte adquirir la conciencia sobre su capacidad de actuar, analizar, comunicarse, descubrir nuevas opciones, aportar.

Tercero, cada parte deberá sentir legitimada a la otra (reconocimiento). Esto permitirá que surja un mínimo de confianza para hacer avanzar el proceso de mediación y eventualmente llegar a un acuerdo sustentable.

²⁷ En esta parte se sigue a Suares (2004), Díez y Tapia (2004) y fundamentalmente a Espinosa y Fernández (2004 y 2005), quienes son creadoras de un modelo “sistémico humanista” de mediación.

²⁸ El mediador puede sesionar con las partes en forma conjunta o separada. En este caso, deberá informar a la otra parte (inciso 1º del artículo 49 de la Ley 19.966 y artículo 15 del Reglamento).

Finalmente, y como consecuencia de todo lo anterior, debería producirse la legitimación y confianza de ambas partes en el proceso de mediación. Esta confianza requiere un permanente reforzamiento, durante todas las etapas de la mediación, para lo cual el mediador en encuentros individuales o conjuntos deberá mostrar los logros y avances o los puntos de “empantanamiento”.

Dado el carácter voluntario del proceso esta cuádruple confianza y legitimación es una *conditio sine qua non* para la realización y conclusión de la mediación. Nótese cómo este proceso no es necesario en un litigio, el cual puede ser conducido en ausencia de algunos de estos elementos.

El discurso inaugural del mediador en el primer encuentro conjunto de mediación es esencial para la creación de confianza. Este instrumento debe acercar a las partes al conocimiento de los paradigmas no litigiosos de la mediación, sus principios, básicamente igualdad, imparcialidad, confidencialidad, voluntariedad, la necesidad de protagonismo de ambas partes para el éxito de la mediación y efectos legales del acuerdo. Además, deberá contener las reglas de conducta que proponga el mediador, como necesidad de respeto mutuo hacia el mediador y hacia el proceso, no interrumpir y escuchar activamente, y aquellas reglas que quieran incorporar las partes.

Con el discurso inicial el mediador ratifica su papel de conductor y facilitador del proceso que, incluso, puede ponerle fin, si no observa el cumplimiento de reglas básicas o concluye que será imposible llegar a un acuerdo. Tras su discurso, el mediador debe asegurarse que estas reglas hayan sido comprendidas por ambas partes.

El mediador cuida especialmente los aspectos del entorno que permitan a ambas partes sentirse cómodas y habilitadas. Así, el espacio físico deberá resaltar la igualdad entre partes y mediador (mesa redonda, asientos cómodos, equidistancia del mediador con ambas partes, buena comunicación visual, luminosidad, privacidad).

Si el objetivo de creación de confianza se logra, se hará más fácil el desarrollo de las próximas etapas.

2) *Exploración y comprensión del conflicto*

Para cumplir su papel de facilitador, el mediador requiere comprender exactamente la perspectiva de ambas partes, lo que requiere explorar, más allá de sus posiciones e intereses, sobre todo, sus necesidades. Ciertamente, el entorno más adecuado para esto es el encuentro individual con cada parte, rodeado del ambiente de confianza que proporciona la confidencialidad. Allí, la parte puede revelar aspectos esenciales de sus necesidades, lo que permitirá avanzar en la generación de nuevas opciones para considerar en un eventual acuerdo.

Diversas técnicas comunicacionales, que se analizan en el próximo capítulo, son útiles en esta etapa, básicamente la escucha activa, preguntas exploratorias, la paráfrasis o parafraseo y el resumen.

Tratándose de encuentros conjuntos, es esencial otorgar ordenadamente la palabra para escuchar los relatos, tomando notas personales sin perder el contacto visual con ambas partes de forma de apreciar el lenguaje analógico (posturas, gestos, distancias), al que nos referiremos en el próximo capítulo.

Tras la confirmación de los relatos de las partes, el mediador ordena en forma jerárquica los diversos puntos que comprende el conflicto para cada una de las partes.

3) *Intervención en la dinámica del conflicto*

Con los elementos adquiridos en las dos etapas anteriores, en esta etapa la intervención del mediador es mayor, comenzando la introducción de preguntas reformadoras.

En esta fase se pretende generar un nuevo encuadre del conflicto. Así, si su origen fuere un malentendido, el restablecimiento de la comunicación podría abrir un camino de solución.

Tres son los objetivos de esta etapa. Primero, trabajar con las personas, las que deberán sentirse completamente cómodas y legitimadas. Segundo, incluir el concepto de responsabilidad

relacional que haga que las partes sean coprotagonistas de la solución de conflicto. Finalmente, se pretende formular nuevos encuadres que permitan a las partes considerar su conflicto desde otras perspectivas.

4) *Proceso de decisión*

En esta etapa el mediador alienta procesos reflexivos de las partes con el objeto de decidir si desean o estiman que les conviene llegar a un acuerdo. Ello incluye la generación de opciones por las partes u otras aportadas por el mediador, opciones que deberán implicar soluciones de mutuo beneficio. La coordinación y colaboración de las partes es fundamental en esta fase que persigue concretar un acuerdo.

El mediador debe aplicar “filtros” objetivos o subjetivos a las opciones que propongan las partes. Un ejemplo de “filtro” objetivo: no podría prosperar una opción que contemplara una indemnización superior al tope que señala la Resolución 142, de Salud y Hacienda, para el daño en salud de que se trate.

Los “filtros” subjetivos permiten a la parte comparar opciones de acuerdo con la mejor opción fuera de la mediación (juicio, dejar las cosas como están), para luego decidir qué hace. Esto generalmente se realiza en encuentros privados con la parte. Se trata de lograr lo que Susskind llama “maximización de los beneficios para ambas partes” o la “mejor alternativa al acuerdo negociado” (MAAN), aporte del método de negociación cooperativa de Harvard.

5) *Formalización del acuerdo y cierre*

En esta etapa, el mediador recoge los puntos del acuerdo y se asegura que las partes lo comprendan en cuanto a contenido y efectos jurídicos. Luego se procede a la redacción del acuerdo, el cual debe ser equilibrado, fácil de cumplir, claramente comprensible para no dejar abiertas nuevas fuentes de conflicto. Esta etapa culmina con la legitimación de la participación colaborativa de ambas partes, la que se plasma en la concreción del acuerdo.

La Ley 19.966 (inciso 1° del artículo 53) y el Reglamento establecen que el acuerdo constará en un acta firmada por las partes y el mediador, la que contendrá una descripción sucinta de los hechos, términos del acuerdo, obligaciones de cada parte y la renuncia expresa del reclamante a todas las acciones judiciales correspondientes. Agregan que el acta surtirá los efectos de un contrato de transacción.

Las partes tendrán amplia libertad para pactar soluciones al conflicto (“dueñas del acuerdo”), tales como compensaciones en dinero o apreciables en dinero, realización de prestaciones asistenciales u otro tipo de prestaciones dentro del ámbito asistencial del reclamado o prestaciones no apreciables en dinero que tengan por fin resarcir pública o privadamente al afectado, alternativas que pueden combinarse (artículo 35 del Reglamento).

III. COMUNICACIÓN EN MEDIACIÓN

La comunicación es un tema cardinal para la mediación. “La disputa, considerada como una de las etapas del conflicto, es un proceso comunicacional. Se desarrolla en la comunicación, se conduce en la comunicación y, si se logra un acuerdo, este es también un acto comunicacional” (Suarez 2004, p. 91)²⁹.

Por esta razón, la teoría de la comunicación humana es parte esencial de la formación de los mediadores. Sus conocimientos teóricos y práctica en el campo constituyen las herramientas más poderosas de su trabajo.

²⁹ No es posible desarrollar en forma amplia la teoría la comunicación, ciertamente el tema más importante de la mediación. Para profundizar en la materia, puede consultarse Suarez (2004, capítulo 3, pp. 91-144).

Pero, además de esta teoría, es esencial estudiar el contexto de fuerte carga emocional dentro del cual se da la comunicación. Debemos considerar la anomalía que se produce, cuando un paciente y su familia, por un lado, y profesionales de la salud y centros asistenciales, que inicialmente preveían involucrarse en una relación con un término definido, al margen de su voluntad, continúan vinculadas por la producción de un resultado dañoso que, por cierto, no era deseable ni esperable para el paciente y su familia.

Ya vimos cómo las necesidades no negociables –aspectos identitarios, psicoemocionales, ideológicos– se ubican en la parte oculta, subacuática del iceberg del conflicto. Son aquellos elementos que las personas no revelan en cualquier circunstancia. Este es el material más importante que debe develar el mediador, normalmente en encuentros individuales, para cimentar acuerdos sobre su base.

Al margen de lograrse o no acuerdo, numerosos mediadores conciben la mediación como “fortalecimiento de la comunicación”, la cual ayuda a que “las partes emerjan con una comprensión distinta y mejor del problema” (Kolb y Kressel 1996, p. 374).

En 1996, Deborah. M. Kolb y Asociados editaron una obra, producto de un vasto proyecto de investigación, que contiene el perfil de doce mediadores norteamericanos, bajo el título “**Cuando hablar da resultado. Perfiles de mediadores**”.

Cuando se fundó el programa de mediación comunitaria en Argentina, bajo la dirección de Gabriela Rodríguez, su lema fue “Conversando la gente se comprende” (Suarez 2006, p. 139). “Prefiero la palabra conversar que hablar, porque tal como lo dice mi chileno favorito, el gran Humberto Maturana, conversar es mucho más que hablar, es ‘lenguajear’ y ‘emocionar’ y, entonces toma la totalidad del ser humano y se comprende, no sólo se entiende. Entender es solamente desde el punto de vista lógico, en cambio, en el comprender está involucrada la emoción” (*ibidem*).

No obstante que la comunicación humana se realiza básicamente a través del lenguaje, no se agota en este. Basada en Maturana³⁰, Suarez (2004, p. 101) señala que el lenguaje “tiene lugar en el espacio de las relaciones y pertenece al ámbito de las coordinaciones consensuales de acción como un modo de fluir en ellas: no se da en la cabeza, en el cerebro o en la estructura de mi cuerpo ni en la gramática ni en la sintaxis”.

El lenguaje no es sinónimo de hablar. Esta acción no siempre redundando en una coordinación de acciones. Entonces, cuando “lenguajeamos” nos comunicamos, pero no siempre lo hacemos cuando hablamos. Sólo lo hacemos cuando la acción de hablar tiene una respuesta “en que el receptor ‘refuerza’ la acción a partir de una retroacción, la cual recibe un nuevo ‘refuerzo’ del primer emisor” (Suarez 2004, pp. 102-103)³¹.

Típicamente humano, el lenguaje no es la única forma de comunicación de la especie. Compartimos con los demás mamíferos la comunicación analógica (Suarez 2004, p. 102), la que se desarrolla por medio de gestos, posturas, movimientos, uso de la distancia, etc.

Los animales, especialmente los mamíferos, también se comunican analógicamente. Toda comunicación es un proceso, que involucra a dos seres vivos, por lo menos, “que se relacionan y mutuamente producen modificaciones que son producto de interacciones” (*ibidem*). El lenguaje hace que la comunicación humana sea más completa y compleja (*ibidem*).

La comunicación humana

“Ponerse en el lugar de los otros es, en mi opinión, un contraveneno muy eficaz para combatir el fanatismo y el odio... Ponerse en el lugar de los otros constituye no sólo un medio estético: es también un importante imperativo moral. Y si ustedes me prometen que no van a delatar mi pequeño secreto profesional, les diré que ponerse en el lugar

³⁰ Maturana (1991, p. 55).

³¹ Este esquema lleva a Suarez (2004, p. 102-103) a postular que los denominados medios de comunicación no realizan “comunicación”, ya que no siempre existe retroacción del receptor que refuerce el mensaje del emisor.

de los otros es también un placer humano muy profundo y sutil” (Oz 2006).

Siguiendo a Suares (2004, p. 104), la “comunicación humana es un proceso que se caracteriza por:

- a) incluir a dos o más emisores-receptores,
- b) entre los que circulan mensajes,
- c) en una serie de idas y vueltas,
- d) por diferentes canales, al mismo tiempo o sucesivamente,
- e) siendo, en el mejor de los casos, congruentes los mensajes que se envían a través de diferentes canales,
- f) pero que siempre se influyen mutuamente,
- g) el proceso ocurre dentro de un contexto espacial,
- h) y está afectado por un contexto histórico.
- i) El conjunto de todo esto genera una historia o narrativa”, la que devendrá en un contexto histórico, que afectará las relaciones de los participantes y sus mensajes.

Para fines didácticos, Suares (2004, p. 104), siguiendo a Watzlawick y otros, divide la comunicación humana de acuerdo a la semiótica (estudio de los signos en la vida social), en tres aspectos: sintáctica, semántica y pragmática.

Sintáctica de la comunicación humana

Esta trata de los canales por los cuales se transmite información, a saber:

- 1) Verbal, referido a las palabras; constituye el componente digital de la comunicación;
- 2) Para-verbal, relativo a los tonos, volumen y características similares del hablar;
- 3) No-verbal, relacionado con los gestos, postura, distancia y otros aspectos de quien habla;
- y
- 4) Contexto dentro del cual se habla.

Los canales para-verbal y no-verbal conforman el componente analógico de la comunicación.

Los mediadores deben estar muy atentos a estos cuatro canales informativos, tanto en los encuentros individuales como conjuntos. Ciertamente son informaciones útiles para el mediador los aspectos posturales, la distancia entre las partes, o entre estas y sus abogados, el tono de voz, inflexiones, volumen, secuencia, etc., aspectos normalmente relacionados con la emocionalidad, que, sobre todo en la mediación por daños en salud, debe ser cuidadosamente considerada. Esta mediación implica normalmente un crudo quiebre de la relación entre establecimientos y funcionarios de salud (principalmente médicos), por un lado, y paciente o sus familiares, por el otro.

Semántica de la comunicación humana

Por su parte, la semántica de la comunicación humana tiene que ver con la atribución de significado. La simple transmisión de mensajes no implica acuerdo sobre el significado, ya que ello requiere de una convención semántica (Suares 2004, p. 111). “El diálogo siempre implica una intención de los participantes de involucrarse en un proceso de comprensión mutua, para lo cual deben intentar compartir los significados que les otorgan a los significantes” (*ibidem*).

Ahora bien, la atribución de significado se realiza a través de los cuatro canales asociados a la sintáctica. “Un mismo significante puede tener diferentes significados en virtud de cuál sea el componente analógico, o el componente contextual, que acompaña al significante verbal” (*idem*, p. 114).

El contexto determina el significado que puede atribuirse a un significante. No tiene el mismo significado “manos arriba”, dicho por un médico a un paciente que examina, que dicha

expresión empleada por una persona en un callejón oscuro. Por ello, Suares (2004, p. 114) comparte el planteamiento de Gregory Bateson en el sentido que, en la comunicación, quien recibe la información le atribuye el significado, cotejándolo luego con el primer emisor. “Cuando lo que el primero ha querido transmitir coincide con lo que ha recibido el segundo y este se lo hace saber al primero, nos encontramos con una comunicación clara”³².

Este punto es clave para el mediador, quien para establecer la comunicación entre las partes debe comprender lo que ellas plantean en sus narrativas.

Pragmática de la comunicación humana

La pragmática de la comunicación humana se ocupa de los efectos que ella tiene sobre la conducta. Suares (2004, p. 116) cita a Watzlawick y otros (1993, p. 50) para indicar que “toda conducta en una situación de interacción tiene un valor de mensaje, es decir, es comunicación”.

Con carácter tentativo, seis axiomas sobre la comunicación humana fueron desarrollados por Watzlawick y otros (1993), originados en variadas observaciones sobre la comunicación. Estos axiomas tienen gran utilidad práctica en la mediación, puesto que en ella se trabaja en el contexto de las personas y sus interacciones, por lo cual pasamos someramente a analizarlos.

I AXIOMA: no es posible no comunicarse

Ello es así, porque cualquier conducta que el receptor de un mensaje realice (indiferencia, ignorancia, negativa a responder) constituye un nuevo mensaje que contesta al primero, lo cual implica un proceso comunicacional (Suares 2004, p. 117).

La persona que presenta un reclamo para mediación por daños en salud, envía a los reclamados –servicio de salud, hospital y personal médico– un mensaje que contiene su intención de llegar a un acuerdo. Entre las numerosas actitudes que pueden adoptar los reclamados tenemos las siguientes:

- dejar de concurrir a las dos primeras audiencias, con lo cual la mediación terminará. El mensaje habrá sido respondido, transmitiendo la falta de interés por llegar a acuerdo o siquiera por conversar con el reclamante;
- enviar a un abogado en representación de todos, lo cual transmitirá la información de que, por lo menos, les interesa escuchar al reclamante y/o cumplir formalmente con el procedimiento de mediación³³; y
- asistir a la audiencia el personal médico, el Director del Hospital y el Director del Servicio de Salud reclamado, actitud que justificadamente será interpretada por el reclamante y el mediador como interés por la mediación y, eventualmente, por llegar a un acuerdo.

II AXIOMA: en toda comunicación hay un aspecto de contenido y uno relacional, clasificando este al primero, y es, por ende, una metacomunicación

En todo mensaje existe transmisión de información, aspecto referencial relativo al contenido del mensaje, pero también una indicación de qué tipo de mensaje se trata, aspecto

³² Suares (2004, pp. 114-115), apoyándose en las conclusiones de Watzlawick (1980) y Bateson (1976a), concluye que la atribución de significado por el receptor no es un tema sencillo, puesto que dependerá de cuál sea el hemisferio cerebral predominante de la persona que decodifique el mensaje y si efectivamente lo utiliza para ese fin.

³³ Si bien es cierto que el Reglamento de Mediación no establece la obligatoriedad de participar en las audiencias, señala que las partes deben colaborar con el procedimiento (artículo 18), estableciendo la obligación del Consejo de dar cuenta a la autoridad correspondiente, de la falta de colaboración de algún organismo de la Administración del Estado, centralizada o descentralizada, o uno de sus funcionarios (inciso 2º del artículo 15).

conativo relativo a la relación entre los comunicantes. Este aspecto puede definirse como **metacomunicación** (comunicación sobre la comunicación) y puede expresarse verbalmente (“es una broma”, “es una orden”), no verbalmente (un grito, una risa) o contextualmente.

Sobre la base de experiencias reales de mediaciones por daños en salud, en las cuales interactúan, por una parte, el representante de un servicio de salud y personal de salud y, por la otra, el reclamante afectado por un daño, se han elaborado cuatro alternativas que grafican las discrepancias y coincidencias que ocurren cuando se combinan los aspectos de contenido y de relación en fenómenos comunicativos.

CUADRO 2
**Alternativas combinando contenido y relación
en hipótesis de comunicación**

<ul style="list-style-type: none"> - Propongo una indemnización de 50 millones de pesos. - De acuerdo. 	Los participantes coinciden en el contenido y en la relación.
<ul style="list-style-type: none"> - Propongo repetir la operación. - No acepto. 	Los participantes discrepan en el contenido y en la relación.
<ul style="list-style-type: none"> - Propongo operarlo de nuevo. - Acepto, pero en otro hospital. 	Los participantes coinciden en el contenido y discrepan en la relación.
<ul style="list-style-type: none"> - Propongo una indemnización de dinero. - No acepto, prefiero una nueva operación. 	Los participantes discrepan en el contenido, pero coinciden en la relación.

El primer caso no plantea problema, ya que existe acuerdo en el contenido y en la relación. De los tres restantes, el último es el más fácil de resolver. Se discrepa en el contenido, pero se aceptan las opiniones diferentes, sin que ello afecte la relación.

Para nuestra mediación, el desacuerdo sobre la relación tiene efectos pragmáticos más impactantes que el desacuerdo sobre el contenido. Un desacuerdo sobre la relación implica la negación de la competencia del centro asistencial, lo que ciertamente pasa por un tema de confianza. (“Acepto una nueva operación, pero en un hospital de mi confianza”).

III AXIOMA: la naturaleza de una relación depende de la puntuación de las secuencias de comunicación entre los comunicantes

Suares (2004, p. 121) destaca que, por el carácter circular de la comunicación desarrollada dentro de un contexto histórico, “nunca podemos determinar en qué momento empezó, porque siempre se pondrá un hecho anterior, y a este, otro hecho anterior, y así hasta el infinito”. Los malentendidos ocurren porque las personas “suelen no puntuar desde el mismo punto la secuencia comunicacional”.

Un intercambio imaginario en una mediación, entre un médico y su paciente, podría ilustrar el desencuentro que provoca la puntuación desde diferentes puntos.

- Efectivamente no le expliqué todos los efectos colaterales que podría tener el medicamento, porque el señor no me preguntó.
- No le pregunté al doctor porque siempre atiende apurado y no da oportunidad para preguntarle nada.
- No es que ande apurado, sino que el señor se da vueltas y vueltas antes de hacer una

- pregunta.
- Cierto es que doy vueltas, pero es que sus explicaciones son tan cortas, que uno no puede entenderlas.
 - Mis explicaciones son cortas, porque...

Y así el diálogo puede seguir eternamente. Veremos más adelante cómo la técnica de la reformulación aplicada por el mediador, tanto en encuentros individuales como conjuntos, puede provocar un reencuadre de esta situación aparentemente sin salida.

IV AXIOMA: los seres humanos se comunican tanto digital como analógicamente. La comunicación digital cuenta con una sintaxis lógica sumamente compleja y poderosa, pero carece de una semántica adecuada en el campo de la relación, mientras que el lenguaje analógico posee una semántica, pero no una sintaxis adecuada para la definición inequívoca de la naturaleza de las relaciones.

Suares (2004, p. 122) subraya que la comunicación analógica, que tenemos en tanto mamíferos, es la comunicación por excelencia para el campo de las relaciones. Destaca que Bateson (1976b, p. 442) postula que esta comunicación ha evolucionado paralelamente al lenguaje y se ha expresado en distintos campos del arte: música, ballet, poesía, etc. Para Bateson, la circunstancia que la comunicación analógica continuara existiendo tras la aparición del lenguaje indicaría que ella serviría funciones completamente distintas del primero, “funciones para cuya ejecución el lenguaje hablado es inadecuado”.

Este punto plantea dificultades para interpretar mensajes digitales que no coinciden con los analógicos. Si ante la pregunta de cómo está un familiar, con gesto contrariado y ojos brillantes se nos contesta que está muy bien. ¿Debemos atender al lenguaje o al mensaje analógico? Este fenómeno ha sido denominado “doble mensaje” (Suares 2004, pp. 122-123) y se presenta frecuentemente en todo tipo de interacciones.

Como no todos los mensajes se transmiten digitalmente, sino que mucha información se envía analógicamente, los mediadores deben estar especialmente atentos a estos signos, a través de su entrenamiento (dramatizaciones, role playing), mediante el estudio de casos teóricos y sobre la base de la observación atenta y serena de las partes. Esta, por cierto, requiere las mejores condiciones de tranquilidad para el desarrollo del encuentro de mediación (sala e iluminación adecuadas, sillones o sillas cómodas para el mediador y las partes, ausencia de interrupciones, etc.).

La mediación se ha demostrado como excelente alternativa para una observación completa del encuentro de mediación, ya que permite que uno de los mediadores tome notas, mientras el otro continúa observando. También resulta útil la videograbación del encuentro, con autorización de las partes, para su observación posterior por el o los mediadores.

V AXIOMA: todos los intercambios comunicacionales son simétricos o complementarios, según estén basados en la igualdad o en la diferencia.

Suares (2004, p. 123) apunta que los estudios de Bateson sobre interacción lo llevaron a conceptualizar estos dos tipos de interacción:

- 1) **simétrica**, ante una acción de A, B responde con una de la misma clase e intensidad. A grita y B grita de igual forma;
- 2) **complementaria**, en la cual B responde con la conducta opuesta a la de A. A grita y B calla. Se trata de una interacción dominio-sometimiento, en la cual cada una de estas características se explica por la contraria. Existe dominio porque hay sometimiento y viceversa.

Si estas dos pautas de interacción se mantienen sin cambios, llevan al colapso del sistema, lo que Bateson (1976c, p. 87) denominó esquismogénesis. En consecuencia, “es no sólo posible

sino también necesario que las personas se relacionen simétricamente en algunas áreas y de manera complementaria en otras” (Suares 2004, p. 123).

Este axioma sobre las interacciones comunicacionales es de gran utilidad práctica en psicoterapia y en mediación. En efecto, la persistencia de un esquema puro de interacción impide toda posibilidad de acuerdo o, por lo menos, de transformación de la relación de las partes.

La conversación

Suares (2004, pp. 127-144) destaca la importancia de la perspectiva comunicacional de Barnett Pearce. Esta es fundamental para comprender el papel de la conversación dentro de la comunicación.

Tras cinco años de observación de encuentros de mediación en retrocámaras, Pearce resumió sus conclusiones, elaborando una perspectiva comunicacional³⁴, que es sistémica y “construccionista social”, porque parte del hecho que la conversación es:

- a) algo que yo hago;
- b) seguida por algo que el otro hace;
- c) seguida de lo que yo hago.

“A esto, Pearce denomina triplete conversacional: que es la unidad más pequeña de observación de una conversación (Ya Bateson había hablado de estímulo-respuesta-refuerzo). Esto lo lleva a una circularización de la puntuación (véase el III axioma de Watzlawick)” (Suares, p. 128).

De acuerdo a Pearce, la conversación es un constante interjuego entre quienes conversan. “Lo que uno dice depende del otro que lo escucha y de cómo reacciona a lo que él nos dice que escuchó de nuestra primera aseveración. Y en realidad, ¿podemos decir que (cuál) fue la primera aseveración? ¿No será esta también una contestación a una aseveración anterior?” (*ibidem*, “cuál” agregado).

Pearce (1994) y Suares (2004, p. 129) destacan que en la conversación se produce un constante cambio de lugares.

- “Yo, M, te digo esto a ti R (‘M’ soy yo y ‘R’ sos vos).
- Pero yo ‘R’ no te lo acepto (‘R’ es yo y ‘M’ pasas a ser vos).

Este cambio no es sólo un cambio ‘gramatical’, ya que R, cuando es ‘yo’ no puede decir determinadas cosas sobre M. Por ejemplo, después de haber sido sometida a una operación, un cirujano me discutía que yo no podía tener dolor, y el ‘dolor’ es algo que sólo el que lo padece puede decir que lo padece o no” (Suares 2004, p. 129).

El entendimiento de la conversación es crucial para la mediación. En efecto, las disputas que son el origen de la mediación se generan en conversaciones en situaciones de conflicto y “el proceso de mediación se desarrolla única y totalmente a través de las conversaciones” (*idem*, p. 130).

Las conversaciones no son externas a nosotros. Vivimos dentro de ellas. “Nosotros generamos las conversaciones y estas nos generan a nosotros ... en una rueda sin fin. No somos observadores de conversaciones cuando conversamos. No es que veamos las conversaciones sino que las tocamos, estamos en medio de ellas, somos partes de ellas. Las ‘hacemos’ y ellas a su vez nos ‘hacen’ a nosotros” (*idem*, p. 136).

³⁴ Suares (2004, p. 128) reseña esta perspectiva comunicacional sobre la base de Pearce (1994) y los seminarios dictados por el autor en la Fundación Interfaz, Buenos Aires, en 1994 y 1995.

Contexto emocional en mediación por daños en salud

“El humano está formado
de un espíritu y un cuerpo.
de un corazón que palpita
al son de los sentimientos”.³⁵

Un culto excesivo a la racionalidad y al empirismo ha marginado generalmente a la emoción como variable de análisis de la conducta. Pero no puede desconocerse que ella (miedo, ansiedad, angustia, odio, rabia, resentimiento, amor) es una importante causa de las actuaciones humanas.

Para el buen desempeño de cualquier mediación, sobre todo, por daños en salud, el mediador debe incorporar la variable emocional. Un juez podrá fallar sin considerar los factores emocionales, pero un mediador no puede realizar acertadamente su labor si los ignora. Ya hablamos del carácter transdisciplinario de la mediación, lo que implica que los mediadores deben recibir una adecuada formación en algunas ciencias y disciplinas de la conducta, básicamente psicología, economía, sociología, con énfasis en la teoría de la comunicación humana y de la formación de percepciones. “Aunque el mediador no es un terapeuta, debe estar familiarizado con las técnicas psicológicas para ayudar a las partes a encauzar sus sentimientos” (Moore 1995, p. 210).

Además, el éxito de la mediación requiere que los mediadores tengan un profundo conocimiento de los escenarios dentro de los cuales actúan. En el área de daños en salud, el contexto no siempre presenta condiciones de objetividad y equilibrio. A veces, se formulan generalizaciones sin fundamento empírico, que atribuyen a todo un grupo las características negativas de algunos de sus integrantes, lo que viene a esconder la realidad, siempre llena de matices y excepciones.

Grafican lo anterior afirmaciones como: “los reclamantes pretenden sumas desmedidas”, “abogados inescrupulosos alientan los reclamos”, “los médicos son negligentes y lo único que les importa es el dinero”.

Muchos reclamantes buscan una justa compensación frente a un daño o una explicación, un reconocimiento o algo tan simple, pero tan difícil de lograr a veces, como que se les escuche.

Es fundamental superar una concepción de cruzada. No estamos en una confrontación de dos grupos. Médicos, por una parte, y usuarios por la otra. Presenciamos conflictos puntuales entre un médico determinado, con un paciente determinado, por un evento determinado que llegan a la mediación³⁶.

Es papel del mediador conseguir que la mediación sea enfrentada con objetividad y equilibrio por pacientes y médicos. El valor de esos atributos puede apreciarse si se considera la declaración de Ammon Carmi, presidente de la Asociación Mundial de Derecho Médico, cuando dijo recientemente: “En este camino nos hemos alejado de los derechos de los médicos. Un buen ejemplo es que la Ley de Derechos del Paciente, aprobada en 1996 en mi país, Israel, recoge hasta 24 derechos del usuario, entre los que destacan la información y la dignidad. En cambio, no encontrarás ningún derecho de los médicos, siquiera el de la dignidad”³⁷.

Este planteamiento desconoce el carácter desigual y asimétrico de la relación médico-paciente, debido al grado de conocimiento e información del profesional, del cual no dispone su paciente. La consagración de los denominados derechos de los pacientes en textos legales persigue superar este desequilibrio. Ya hablamos sobre la importancia del equilibrio o igualdad

³⁵ Parra (1966).

³⁶ Un análisis más completo del contexto dentro del cual se inserta el tema de los daños en salud, en Barria 2005.

³⁷ Intervención en el VIII Congreso de Derecho Sanitario, Madrid, España, extraído de página web <http://www.medilex.cl/noti201001.htm>.

de las partes para la mediación por daños en salud y para cualquier mediación.

También la consagración de los derechos y deberes de los pacientes en textos legales, persigue un efecto pedagógico para éstos. Se supone que los pacientes pueden contribuir a la salud, a prevenir enfermedades y a jugar un papel activo en su curación. A diferencia de los médicos, a quienes se les ha enseñado a ser médicos, a nadie se le ha enseñado a ser paciente.

Finalmente, no resulta equilibrada la apreciación sobre la dignidad de los médicos. Esta no podría sufrir merma por la afirmación de los derechos de los pacientes, ya que la dignidad de todas las personas, al margen de la profesión u oficio que ejerzan, es uno de los derechos humanos fundamentales, consagrado por todas las Constituciones.

Importancia de la comunicación en salud pública

Nuestra mediación se desarrolla en un escenario de pacientes sumamente dependientes de los establecimientos y profesionales de la salud. Ello se explica porque la carencia de recursos económicos no les permiten acceder a otras alternativas sanitarias. Normalmente, sobre todo en regiones, los pacientes del sistema público sólo tienen una alternativa hospitalaria.

En consecuencia, los pacientes, obligados por esta realidad a atenderse sólo en un centro asistencial, requieren las mejores relaciones con el mismo. Aquí cobra toda su importancia el papel transformativo de la mediación. Hemos tenido la satisfacción de presenciar que aun sin acuerdo, en algunos casos el establecimiento reclamado ha modificado procedimientos y dictado regulaciones para impedir la repetición de daños semejantes a los que originaron la mediación. También hemos presenciado cómo médicos, directores de especialidades o directores de hospitales han dado explicación de los hechos a los afectados, incluso en algunos casos se han dado disculpas en encuentros de mediación convocados especialmente para ello.

Inmediación e hipótesis del contacto

A diferencia de los juicios civiles, la inmediación es consustancial a la mediación. Esta característica es esencial, ya que el contacto puede modificar mutuas percepciones negativas interpersonas e intergrupos.

La psicología social ha demostrado sesgos en las percepciones debido a que las informaciones son moldeadas por:

- Prejuicios
- Estereotipos
- Esquemas
- Prototipos
- Expectativas³⁸

Consideremos tan sólo el prejuicio. Allport (1958, p. 169) resaltó que el prejuicio permite mantener una actitud muy cómoda. “Considerar que cada miembro de un grupo está dotado de las mismas características, nos ahorra las penurias de tratar con ellos como individuos”. En estas condiciones, es evidente que el prejuicio lleva a un análisis sesgado.

Cambio de percepciones negativas por el contacto

La historia ofrece numerosos ejemplos que demuestran cómo miembros de grupos confrontados radicalmente, percibidos mutuamente como enemigos por muchos años, han pasado a colaborar, descubriendo sus intereses comunes, lo que fue posible a través del contacto intergrupos.

³⁸ Un extenso análisis al respecto en Stephan 1985, pp. 599-658.

Entre numerosos ejemplos, podemos citar, en primer lugar, la política de integración racial en Estados Unidos, impulsada en los años 1960 principalmente por el Presidente John F. Kennedy y su hermano Robert Kennedy. Tras estudios que permitían sustentar la hipótesis que las conductas agresivas interraciales se fundamentaban en el desconocimiento mutuo de los grupos confrontados, explicable por la falta del más mínimo contacto en un contexto de segregación racial, se aprobaron leyes de integración racial, con el objeto de obligar a compartir y convivir a negros y blancos. Violentamente resistidas, sobre todo en el Estado de Alabama, las autoridades federales no dudaron en imponerlas por la fuerza, decretando estado de emergencia, enviando a la Guardia Nacional e incluso manteniendo detenidos a los cabecillas de la rebelión. Tras tres décadas de contacto interracial, inicialmente obligado, la experiencia demostró un radical mejoramiento de las percepciones interraciales y superación de conductas agresivas en Estados Unidos.

Otro ejemplo ocurre tras quiebres institucionales violentos, provocados por guerras civiles o golpes de Estado. En estos casos, la convivencia en cárceles, campos de concentración o en el exilio de dirigentes que se percibían mutuamente como enemigos irreconciliables, provocó acercamientos que llevaron a pactos políticos que restablecieron la democracia. Gracias a ese contacto, estos dirigentes pudieron comprender que compartían el mismo interés en la democracia, que tenían responsabilidad en su quiebre y que sus discrepancias versaban sobre aspectos que debían subordinarse al objetivo democrático. Ello les permitió construir pactos políticos, algunos de varias décadas de duración y otros que aún perduran, sobre cuya base se reconstruyó la democracia, la convivencia política y civil. Austria, Bélgica, Colombia, Chile, España y Venezuela nos brindan interesantes ejemplos al respecto. Esta reconstrucción democrática no habría sido posible si estos líderes políticos no hubieran pasado por un verdadero proceso de “aprendizaje político”³⁹ iniciado en el contacto mutuo.

Finalmente, la propia mediación en las más diversas áreas, principalmente comunitaria, familiar y laboral, nos da notables ejemplos de cambio de percepciones y actitudes negativas mutuas, descubrimiento de intereses comunes y, en muchos casos, acuerdos y colaboración, merced al contacto.

Aparte de razones axiológicas que impelen a cooperar a los seres humanos, motivos de interés o conveniencia también aconsejan la cooperación. Existe un ejemplo clásico, dramático y revelador, que demuestra cómo la cooperación entre dos personas permite obtener el mejor resultado para ambos. Se trata del dilema del prisionero, extraído de la teoría de juegos, que demuestra que sólo colaborando ambos jugadores obtienen el mejor resultado⁴⁰. El dilema consiste en lo siguiente:

“La policía arresta a dos sospechosos. No hay pruebas suficientes para condenarles, y tras haberles separado, visita a cada uno y les ofrece el mismo trato: ‘Si confiesas y tu cómplice continúa sin hablar, él será condenado a la pena total, 10 años, y tú serás liberado. Si él confiesa y tú callas, tú recibirás esa pena y será él el que salga libre. Si ambos permanecéis callados, todo lo que podremos hacer será encerrarlos 6 meses por un cargo menor. Si ambos confesáis, ambos seréis condenados a 6 años’”.

Los resultados de ambas conductas pueden apreciarse en la tabla siguiente:

TABLA 4
Conductas probables en el dilema del prisionero

³⁹ Las causas y contenido de este proceso de “aprendizaje político”, sobre la base de transiciones a la democracia en el siglo XX en Austria, Bélgica, Colombia, Chile, España y Venezuela, se analiza en Barría 1989.

⁴⁰ Una extensa y didáctica explicación sobre el dilema del prisionero se encuentra en Wikipedia, la enciclopedia libre, en http://es.wikipedia.org/wiki/Dilema_del_prisionero (consulta efectuada el 29.04.2006).

	Tú lo niegas	Tú confiesas
Él lo niega	Ambos sois condenados a 6 meses.	Él es condenado a 10 años; tú sales libre.
Él confiesa	Él sale libre; tú eres condenado a 10 años.	Ambos sois condenados a 6 años.

Suponiendo el egoísmo de ambos y que tu única meta es reducir la reclusión, tienes dos alternativas: cooperar con tu cómplice y no confesar o traicionarlo y confesar. Pero, el resultado de tu elección no depende de ti, sino de la conducta de tu cómplice. Desgraciadamente no conoces su elección y, aunque la conocieses, no sabes si puedes confiar en él.

Si esperas cooperación y silencio del cómplice, tu mejor opción sería confesar, ya que serías liberado inmediatamente, y tu cómplice debería asumir 10 años de pena. Si esperas no cooperación y confesión de tu cómplice, tu opción óptima sería confesar también, ya que no recibirás la pena de 10 años completa, sino sólo 6 años, igual que tu cómplice. Finalmente, si ambos cooperasen y mantuvieron el silencio, serían liberados en 6 meses.

“Si se razona desde la perspectiva del interés óptimo del grupo (de dos prisioneros), el resultado correcto sería que ambos cooperasen, ya que esto reduciría el tiempo total de condena del grupo a doce meses. Cualquier otra decisión sería peor para ambos prisioneros si se consideran conjuntamente. A pesar de ello, si siguen sus propios intereses egoístas, cada uno de los dos prisioneros recibirá una sentencia dura”⁴¹.

Aprendizaje y comunicación en mediación

La mediación es básicamente un ejercicio de aprendizaje y comunicación. Esta última permitiría la concreción de un acuerdo. Ahora bien, aunque no se concretara, las partes podrían haber aprendido a comunicarse, caso en el cual quedarían capacitadas para lidiar con futuras disputas negociando por sí mismas o interactuando con un futuro mediador.

Farré (2004, p. 90) señala que en diversas disputas existen **elementos conectores** entre las partes que serán la única base para reconstruir la relación o cimentar determinados acuerdos. En materia de daños en salud, pueden jugar este papel la necesidad del paciente de continuar recibiendo atención médica por el daño y la necesidad del establecimiento de salud de reparar la situación dañosa para su salud y cuidar su prestigio.

La construcción de una nueva relación para el futuro no puede ignorar el pasado, o sea, la historia del conflicto. Farré (2004, p. 91) previene que los eventos pasados son frecuentemente la causa del conflicto presente. Cualquier acuerdo que no los considere acertadamente podría generar soluciones inestables, volviendo a explotar un conflicto que se estimaba resuelto. “Todos queremos contar nuestra historia para que sea oída y reconocida, especialmente si nos sentimos victimizados o, de algún modo, desfavorecidos por la interpretación que de la misma haya podido prevalecer” (*ibidem*). La paciencia y empatía son grandes virtudes de los mediadores, quienes, en largos encuentros individuales, escuchan activamente las necesidades de las partes.

Muchos reclamantes realizan una vinculación intuitiva entre pasado –el daño se ubica en el pasado –presente– el reclamo y el procedimiento de mediación se ubican aquí –y futuro– “reclamo para que lo que a mí me ocurrió, nunca vuelva a ocurrir”.

En nuestra mediación, comúnmente el paciente y/o su familia sienten haber sido víctimas de un daño que no podía esperarse. Esta subjetividad emocional, vinculada con el pasado –el

⁴¹ *Ibidem*.

daño— es la que podría permitir actuar sobre el presente y el futuro. Para el futuro podría, por un lado, construirse una nueva relación terapéutica paciente-centro asistencial y, por el otro, conseguir que el centro reclamado adopte medidas de control de riesgos que eviten nuevamente un daño similar. En realidad, una cantidad apreciable de reclamantes manifiesta interés de evitar la repetición de los hechos similares.

Precisamente, el reconocimiento del pasado es lo que podría permitir la construcción de un **futuro alternativo**, de una **historia alternativa**. “Es cierto que no podemos cambiar lo que hicimos en el pasado, pero sí podemos reflexionar, desde la experiencia del presente, sobre lo que hemos aprendido de dicho pasado y sobre lo que querríamos que ocurriera en el futuro, tanto en relación a nuestros propios actos como respecto del comportamiento del otro u otros miembros de la relación conflictual” (Farré 2004, p. 92).

Todas las experiencias de aprendizaje incluyen una evaluación del **pasado**, realizada en el **presente** y que puede influir en el **futuro**, en cambios de percepciones o conductas. Este proceso se realiza numerosas veces en las más diversas áreas, en la política, en el trabajo, en la familia, etc.

En el espacio confidencial del encuentro de mediación es perfectamente posible que un médico legitime a su paciente, reconociendo que se equivocó, que no le advirtió sobre las consecuencias colaterales de un tratamiento, que le dé explicaciones, incluso que le ofrezca disculpas. También es posible que el centro asistencial, comprendiendo la pérdida de confianza del paciente, cambie al médico para continuar el tratamiento. Finalmente, también puede ser posible que el afectado en el futuro pase a ser un paciente asertivo y proactivo, que interroge exhaustivamente a su médico sobre tratamientos alternativos y efectos colaterales, pasando a ser un factor esencial en su curación. Este es el efecto transformador de la mediación, proceso individual y colectivo que no puede darse en el espacio litigioso. Claramente todos ganan con este resultado transformador.

La mediación es un proceso gradual y paciente, en el cual la construcción de acuerdos normalmente va cimentándose sobre acuerdos previos, a veces de procedimiento, elementos de gran importancia en el proceso de construcción de confianzas que implica la mediación. Farré (2004, p. 93) destaca la importancia de lo que denomina “**los factibles**” que son “puntos de encuentro o acuerdos que versan sobre aspectos tangenciales o externos al núcleo duro del conflicto y que pueden alcanzarse con relativa facilidad en comparación con la dificultad de acercamiento en las cuestiones o aspectos fundamentales” (subrayado original).

En los casos más extremos de conflictos, como enfrentamientos bélicos, pueden actuar como “**factibles**” las treguas, el intercambio de prisioneros, altos al fuego. Estos acuerdos actúan como “**factibles**”, simplemente porque ilustran la voluntad negociadora de las partes dentro de un esquema de buena voluntad (Farré 2004, p. 94). En nuestra mediación, hemos comprobado que operan como “**factibles**” ciertos acuerdos intermedios sobre la realización de exámenes en centros asistenciales distintos del reclamado, cuyos resultados han determinado posteriormente un acuerdo sobre el otorgamiento de una prestación reparadora en salud. Se trata de casos en que la disputa versaba respecto del tratamiento adecuado para una patología. En este escenario, exámenes, realizados en centros asistenciales de confianza del paciente reclamante y del centro asistencial reclamado, permiten arribar a un acuerdo sobre la base de un diagnóstico y sugerencia de tratamiento que pasa a ser irrefutable para ambas partes.

Construcción de confianzas y legitimación

El acuerdo en mediación es un edificio cuyo cimiento es la confianza. Diez y Tapia (2004, p. 99) plantean que la creación de un contexto de confianza requiere promover y facilitar la comunicación, para lo cual es esencial legitimar a las personas. “*Legitimar* significa crear las condiciones para que la gente pueda acceder a la participación. Para ello debe sentirse cómoda en sentido técnico: **localizada positivamente**” (*ibidem*, subrayado en el original).

La participación en un conflicto generalmente impide que cada parte considere las razones de la contraria para hacer o decir algo, percibiéndose como adversarios, sin que puedan llegar a acuerdos, salvo que las partes logren percibirse de otra forma, sentirse legitimados, gracias a la ayuda de un mediador que aplique la técnica de la legitimación (*ibidem*).

El mediador actúa proporcionando una visión distinta de la disputa que permita a las partes considerarla fuera de los estrechos marcos iniciales. Es esta salida del marco inicial la que puede iniciar una nueva visión que podría llevar a un acuerdo.

Aparte de la legitimación sustancial o de contenidos –consideración como razonable de las propuestas del otro–, al margen de los propios deseos, debe producirse también una legitimación relacional, en el sentido de la ubicación positiva de todas las partes de la mediación. Alguien que no esté sobre un sillón cómodo, sino en una especie de banquillo de acusado, bajo los calificativos de “infame”, “cruel”, “negligente”, “ignorante”, “mentiroso”, “tacaño”, “violento”, “usurero” y otras calificaciones negativas similares, no estará motivado para interactuar (*idem*, pp. 102-104). En consecuencia, el mediador no sólo debe trabajar en el cambio de la percepción del problema, sino también en el cambio de percepción de una parte sobre la contraria. Ambas partes deben sentirse “bien paradas” (*idem*, p. 104).

Antes de la legitimación de las partes, “los mediadores necesitaremos construir lugares positivos para ellas”, en un proceso de tres fases:

- 1) legitimar a cada persona ante nosotros mismos;
- 2) legitimar a cada persona frente a sí misma (“*empowerment*”); y
- 3) legitimación entre las partes o reconocimiento (*idem*, p. 108).

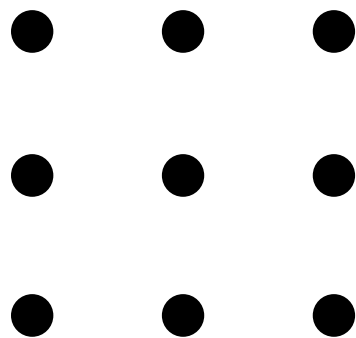
La salida del marco conflictual

Farré (2004, pp. 124-127) reseña la importancia de ciertos ejercicios realizados en talleres de resolución de conflictos que enseñan ilustrativamente la importancia de la superación del marco del conflicto para lograr una solución al mismo.

Plantaremos un ejercicio⁴², cuya solución se encontrará antes de la bibliografía, porque se espera que el lector intente resolverlo por sí mismo.

Trate de resolverlo por sí mismo. Si no ha podido hacerlo, podría usted avanzar a la sección “Solución al ejercicio”, antes de la Bibliografía.

FIGURA 4
El ejercicio de los nueve puntos



Objetivo: Conectar los nueve puntos mediante el trazo de 4 líneas rectas continuas.

Reglas: Se debe conseguir con un solo trazo. Una vez que empiece a trazar, no se puede levantar el bolígrafo o lápiz del papel, ni

⁴² En Farré (2004, pp. 124-125).

Técnicas de comunicación en mediación

Hemos dicho que la mediación surge y se resuelve en la comunicación. En efecto, la comunicación perturbada impide visualizar cuáles son los intereses y necesidades de las partes, lo cual perjudicará la resolución del conflicto mediante un acuerdo. Moore (1995, p. 206) señala cinco problemas que generan una “dinámica psicológica negativa en las negociaciones: 1) las emociones intensas; 2) las percepciones erróneas o los estereotipos esgrimidos por una o más de las partes en relación con las restantes o con las cuestiones en disputa; 3) los problemas relacionados con la legitimidad; 4) la falta de confianza, y 5) la mala comunicación”.

Con el objeto de mejorar la comunicación, se ha ideado una serie de técnicas: la escucha activa, la reformulación, la paráfrasis (llamada generalmente parafraseo), el resumen, la generalización y el fraccionamiento (*idem.* p. 308).

Farré (2004, p. 56), autor de un enfoque socioafectivo de la mediación⁴³, recomienda el uso de cinco técnicas básicas de comunicación: la pregunta o estrategia elitiva, la escucha activa, la paráfrasis positivadora, el resumen positivador y la reformulación positivadora.

La escucha activa y la paráfrasis

“Escuchar como mediador es un arte... Nosotros debemos practicar el escuchar y evaluar la capacidad de atención del otro... escuchando atentamente... apreciativamente y con comprensión” (Garat, 1997, p. 245)⁴⁴.

La escucha activa y la paráfrasis, denominada también parafraseo, pueden utilizarse en encuentros individuales con las partes o en reuniones conjuntas. Al mediador le permiten entender en realidad lo que la parte expresa digital y analógicamente (la emoción se expresa de modo normal por este canal).

El uso de estas técnicas indica a las partes que sus mensajes han sido comprendidos, incluyendo todos sus componentes. Esto redundará en la legitimación del procedimiento y la construcción de confianza en el mediador.

Farré (2004, p. 61) resalta que los caracteres chinos que expresan la acción de escuchar incluyen “oído”, “ojos”, “toda su atención” y “corazón”. Por ello, dentro de la escucha activa, incluye la observación de elementos analógicos, actitudes no verbales como distancia física, postura, asentimiento con la cabeza, gestos positivos y contacto físico ligero.

No siempre la comunicación digital coincide con la analógica. Esta discrepancia puede proporcionar valiosa información para el mediador, sobre todo, en la fase de la construcción del acuerdo. En efecto, un reclamante que acceda a todo lo que se le propone verbalmente, pero que con sus gestos y actitudes denota desagrado y distancia, nos alerta de inmediato sobre la estabilidad del acuerdo que se está diseñando.

La técnica de la escucha activa se combina con la paráfrasis o parafraseo. El mediador, dirigiéndose a la parte, le consulta si ha interpretado correctamente su mensaje. El parafraseo no debe excluir la emocionalidad del mensaje para que la parte sienta que en efecto ha sido comprendida. Por ejemplo, el mediador, dirigiéndose a una parte, puede decir:

⁴³ El enfoque socioafectivo es un método pedagógico de formación de mediadores que se practica en talleres, en los cuales el aprendizaje se realiza mediante la experimentación directa, a través de juegos de roles o dramatizaciones relativos a los problemas que experimentan las partes. Este método permite que los mediadores puedan vivir en carne propia la dinámica conflictiva de cada parte con toda su emocionalidad. Luego cada participante expone al grupo su experiencia y la reflexión conjunta permite trabajar en pos de cambios personales y del entorno respecto de la percepción previa del problema. Este enfoque se aparta del convencional de transmisión abstracta de contenidos (Farré 2004, p. 323).

⁴⁴ Citando a Sander L. y Singer, “Mediación en Teoría”, traducción de Sara Horowitz. Ficha interna de la cátedra, sin mayores referencias.

- “Permítame comprobar si he entendido bien lo que usted acaba de decir. Por favor, corríjame si me equivoco. ¿Usted se sintió maltratada y menospreciada cuando el médico que operó a su madre no salió a comunicarle personalmente que ella había fallecido, enviando a una auxiliar para hacerlo?”

La parte podrá corroborar o corregir la percepción del mediador. Pero el mediador podría avanzar un paso más y en el mismo ejemplo, incorporar al médico en la paráfrasis, si éste está presente en el encuentro de mediación.

- “Doctor, ¿se imaginó usted que su ausencia durante la comunicación de la noticia del fallecimiento de la paciente provocaría estos sentimientos en su hija? ¿Comprende usted sus sentimientos? ¿Cree usted que las cosas ahora serían distintas si usted hubiera actuado de otra forma? ¿Cómo?”

En esta parte, se trata de hacer que el médico se coloque por un instante en la situación de la paciente y vea qué habría sentido él en ese caso. También puede proporcionar importante información a la persona disconforme acerca de los motivos del médico para actuar de esa manera. Nos ubicamos así en el terreno de la legitimación de las partes.

Según Moore (1995, pp. 211-212), la escucha activa “cumple varias funciones al responder a los sentimientos de la gente”:

- 1) asegura que el hablante fue tenido en cuenta;
- 2) permite que el hablante y el oyente verifiquen que se ha percibido el efecto exacto del mensaje;
- 3) demuestra la aceptabilidad de la expresión de las emociones;
- 4) permite que el hablante explore y aclare sus propios sentimientos acerca de un tema, y la razón de su propia reacción;
- 5) es posible que también cumpla la función fisiológica de alentar el suavizamiento de la tensión a través de la expresión de los sentimientos”.

La escucha activa expresa el carácter horizontal de la mediación. Más que una simple técnica, refleja la concepción sobre el contenido de la relación del mediador con cada una de las partes.

El resumen

Llamado por Farré (2004, p. 56 y 65), resumen positivador, esta técnica vinculada con las anteriores, se utiliza luego de que cada parte termina de intervenir en el encuentro de mediación. Entonces el mediador hace un resumen de su historia, “utilizando las palabras claves y los valores, reposicionando positivamente a ambas partes y expresando lo más claramente el problema” (Suarez 2004, p. 221).

Dada la dinámica conflictual, generalmente veloz e incesante, el resumen, aprovechando pausas naturales o, si fuere necesario, interrupciones del mediador, busca impedir que la acumulación de información no meditada, pueda acrecentar las diferencias perceptivas de las partes (Farré, p. 65).

Al igual que en la escucha activa y el parafraseo, se pretende que cada parte se sienta comprendida y escuchada y que el mediador pueda comprobar que entendió bien la narrativa. Así surte un efecto pedagógico hacia las partes, ya que si toman conciencia que “nosotros, los mediadores –que, se supone, somos ‘expertos en comunicación’– no damos por supuesto que entendemos sino que lo cotejamos, ellos, las partes –que no son ‘expertos en comunicación’– pueden tener malentendidos” (Suarez 2004, p. 221).

Es esencial observar las “retroacciones de las partes” mientras el mediador hace el

resumen, ya que ellas “nos permitirán ir ubicando las ‘puertas’ por las cuales tendremos acceso a las historias de las partes en disputa” (*idem*, p. 222).

La pregunta

La pregunta es la “herramienta comunicativa esencial de todo profesional de la Resolución de Conflictos y de cualquier comunicador que desee estimular la participación de sus interlocutores, papel determinante en el caso de una tercera persona facilitadora, como el mediador” (Farré 2004, pp. 57-58).

Farré (2004, p. 58) agrega a esta herramienta el calificativo “elitiva”, que proviene del latín *elicere*, que denota evocar, expresar o exteriorizar aquello potencial o que se encuentra latente. Pregunta elitiva, entonces, es sinónimo de “pregunta abierta” o “pregunta inspiradora”.

“**La pregunta elitiva** es una pregunta abierta que da libertad de respuesta a sus receptores, inspirándoles a menudo a reflexionar sobre aspectos importantes de la situación conflictual, compartiendo la responsabilidad acerca de la relación o del conflicto con la persona cuestionada. La literatura anglosajona se refiere a ello como empowerment y en Iberoamérica se utiliza comúnmente el término *empoderamiento*” (Farré 2004, p. 58).

Suares (2004, p. 250) destaca la importancia de las preguntas para hacer avanzar a las partes desde sus posiciones. “Una forma de ayudarlas a ver el problema desde otro ángulo, es realizar ‘nuevas preguntas’ que las partes aún no se han hecho”.

Esta autora destaca el carácter interaccional de las preguntas. En efecto, una pregunta sin respuesta, pasa a ser una “mera declaración (afirmativa o negativa)” (*idem*, p. 251). Es decir, “*preguntar* (preguntar- responder) es una forma de relación” (*ibidem*).

Desde el punto de vista del mediador, las preguntas pueden ser informativas o recontextualizadoras. En las primeras se busca información sobre las posiciones, intereses y necesidades de cada parte. Las segundas pretenden “ayudar a las partes a modificar su relación. Para esto es necesario que las partes modifiquen las ideas o modelos que tienen sobre la disputa (o sobre cualquiera de los elementos de esta) y/o que modifiquen las historias que han construido” (Suares, p. 258).

Por el carácter horizontal de la relación en mediación, el mediador no impone “su” visión sobre la solución de la disputa. Con sus preguntas pretende “mover” a las partes de sus visiones sobre la disputa hacia otras u otros contextos que cambien sus historias previas y les permitan llegar a una nueva perspectiva de la disputa (*idem*, p. 259). “Cuando se produce un cambio de contexto, no puede no producirse un cambio de visión y, por lo tanto, se desestabiliza y a veces, directamente, hasta se modifica la historia previa. Las preguntas, si son apropiadamente inusuales, son técnicas adecuadas para producir esos cambios” (*ibidem*).

La reformulación

En el contexto de disputa de la mediación, la formulación que suele hacer cada parte es hacer recaer toda la culpa en el otro, por lo cual es esencial reformular el problema o la historia (Suares 2004, p. 278).

A través de las preguntas, el mediador puede lograr la reformulación, a la que Farré (2004, p. 56 y 65) agrega el calificativo de positivadora. Según Suares (2004, p. 277), esta técnica, que proviene de la terapia familiar sistémica y del cotidiano vivir, consiste en “dar otra formulación a algo ya dicho”.

La reformulación produce un efecto de re-encuadre o re-contextualización, que consiste en crear nuevos campos o contextos (Suares 2004, p. 279).

El re-encuadre permite tener una visión distinta de un problema. Esta es una forma de pensar, una actitud vital, que muchas personas pueden tener desde la más tierna infancia. Una experiencia personal, conocida directamente por el autor, puede ilustrarlo. Un padre conversa con su hijo de seis años:

– Mijito, estoy preocupado por ti. He observado que en la calle te juntas con unos

muchachos mayores que tú. No conocemos a sus padres, pero al parecer se trata de personas sin trabajo y no educadas. Me gustaría que dejaras de juntarte con ellos, pues no quiero que aprendas palabrotas y que te puedan enseñar malas costumbres.

Después de pensar unos instantes, el niño formuló al padre la pregunta de re-encuadre:

- Papá, ¿no has pensado que si me sigo juntando con ellos, podría pegarles las buenas costumbres?

IV. BALANCE Y PERSPECTIVAS

La mediación por daños en salud del Consejo de Defensa del Estado está próxima a cumplir un año de actividades. Por ello, resulta prematuro evaluar si se ha cumplido el objetivo de desjudicialización en esta materia. En años posteriores, será posible contar con la información respecto de cuántos reclamantes, que han participado en la mediación sin lograr acuerdo, han avanzado a la vía judicial. Argentina, próxima a cumplir diez años de mediación prejudicial obligatoria en materias civiles y comerciales, recientemente registró que el 63,8% de las disputas que pasaron por mediación no llegaron a juicio (Suarez 2005, p. 6)⁴⁵.

No obstante lo anterior, conviene realizar una evaluación de estos primeros diez meses de labores. Debemos hacerlo, teniendo en cuenta que el único producto de la mediación no es el acuerdo. La mediación provoca ciertos efectos intangibles –cuya exclusiva medición cuantitativa, muy difícil por lo demás– no daría cuenta de su riqueza. Me refiero al efecto transformador de la mediación sobre las partes, que se expresa en su exposición a un proceso de comunicación y aprendizaje. Este efecto es extraordinariamente importante en cualquier mediación, pero sobre todo en nuestra mediación en la cual están intensamente implicados aspectos emocionales de las personas. Consideraremos, en primer lugar, los aspectos cuantitativos para terminar hablando de los intangibles de la mediación, más difíciles de apreciar y medir.

Las cifras

Para medir los resultados de la mediación, deberemos ver qué ha ocurrido en las mediaciones terminadas. Como se puede apreciar en el gráfico 2, incluido en las páginas iniciales, de un total de 391 reclamos recibidos entre marzo y diciembre de 2005, fueron declarados admisibles y se tramitaron 297 reclamos. El gráfico 4 siguiente indica que de esos 297 reclamos tramitados, 174 terminaron, lo que representa un 59%. Este porcentaje permite afirmar que el principio de celeridad de la mediación se ha cumplido, de modo tal que las partes rápidamente llegan a acuerdo o, si ello no ocurre, el reclamante puede seguir la vía judicial, si lo decide.

Ahora bien, el gráfico 4 indica que se llegó a acuerdo en 39 de las 174 mediaciones terminadas, lo que representa un 22%, mientras en 5 reclamos (3%) se llegó a acuerdo poco después de concluir la mediación, pudiendo considerarse un porcentaje de 25% de acuerdos⁴⁶.

La evaluación de este 25% de acuerdos debe considerar diversas circunstancias. Primero, se trata de los primeros diez meses de la mediación, iniciada solamente seis meses después de publicada en el Diario Oficial la Ley 19.966, con una incipiente capacitación de los mediadores. Seguramente el porcentaje de acuerdos aumentará en la medida que se profundice la capacitación

⁴⁵ Es probable que en algunos casos esto se explique por el efecto transformador de la mediación sobre las partes, del que hemos hablado.

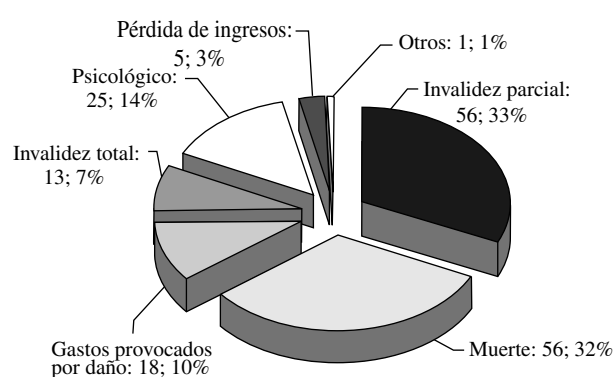
⁴⁶ Consideramos estos cinco acuerdos fuera de mediación como atribuibles a esta, porque el acuerdo no pudo lograrse en mediación por expiración del plazo, pero el trabajo desarrollado por el mediador contribuyó directamente al acuerdo logrado entre las mismas partes, una vez expirado el plazo de la mediación.

de los mediadores, tarea permanente del Consejo. Segundo, un período tan breve no es suficiente para poder cambiar la cultura del litigio e introducir los paradigmas de la mediación y la cultura de los acuerdos. Tercero, no se ha logrado en todos los casos la participación de los funcionarios de salud reclamados o de los directores de establecimiento o servicios de salud en todas las mediaciones. Normalmente, se ha debido mediar con abogados que representan a los servicios de salud, lo que agrega todas las dificultades propias de la representación, especialmente falta de capacidad de aceptación rápida de las opciones que surjan en mediación. Finalmente, a veces el problema presupuestario de los servicios de salud que deben asumir los pagos en mediación sin suplementos presupuestarios, ha sido una dificultad para llegar a acuerdo, sobre todo, en casos con daños irreversibles –muerte e invalidez total–, en los cuales la única reparación aplicable es la compensación económica. Ciertamente la experiencia ganada en estos diez meses servirá para iniciar el segundo año de nuestra mediación aplicando diversas medidas, aconsejadas por la práctica, para aumentar el porcentaje de acuerdos en años venideros.

Este 25% de acuerdos es positivo si se considera que la Comisión Nacional de Arbitraje Médico (CONAMED) de México, tras 6 años de funcionamiento se aproximó al 50% de acuerdos⁴⁷.

Si analizamos el tipo de daños en reclamos terminados con acuerdo o sin él, lo que aparece en las tres siguientes figuras, podremos extraer interesantes consecuencias.

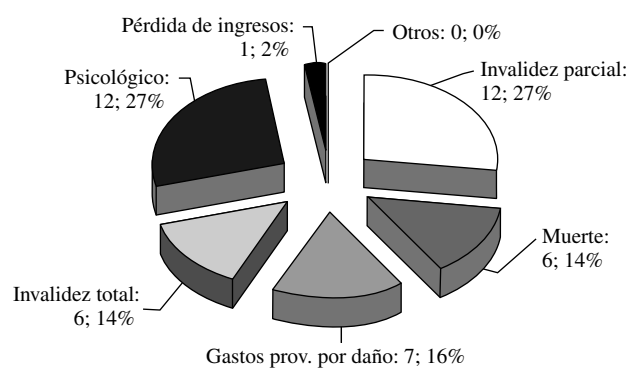
GRÁFICO 5
Daños en reclamos terminados



La clasificación de los daños la realizan los/as reclamantes.

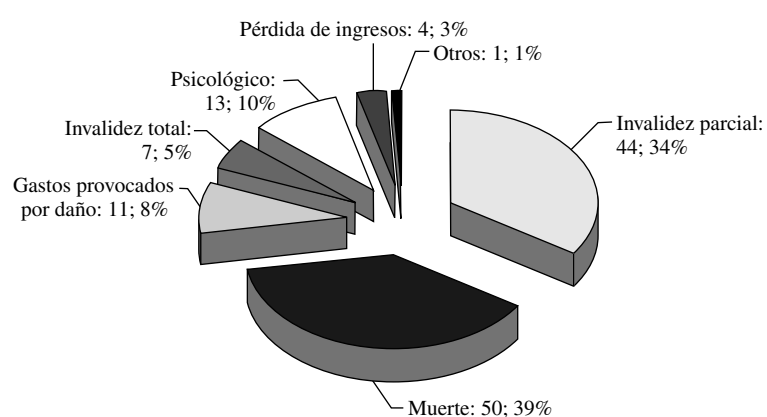
⁴⁷ Esta Comisión exhibe una fructífera experiencia de casi una década en el área de conciliación, mediación y arbitraje por daños en salud. Su competencia es mucho más amplia que la del Consejo, limitada a los daños en salud en prestadores públicos. La CONAMED fue creada en 1996 como órgano desconcentrado de la Secretaría de Salud, con la misión de contribuir a tutelar el derecho a la protección de la salud (incorporado en 1993 al artículo 4º de la Constitución). La CONAMED actúa en la resolución de conflictos relativos a prestación de servicios de salud, cuando estos incidan en la salud del paciente, con el fin de mejorar la calidad de esos servicios. La entidad tiene plena autonomía técnica para recibir quejas en contra de profesionales e instituciones prestadoras públicas y privadas, investigar presuntas irregularidades o negativa de prestación de servicios, participar en la celebración de convenios entre prestadores y pacientes o sus familiares vigilando su cumplimiento, emitir laudos cuando las partes soliciten arbitraje, intervenir de oficio en cualquier gestión de interés general en materia sanitaria, brindar asesoría e información a pacientes, familiares y prestadores, intervenir mediante la mediación y la conciliación en la resolución de conflictos y elaborar dictámenes y peritajes médicos a solicitud de determinadas autoridades. La entidad, que actúa bajo los principios de imparcialidad, especialización, celeridad, gratuidad y equidad, realiza conciliaciones inmediatas (dentro de 48 horas) o de otro tipo (28 días) y procedimientos arbitrales de una duración máxima de tres meses. Desde un comienzo cada asunto es atendido por un médico y un abogado. Ambos profesionales realizan la mediación y la conciliación, si correspondiere. Alrededor de la mitad de los conflictos son resueltos por vía de la conciliación; si ella no se logra, se propone el arbitraje a las partes. La Comisión emite opiniones técnicas en su carácter de Gestor en Calidad en materia de salud para contribuir a mejorar la calidad de la atención médica pública y privada. Estos pronunciamientos hacen notar deficiencias, carencias y fallas humanas detectadas, siendo aceptadas y aplicadas las recomendaciones como regla general. Finalmente, la CONAMED ha elaborado cerca de 2.000 dictámenes periciales a petición de las más diversas autoridades administrativas y judiciales, lo que demuestra el prestigio de que goza como entidad técnica. En el Distrito Federal, la CONAMED cuenta con una planta profesional aproximada de 100 personas, principalmente médicos y abogados y, en una menor medida, asistentes sociales, ingenieros y profesionales de otras áreas. Actualmente está presente en todos los Estados de la República Federal.

GRÁFICO 6
Daños en reclamos con acuerdo (44)



La clasificación de los daños la realizan los/as reclamantes.

GRÁFICO 7
Daños en reclamos sin acuerdo (130)



La clasificación de los daños la realizan los/as reclamantes.

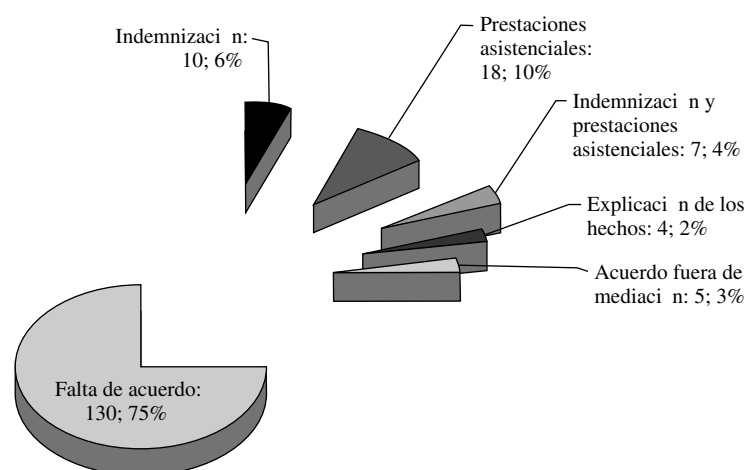
Debe destacarse que el 33% de casos de invalidez parcial (56) que aparece en los reclamos terminados del gráfico 5, disminuye a 27% (12) cuando se trata de reclamos con acuerdo del gráfico 6. Más llamativo resulta que el 32% de casos de muerte (56) que aparece en los reclamos terminados, disminuya prácticamente a menos de la mitad, 14% de los casos que logran acuerdo (gráfico 6). La muerte del paciente es el daño en el cual se logran menos acuerdos. Es muy probable que la variable presupuesto de los servicios de salud esté influyendo en este fenómeno.

En materia de daño psicológico e invalidez total se produce un resultado inverso al de la muerte. Ambos daños pasan de un 14% y 7% respectivamente en reclamos terminados (gráfico 5) a 27% y 14% respectivamente en mediaciones con acuerdos (gráfico 6), lo que representa un aumento de 100%. Se trata de los daños en que se producen los mejores resultados en términos de acuerdos. Al momento de la conclusión de este artículo, no disponíamos de antecedentes que

permitieran interpretar con certeza este resultado, interpretación que requiere un estudio particularizado y comparativo de los casos.

Los tipos de acuerdos logrados, se aprecian en el gráfico 8.

GRÁFICO 8
Tipo de acuerdos logrados (44)



Por su parte el gráfico 1 insertado al inicio de este artículo demuestra que de los 130 reclamos que terminaron sin acuerdo solamente 112 (65%) se explican por desacuerdo entre las partes y no por otras causas como incomparecencia, desistimiento, etc. Ello brinda un amplio espacio para aumentar la efectividad del sistema, sobre la base principalmente de profundizar la capacitación de los mediadores.

Como se advierte en este gráfico, por regla general los reclamados participan de la mediación. En efecto, en un 5% de los casos no comparecieron ambas partes. Si sumamos el 2% de incomparecencia de los Servicios de Salud reclamados, la falta de acuerdo puede atribuirse a incomparecencia de estos solamente en el 7% de los reclamos, de manera que esta no parece ser una variable significativa para explicar el 75% de falta de acuerdos.

Los intangibles: realidades y promesas de la mediación

Hemos sostenido que la mediación produce ciertos efectos, de carácter intangible, a veces difíciles de medir cuantitativamente. Ellos expresan el fenómeno transformador de la mediación que dos de los tres modelos clásicos persiguen como uno de sus objetivos.

La mediación puede producir cambios a nivel de la percepción, creencias, valores, actitudes y conductas de una o ambas partes y, como consecuencia, cambios en la relación entre ellas. Hemos comprobado la importancia para algunos reclamantes de recibir una disculpa o explicación de funcionarios médicos o directores de servicios hospitalarios. En realidad, el ser oído es una de las motivaciones importantes para acudir a nuestra mediación. También lo ha sido evitar que situaciones que afectaron al reclamante vuelvan a ocurrirles a otras personas.

También es probable que la mediación provoque transformaciones en el Consejo de Defensa del Estado, que podrían advertirse transcurrido un mayor tiempo. La mediación ha implicado para el Consejo atender público e incorporarse a las políticas públicas de atención de usuarios, creando en cada Procuraduría Fiscal una Oficina de Información, Reclamos y Sugerencias, capacitando para ello al personal administrativo que los atiende, privilegiando respuestas rápidas y eficientes, que incluyen la derivación al servicio adecuado, cuando la consulta no es de nuestra competencia.

Por su parte, la mediación incorpora al CDE a un fenómeno de creciente auge nacional, pero sobre todo internacional, el desarrollo de los métodos no confrontacionales de resolución de conflictos, principalmente la mediación, insertos dentro de la denominada cultura de la paz.

Los cambios que la mediación puede producir en la percepción, creencias, valores, actitudes y conductas de las personas y en sus relaciones, ciertamente pueden contribuir a la paz, ya que si “las guerras nacen en la mente de los hombres, es en la mente de los hombres donde deben erigirse los valores de la paz”⁴⁸.

Pero, en una realidad que privilegia el litigio frente al acuerdo, implica un desafío inmenso expandir una cultura de la paz y los acuerdos. La tarea no es imposible y tiene indudables beneficios sociales, como lo demuestra la década de mediación prejudicial obligatoria en Argentina, con claros efectos desjudicializadores.

Existe una relación de influencia mutua entre la aplicación de la mediación y el nacimiento de una nueva cultura. Las abogadas argentinas, doctoras Gladys Stella Álvarez y Elena Highton de Nolasco, han recalcado la importancia del cambio cultural: “La transformación no es fácil. Para que ocurra, deben estar involucrados todos los sectores de la sociedad, empezando por las escuelas; es necesario implementar en ellas programas de mediación. Los propios alumnos deben ser mediadores de los conflictos que surgen entre sus compañeros. Desde 1962, en EE.UU se realizan programas de este tipo en las escuelas primarias, medias y terciarias, estatales o privadas, con resultados sorprendentes. Sabemos que esto se puede realizar en Argentina. Más aún, la sociedad lo requiere” (Álvarez y Highton).

La desjudicialización de los conflictos por daños en salud debería producir beneficios especiales para el país. En primer lugar, la solución no confrontacional de las controversias entre profesionales y establecimientos de salud y pacientes impediría el deterioro de la relación médico-paciente. Esta relación, basada en la confianza, es crucial para el ejercicio de la medicina. Es muy difícil impedir que los médicos y otros profesionales de la salud dejen de reaccionar en forma corporativa frente a los litigios que involucren a sus colegas. Si este fenómeno se acrecentara, no sólo podría llegar a afectarse la confianza de los pacientes en los médicos, sino que la de estos en los pacientes. En una realidad así el ejercicio de la medicina resultaría imposible. Es difícil pensar en otra profesión que, para su ejercicio, requiera tanto de la confianza como la medicina.

La mediación por daños en salud puede realizar una contribución indirecta al fortalecimiento de la confianza en las relaciones médicas. Esto puede producirse, porque la mediación, a diferencia de los litigios, explora las necesidades de las partes. No sólo podría modificarse la actitud de médicos, sino también de pacientes. En efecto, médicos atentos a las necesidades de sus pacientes podrán apreciar cuán importante es la colaboración de pacientes informados para su recuperación. Muchos médicos saben que la actitud positiva del paciente frente a su enfermedad es un importante aliado inmunológico. Si bien es cierto que la medicina tiene límites, la voluntad de lucha de un paciente frente a su enfermedad es una variable muchas veces crucial. La actitud del médico hacia el paciente puede contribuir a fomentar estas actitudes y conductas sanadoras.

Por otro lado, y aparte de sus eventuales positivos efectos como aporte a la desjudicialización, nuestra mediación brinda la posibilidad de estudiar los daños en salud en establecimientos públicos, sus causas y sus tipos, lo que puede entregar valiosísima información para la gestión de riesgos clínicos y para el rediseño o diseño de políticas públicas por parte de la autoridad sanitaria.

La mediación ejerce un efecto transformador sobre las personas y sus relaciones, cuando las partes aprenden a considerarse y comunicarse. La mediación puede enseñar el valor de los límites que nos impone la existencia de “los otros”. Participando en la mediación de una disputa, podemos aprender que sólo veremos satisfechas nuestras necesidades si respondemos a las de “los otros” y, por tanto, proponemos “algo que se pueda hacer conjuntamente para

⁴⁸ Resolución A/RES/53/243 de Naciones Unidas, Declaración y Programa de Acción sobre una Cultura de la Paz, citado por Danielsen (2005, p. 6).

satisfacerlas” (Forester 1996, p. 281). En mediación, “este ‘nosotros’ puede ayudar a cada uno a conseguir lo que cada uno quiere y necesita. El ‘yo’ no se pierde, pero reconocemos a los otros, reconocemos la diferencia” (*idem*).

Para Susskind, la mediación de disputas públicas es el único mecanismo que permite el equilibrio de los derechos y responsabilidades de los ciudadanos. Ello porque “no hay acuerdo a menos que uno escuche y responda a las preocupaciones de los otros”, es decir, “a menos que todos aceptemos la responsabilidad de acomodar las necesidades e intereses de todos nosotros”. A su juicio, no hay otro mecanismo que logre este equilibrio, el cual no se logra en los tribunales (Forester, p. 280).

Los buenos resultados conseguidos por los métodos de resolución no adversariales de disputas en Estados Unidos ha llevado a extender la mediación y la negociación a un amplio campo “desde las negociaciones colectivas entre los trabajadores y los directivos hasta la negociación de las normas federales de medio ambiente y seguridad” (Ury, Brett y Goldberg 1995, p. 56). Existen procedimientos de “negociación obligatoria respecto de las instalaciones de tratamiento de residuos peligrosos”, tema que en muchos Estados provoca largos juicios, confrontaciones legislativas y de poder, obstrucciones de caminos por residentes afectados, amenazas de dinamitar las instalaciones, secuestro de funcionarios públicos “para liberar su ira contra los procesos de toma de decisiones para establecer políticas al respecto sin tomar en cuenta sus preocupaciones” (*idem*, p. 58).

El Estado de Massachusetts instituyó “la negociación obligatoria entre el futuro urbanizador y los representantes de la comunidad. El objetivo de la negociación es minimizar los efectos negativos de la instalación y compensar a la comunidad por el restante daño o el riesgo. Para el caso que las negociaciones basadas en los intereses no logren un acuerdo, el Estado puede ordenar el arbitraje”⁴⁹.

Con el fin de evitar juicios promovidos por partes insatisfechas con la dictación de ciertas normas federales, se estableció la negociación regulatoria (“*neg-reg*”), en virtud de la cual la agencia federal y las partes afectadas participan en negociaciones tendientes a lograr un consenso⁵⁰.

“Juntas las partes exploran sus intereses comunes además de sus diferencias de opinión, colaboran en recoger y analizar la información técnica, generan opciones y negocian e intercambian estas opciones en función de sus diferentes prioridades. Si se llega a un consenso se publica un edicto de la agencia en el Federal Register como proyecto de norma, y luego se pone en práctica el proceso convencional de revisión y comentario. Como la mayoría de las partes que probablemente puedan ofrecer su opinión previamente acordaron la publicación del edicto con la propuesta de norma, se simplifica el período de revisión. Las perspectivas de litigios subsiguientes deberían eliminarse casi por completo”⁵¹.

Numerosas experiencias de gestión alternativa de conflictos sociales han surgido en las últimas tres décadas, “resultando en una gestión más democrática y perdurable del conflicto. Ello se debe a la utilización de mecanismos más participativos de toma de decisiones y tratamiento, como la mediación, que se han consolidado como alternativas a los métodos tradicionales, basados en la autoridad y la rigidez jerárquica” (Farré 2004, p. 53).

“La diplomacia ciudadana, la participación de los ciudadanos en los asuntos de la polis, en los de sus lugares de trabajo o en los de sus comunidades de ocio, comporta, por lo tanto, una horizontalización, una democratización del tratamiento convencional del

⁴⁹ Ury, Brett y Goldberg 1995, p. 57, citando a Bacow, L. y Mulkey, J. (1982, pp. 265-305).

⁵⁰ Ury, Brett y Goldberg 1995, p. 57, citando a Susskind, L. y McMahon (1985, pp. 133-65).

⁵¹ Susskind, L. y McMahon, G. (1985, 3, p. 137), citados por Ury, Brett y Goldberg 1995, p. 58.

conflicto social. Ya no son el juez, el policía, el director, el diplomático, el profesor, el jefe de personal o el dirigente político los únicos capacitados para tratar el conflicto, sino que son las mismas partes implicadas (los individuos, grupos determinados o la sociedad civil en general) quienes participan activamente y se convierten en los protagonistas de la transformación positiva de su propio conflicto” (Farré 2004, pp. 53-4, énfasis en el original).

La mediación ha llegado al área de la comunicación social entre grupos con posiciones antagónicas. Así, en el Proyecto de Conversaciones Públicas de Watertown (Massachusetts), mediadores familiares condujeron “foros de diálogo ciudadano” para tratar asunto de alto contenido emocional, vinculados a raza, aborto y uso de las armas. Otro ejemplo es la Oficina para la No-Discriminación (OND) del Ayuntamiento de Barcelona que promueve “diálogos sociales” en los cuales personas o grupos dialogan sobre temas que los dividen profundamente (Farré 2004, p. 76). El objetivo es la humanización del oponente y el fomento del lenguaje de los intereses y necesidades por encima del de las posiciones.

Aparentemente no existiría ningún obstáculo para replicar este tipo de experiencias en Chile. Para nosotros, la mediación podría representar un gran aporte a la desjudicialización de los conflictos, abriendo las puertas a un sistema de justicia ágil, expedito y atento a los intereses, necesidades y emocionalidad de las personas, lo cual podría contribuir a modificar positivamente las percepciones respecto de la justicia.

Prácticamente no existe conflicto alguno que no pueda someterse a mediación. No sólo disputas formalizadas como litigio, sino incluso conflictos latentes para evitar su explosión. Las partes que pasen por mediación ciertamente quedarán con la sensación –crucial para una democracia– de haber sido oídas, consideradas, de haber participado, de estar “empoderadas”.

Por ello, nuestra pendiente futura reforma procesal civil debería considerar erigir la mediación como su columna vertebral. Daríamos así un trascendental paso para insertarnos dentro de la corriente mundial de construcción de la cultura de la paz.

Solución al ejercicio de los nueve puntos⁵²

La solución al ejercicio sólo puede lograrse si se sale del marco del cuadrado que uno tiende a visualizar, cuando uno imaginariamente los puntos exteriores de la figura. Si nos olvidamos de ese cuadrado y salimos de sus límites imaginarios, podemos trazar las líneas más allá, ocupando todo el espacio fuera de los puntos (obsérvense las salidas en los puntos 2 y 3). Así, cumpliendo las reglas del juego, se logra unir todos los puntos con un solo trazo. Como destaca Farré, se trata de “pensar fuera de la caja” (to think outside the box), de superar los esquemas del conflicto que nos tienen atrapados. Es una pedagógica analogía de nuestros pensamientos y sentimientos cuando estamos inmersos en un conflicto sin vislumbrar una salida.

BIBLIOGRAFÍA

- ADAMS, DAVID, “Early History of the Culture of Peace. A personal Memoire”, p. 34, en <http://www.culture-of-peace.info/history/introduction.html>, visitado el 17.05.2006.
- ALLPORT G.W. (1958), *The Nature of Prejudice*, Garden City, New York, Doubleday, Anchor Books, 1958.
- ÁLVAREZ, GLADYS S. Y HIGHTON DE NOLASCO, ELENA, integrantes del Consejo Honorario de la Fundación Libra de la República Argentina, entrevista aparecida en la revista de dicha fundación y publicada en su página web <http://www.fundacionlibra.org.ar/revista/art2-1.htm>
- BACOW, L. Y MULKEY, J. (1982), “Overcoming Local Opposition to Hazardous Waste Facilities: The Massachusetts

⁵² En Farré (2004, p. 127).

- Approach”, en *Harvard Environmental Law Review*, 1982, 6, pp. 265-305.
- BARRÍA, PEDRO (1989), “Aprendizaje Político: la Experiencia de Venezuela en Perspectiva Comparada”, *Revista de Ciencia Política* del Instituto de Ciencia Política de la Pontificia Universidad Católica de Chile, volumen XI, N° 1, 1989, pp. 30-57.
- BARRÍA, PEDRO (2005), “Ley 19.966: Mediación por daños en salud”, en *Vida Médica*, publicación oficial del Colegio Médico de Chile A.G., Vol. 57, N° 1, 2005, pp. 50-53.
- BATESON, GREGORY (1976a), “Doble Vínculo”, en *Pasos hacia una ecología de la mente*, Buenos Aires, Lohlé, 1976a.
- BATESON, GREGORY (1976b), “Redundancia y codificación”, en *Pasos hacia una ecología de la mente*, Buenos Aires, Lohlé, 1976b.
- BATESON, GREGORY (1976c), “Contacto cultural y esquismogénesis”, en *Pasos hacia una ecología de la mente*, Buenos Aires, Lohlé, 1976c.
- BOULDING, ELISE (2000), *Cultures of Peace. The Hidden Side of History*, New York, Syracuse University Press, 2000.
- BURTON, J. Y DUKES, F. (1990), *Conflict: Practices in Management, Settlement and Resolution*, New York, St. Martin’s Press, 1990.
- BURTON, JOHN (1990), *Conflict Resolution and Provention*, London, McMillan Press Ltd., 1990.
- COOGLER, O.J. (1978), *Structured Mediation in Divorce Settlement*, Lexington, Massachusetts, Lexington Books, 1978.
- DANIELSEN, GERT, “El Aporte de la Cultura de Paz. Un Desarrollo Histórico de un Concepto Normativo”, Universidad del Salvador, Buenos Aires, mayo de 2005, en <http://www.gertdanielsen.org/DesHist.pdf>, p. 9, visita efectuada el 17.05.2006.
- DIEZ, FRANCISCO Y TAPIA, GACHI (2004), *Herramientas para trabajar en mediación*, Buenos Aires, Paidós, 2004.
- ESPINOSA, PAMELA Y FERNÁNDEZ, MARCELA (2004 y 2005), Material de clases utilizado en Diplomado de Mediación, Escuela de Derecho, Universidad de Valparaíso, años 2004 y 2005 (inédito).
- FISHER, R., URY, W. Y PATTON B. (1994), *¡Sí, de acuerdo! Cómo negociar sin ceder*, Buenos Aires, Norma, 1994.
- FISHER, RONALD (2000), *Curso de Organización Industrial*, otoño 2000, en <http://www.dii.uchile.cl>, formato de archivo PDF/Adobe Acrobat (consulta realizada el 11.04.2006).
- FOLGER, JOSEPH P. Y BARUCH BUSH, ROBERT A. (2000), “La Mediación transformadora y la intervención de terceros: los sellos distintivos de un profesional transformador”, en Dora Fried Schnitman (comp.): *Nuevos paradigmas en la resolución de conflictos*, Buenos Aires, Granica, 2000.
- FORESTER, JOHN (1996), “Lawrence Susskind: la mediación activista y las disputas públicas”, en Kolb, Deborah M. y Asociados, *Cuando hablar da resultado. Perfiles de mediadores*, Buenos Aires, Paidós, 1996.
- FRANCO, OSCAR, “Consideraciones y Análisis de la Normativa Vigente en Latinoamérica sobre los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos”, en <http://adrr.com/camara/analysis.htm>
- GARAT SUSANA (1997), “El Encuentro de Mediación”, en *Mediación. Una respuesta interdisciplinaria*, Buenos Aires, Editorial Universitaria, 1997.
- HAYNES, J. (1981), *Divorce Mediation: A Practical Guide for Therapists and Counselors*, New York, Springer, 1981.
- KOLB, DEBORAH M. Y KRESSEL, KENETH (1996), “Las realidades del hacer que conversar dé resultado”, en Kolb, Deborah M. y Asociados, *Cuando hablar da resultado. Perfiles de mediadores*, Buenos Aires, Paidós, 1996.
- KOLB, DEBORAH Y RUBIN, JEFFEY Z., EN MNOOKIN R. (1997), *Mediación. Una respuesta interdisciplinaria*, Buenos Aires, Editorial Universitaria, 1997.
- LÓPEZ FAURA, NORMA V. (1997), “El poder de la mediación”, en Mnookin, R. y otros, *Mediación. Una respuesta interdisciplinaria*, Buenos Aires, Editorial Universitaria, 1997.
- MATURANA, HUMBERTO (1991), *Emociones y lenguaje en educación y política*, Santiago, Chile, Hachette, 1991.
- MOORE, CHRISTOPHER W. (1995), *El proceso de mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos*, Buenos Aires, Ediciones Granica S.A., 1995.
- OZ, AMOS (2006), “La agresión, madre de las guerras”, extracto de la conferencia dictada por el escritor israelita con motivo de la concesión del “Premio Goethe” en Frankfurt, *El Mercurio*, edición de domingo 23 de abril de 2006, p. E19.
- PARRA, VIOLETA (1966), “De cuerpo entero”, composición con ritmo de cueca, incluida en *Las últimas composiciones de Violeta Parra*, LP RCA VICTOR CML-2456, 1966.
- PEARCE, BARNETT (1994), *Interpersonal Communication, Making Social Worlds*, New York, Harper Collins College Publishers, 1994.
- SAPOSNEK, D.T. (1983), *Mediating Child Custody Disputes: A Systematic Guide for Family Therapists, Court Counselors, Attorneys and Judges*, San Francisco, California, Jossey Bass, 1983.
- STEPHAN WALTER G. (1985), “Intergroup Relations”, en Gardner Lindsey y Elliot Aronson eds., *Handbook of Social Psychology*, Vol. II, tercera edición, New York, Random House, 1985, pp. 599-658.
- SUARES, MARINÉS (2006), “El marco teórico de la mediación con un especial énfasis en Latinoamérica”, en Onfray Vivanco, Arturo (editor). “Seminario de Actualización”, Cuadernos de Análisis Jurídico N° 43, Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, Santiago, 2006.
- SUARES, MARINÉS (2004), *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Paidós, 4ª reimpresión, 2004.
- SUSSKIND, L. (1981), “Environmental Mediation and the Accountability Problem”, en *Vermont Law Review*, 1981, 6

(1).

- SUSSKIND, L. Y MCMAHON G. (1985), "The Theory and Practice of Negotiated Rulemaking", en *Yale Journal on Regulation*, 1985, 3, pp. 133-65.
- URY, WILLIAM L., BRETT, JEANNE M. Y GOLDBERG, STEPHEN B. (1995), *Cómo resolver las disputas*, Santa Fe, Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores, 1995
- WATZLAWICK, PAUL Y OTROS (1993), *Pragmatics of Human Communication*, Norton & Company, 1967, traducido al español como *Teoría de la comunicación humana*, Barcelona, Herder, 9ª edición, 1993.
- WATZLAWICK, PAUL (1980), *El lenguaje del cambio*, Barcelona, Herder, 1980.

Corte de Apelaciones de Santiago
Pesquera San José con Estado de Chile
Nulidad de Derecho Público

7 de julio de 2005

RECURSO PLANTEADO: *Apelación.*

DOCTRINA: *Cuando el legislador del artículo 8 de la Ley N° 19.713 prescribió la exoneración de que trata, no hizo sino eximir del impuesto a la actividad pesquera, correspondiente al año 2002, a las naves que, en adelante, no fuesen registradas en los términos y forma que tal normativa establece, de modo que, al no practicar actividad propiamente pesquera, quedarían liberadas, lo que no quiere decir que la explotación que habían llevado a cabo hasta el 25 de enero de 2001 quedara retroactivamente saneada, es decir, con su impuesto condonado.*

En otro orden de ideas, y a modo de complementación de lo dicho, no es posible desentenderse de lo que dispone el artículo 124 del Código Tributario, tocante a que la restitución de un tributo excesivamente satisfecho se somete al procedimiento general de reclamaciones de esa clase que regula el Título II del Libro III de ese estatuto, siendo indiscutible que la patente en torno a la que gira la contienda es una modalidad de pago de impuesto. En este sentido, utilizar el procedimiento civil ordinario como sustituto del general de reclamaciones tributarias, importa desconocimiento del mandato del artículo 19 N° 3 inciso quinto de la Constitución Política de la República.

OBSERVACIONES: *En el mismo sentido, puede verse el fallo dictado con igual fecha por la Corte de Apelaciones de Santiago, en la causa Rol N° 7997-2001, caratulada “Pesquera Bio-Bío con Estado de Chile”. En contra de ambas sentencias las demandantes interpusieron recursos de casación en el fondo, los que fueron rechazados por la Corte Suprema mediante sendos fallos dictados el 25 de abril del año 2006. (causas roles 5147-05 y 5388-05)*

Santiago, siete de julio de dos mil cinco.

Vistos:

I. EN CUANTO A LA APELACIÓN DE LA SENTENCIA DEFINITIVA

Se reproduce la sentencia de treinta de septiembre de dos mil tres, escrita a fojas 381, con las siguientes modificaciones:

- a) se suprimen sus considerandos quinto, sexto, séptimo, undécimo, décimo quinto y décimo séptimo,
- b) se elimina la parte final de su razonamiento duodécimo, desde donde dice por lo que su exoneración, incluyendo la coma (,) que antecede, y
- c) se reemplaza el epílogo del motivo décimo cuarto, desde donde se lee y cobrado el cinco de enero, por, así como su pago adelantado hecho en diciembre de dos mil, lo fueron de acuerdo a la legislación vigente en el momento.

Y se tiene, además, presente:

1°.- Que una ordenación lógica del análisis de las diversas temáticas contenidas en la contienda aconseja hacerse cargo, primeramente, de la procedencia de la acción principal, a la que la demandante identifica como acción de mera certeza;

2º.- Que no es desconocido, ni siquiera cuestionado en autos, que el artículo 43 de la Ley General de Pesca y Acuicultura –Nº 18.892, Decreto Supremo Nº 430 del Ministerio de Economía Fomento y Reconstrucción de 1991– establece un tributo a la actividad de pesca extractiva, conforme al cual el hecho grabado es, justamente, la explotación de naves que desembarcan recursos hidrobiológicos;

3º.- Que tampoco lo es que dicha carga se hace efectiva anualmente, los días 31 de enero y 31 de julio, de manera que en el curso de un año debe satisfacerse el impuesto generado por la actividad extractiva en él mismo causada. Así, la producción obtenida durante el año 2000 originó el impuesto que debió pagarse el 31 de enero y el 31 de julio de ese año, del mismo modo que las operaciones extractivas por desembarcos habidos entre el 01 y el 25 de enero de 2001 engendraron un tributo que debió solucionarse en idénticas datas del año 2001;

4º.- Que siendo así, ninguna duda cabe a estos sentenciadores que cuando el legislador del artículo 8 de la Ley 19.713 prescribió la exoneración de que trata –palabra en torno a cuyo sentido la actora no deja de ser creativa– no hizo sino eximir del impuesto en comento, correspondiente al año 2002, a las naves que, en adelante, no fuesen registradas en los términos y forma que tal normativa establece, de modo que, al no practicar actividad propiamente pesquera, quedarían liberadas, lo que no quiere decir que la explotación que habían llevado a cabo hasta el 25 de enero de 2001 quedara retroactivamente saneada, es decir, con su impuesto condonado;

5º.- Que de lo anterior se sigue que lo que la actora pagó en diciembre del año 2000 ha correspondido, conforme a derecho, a lo que ella produjera en el curso del año siguiente, con estricta sujeción al sistema de cálculos que regía a la fecha;

6º.- Que, entonces, el efecto del hecho de no haberse registrado los navíos a que se refiere la demanda, por aplicación del régimen instaurado por la Ley 19.713, no fue otro que el de eximir del tributo en referencia, durante el año 2002;

7º.- Que consecuencia de lo razonado es el rechazo de la interpretación que Pesquera San José S.A. realiza del artículo 8 de la Ley 19.713, lo que adquiere enorme importancia para la resolución de las restantes acciones comprendidas en el libelo de demanda, como pasa a explicarse;

8º.- Que, en efecto, de la lectura de las actuaciones de las partes, especialmente de los escritos que componen el período de discusión, se infiere que, vistas todas las acciones interpuestas, en su conjunto, convergen todas ellas hacia una sola finalidad, la de obtener la restitución de lo que Pesquera San José S.A. entiende ha sido nulamente pagado o, simplemente, mal pagado. Un botón de muestra de este aserto se halla en el capítulo 2 de la presentación de fojas 138, donde la actora, haciéndose cargo de las excepciones dilatorias que le opuso su contradictor, afirma que el hecho de haberse demandado subsidiariamente la nulidad absoluta del pago, el pago de lo no debido y el enriquecimiento sin causa, responde a una sola razón: que ellas buscan el mismo fin restitutorio (fojas 139). Claro está, entonces, que el esfuerzo litigioso de la demandante se centra en ésa, su pretensión. Ocurre, sin embargo, que no está en situación de obtener, sin más, el reintegro de lo que aprecia mal erogado, porque está consciente de la existencia del artículo 43 de la Ley General de Pesca, que al menos prima facie parece obstar a ese propósito. Ante tal dificultad la empresa pesquera decide recrearse las condiciones para accionar de restitución, valiéndose para tal efecto de un hipotético dilema, que hace consistir en una supuesta duda o incerteza en relación con el significado del citado artículo 8 de la Ley 19.713;

9º.- Que el ejercicio de una acción jurisdiccional podrá ser, en último término, siempre condicionado a la previa declaración de no estar vigente o no resultar vinculatorio determinado sentido inhibitorio de la ley que, de acuerdo con los estándares, resulta aplicable. Los ejemplos

sobran. En efecto, mediante el subterfugio de una suerte de *bypass* constituido por la acción denominada de mera certeza, no se busca otra cosa que una sentencia de condena, que no una declarativa, a saber, la de restituir lo nulamente cobrado y pagado: ocurre que todas las demás acciones sí solicitan al Tribunal de US. que ciertas cantidades de dinero. Pero la acción de la letra a) no pide ninguna condena, lo cual demuestra que es una acción de mera certeza (fojas 209 de la réplica);

10º.- Que por lo argumentado en los dos capítulos que inmediatamente preceden, se concluye que no existe la acción que se viene denominando por la demandante como de mera certeza, sino, lisa y llanamente, la invocación, como fundamento jurídico de la acción restitutoria, de una determinada lectura, inteligencia o sentido del consabido artículo 8 de la Ley 19.713;

11º.- Que como consecuencia de ello, si bajo diversas modalidades la única pretensión de la Pesquera no es sino la de obtener la devolución de los derechos de pesca que solucionó, ella abortó al mismo tiempo en que se la dubitó, al habérsela supeditado a una hermenéutica que, en la lógica de las acciones de naturaleza declarativa, la supone necesariamente alternativa o, en otros términos, incierta. Si en verdad se requería del juicio de mera certeza en torno a la primera de las acciones que se intentó, entonces no fue posible ventilar las que de ésta dependían, pues mientras tal certeza no se diera, no pudieron engendrarse las pretensiones sucedáneas;

12º.- Que, consiguientemente, el fracaso de la inteligencia del artículo 8 de la Ley 19.713 que la actora asumió como condición de procedencia de su única pretensión restitutoria, ha acarreado el necesario rechazo de las restantes acciones;

13º.- Que, desde otro punto de vista, es del caso recordar que uno de los presupuestos de existencia de todo proceso es el de cimentarse en un interés jurídico que, a través de la pretensión, se troque en otro de carácter jurisdiccional. Que el interés sea jurídico significa que descartado queda del ámbito de la contienda ventilada ante tribunales de derecho la expectativa de carácter otro que el que concierne a las exigencias de igualdad en la libertad o de libertad en la igualdad, estructura básica de la alteridad insita en el concepto mismo de derecho, de manera tal que no puede requerirse la intervención de la judicatura para ventilar o dirimir conflictos de carácter religioso, moral, filosófico, estético, propiamente político, científico, etc., etc., al punto que, de intentárselo, no corresponde darle curso ni trabarse la relación procesal, precisamente por la falta de interés jurídico. Como es sabido, semejante interés debe, además, ser actual, esto es, contemporáneo al ejercicio de la acción;

14º.- Que resulta evidente que al interponerse las acciones que han dado origen a esta causa, sujetas a la condición de aceptarse determinado entendimiento de la normativa en que se las ha fundado, se echaba de menos en todas y cada una de ellas el presupuesto de viabilidad del proceso consistente en existir, al tiempo del requerimiento judicial, el insustituible interés jurídico que les permitiera trocarse en pretensiones jurisdiccionales;

15º.- Que sólo a mayor abundamiento y aunque la cuestión fue ya resuelta a fojas 148, no quiere la Corte dejar de consignar la infracción que advierte a la regla del artículo 17 del Código de Procedimiento Civil, que prohíbe entablar en una misma cuerda, dos o más acciones incompatibles entre sí. En efecto, se deduce conjuntamente: a) la acción, denominada declarativa, de que el artículo 8 de la Ley 19.713 establece en favor de la demandante la exoneración de la obligación de pagar la primera y segunda cuotas de la patente única pesquera respecto de cuatro de sus naves, correspondiente al año 2001; b) la acción de nulidad de derecho público del cobro administrativo de dicha patente; c) la acción de nulidad absoluta del pago de esas patentes, por falta de causa. De no acogerse la acción de nulidad absoluta del pago de la patente pesquera, por falta de causa, se acciona de pago de lo no debido, siempre conjuntamente con la denominada acción de mera certeza y con la de nulidad de derecho público de cobro de la patente. Por último, conjuntamente con la tantas veces referida acción de mera certeza, se

acciona de enriquecimiento sin causa o actio in rem verso, siempre con la restitución de lo tributado. Como puede advertirse y no obstante que las acciones restitutorias no pudieron nacer a la vida jurídica antes de concederse a quien las deduce la interpretación que le conviene acerca del artículo 8 de la Ley 19.713, se las interpone, conjuntamente con ella, situación que a juicio de estos sentenciadores, infringe el señalado artículo 17;

16º.- Que en otro orden de cosas y siempre a modo de complementación de lo dicho, no es posible desentenderse de lo que dispone el artículo 124 del Código Tributario, tocante a que la restitución de un tributo excesivamente satisfecho se somete al procedimiento general de reclamaciones de esa clase, que regula el Título II del Libro III de ese estatuto, siendo indiscutible que la patente en torno a la que gira la contienda es una modalidad de pago de impuesto. En este sentido, utilizar el procedimiento civil ordinario como sustituto del general de reclamaciones tributarias, importa desconocimiento del mandato del artículo 19 N° 3º inciso quinto de la Constitución Política de la República;

17º.- Que lo razonado y concluido hace innecesario el examen de otros temas que han surgido en el debate, por resultar, a estas alturas, inconducentes;

18º.- Que por mandato del artículo 144 del Código de Procedimiento Civil, corresponde imponer a la demandante la carga de las costas de ambas instancias. Por estas consideraciones, se revoca el mencionado fallo en cuanto acoge las acciones de pago de lo no debido, de restitución y de nulidad de derecho público de determinados cobros, así como en cuanto omite pronunciamiento respecto de la acción principal, a la que se denominó de mera certeza, y se declara en su lugar que la demanda de lo principal de fojas 103 queda íntegramente rechazada, con costas de ambas instancias. II.- En cuanto a la apelación de la resolución de fojas 57. Atendido lo que se decide con respecto al fondo del pleito, de lo que fluye que han cesado los supuestos indispensables para la procedencia de la medida cautelar (artículo 298 del Código de Procedimiento, déjase sin efecto la resolución de siete de septiembre de dos mil uno, escrita a fojas 57 (ingreso Corte 7.740-2.001), quedando de hecho revocada la medida precautoria de prohibición de dictar actos administrativos de cobro de la segunda cuota de la patente única pesquera del año 2001 de las naves Conquistador, Pionero I, Don Fernando y Don Jorge, así como de actos de caducidad de las autorizaciones de pesca de las mismas naves, relativas a especies sometidas a la medida de administración denominada límite máximo de captura por armador y su fauna acompañante, que había sido dispuesta a fojas 41.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del ministro don Carlos Cerda Fernández.

Nº 10.400-2.003, acumulado al 7.740-2.001 (fojas 452).

Pronunciada por la Séptima Sala de esta Corte de Apelaciones, presidida por el ministro señor Carlos Cerda Fernández y conformada por los ministros señor Jorge Dahm Oyarzún y abogado integrante señor Guido Aguirre de la Rivera.

Corte de Apelaciones de Valdivia
Jessica Díaz Alfaro con Fisco
12 de julio de 2005

RECURSO PLANTEADO: *Recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia que rechazó la demanda de indemnización de perjuicios en contra del Fisco de Chile.*

DOCTRINA: *Ni el Fisco de Chile que actúa como persona jurídica, ni las personas naturales tienen, como regla general, responsabilidad extracontractual de naturaleza objetiva, la que puede darse en casos de excepción, cuando lo determina una ley. La falta de servicio contemplada en la Ley de Bases de la Administración es subjetiva, pues exige un reproche en el actuar del ente público.*

OBSERVACIONES: *Contra la sentencia se interpusieron recursos de casación en la forma y en el fondo, los que fueron rechazados por sentencia de 18 de mayo de 2006.*

Valdivia, doce de julio de dos mil cinco.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada.

En lo expositivo se sustituye la frase “Fisco de Chile, corporación de derecho público” por “Fisco de Chile, persona jurídica de derecho público”.

En el motivo 5º se sustituye “querellantes” por “demandantes”.

Y teniendo además presente:

PRIMERO: Que, en lo principal de fojas 3, el abogado don Marco Antonio De Améstica Oliveros, actuando en nombre y representación de doña Jessica del Carmen Díaz Alfaro, labores de casa, y Karen Andrea Duarte Díaz, estudiante, ambas domiciliadas en Lautaro 1266, Temuco, dedujo demanda de indemnización de perjuicios, cuyos montos en dinero detalla, en contra del Fisco de Chile, persona jurídica de derecho público, representada por el abogado Procurador Fiscal de Valdivia don Natalio Vodanovic Schnacke, ambos con domicilio en Independencia 630, oficina 311, Valdivia. Afirma que sus mandantes son cónyuge sobreviviente e hija de Alejandro Duarte Cáceres, comerciante, quien falleció el 23 de julio de 1999, deceso que atribuye a la falta de servicio cometida por funcionarios dependientes de la administración del Estado.

Específicamente, las faltas las atribuye a funcionarios de Carabineros de Mehuin y al Hospital de San José. A los funcionarios policiales por no haber registrado al detenido, no indagaron si tenía lesiones, no hicieron guardias y visitas al calabozo, falsearon el libro de guardia, no pidieron auxilio a la posta de Mehuin cuando éste lo requería, no llamaron de inmediato a la ambulancia, lavaron el furgón y calabozo, alterando el sitio del suceso, lo que impidió encontrar huellas o indicios para establecer la forma y autores de las lesiones con resultado de muerte del señor Duarte. Llamado el Hospital de San José de la Mariquina, el sistema de salud dependiente del Servicio de Salud de Valdivia tampoco funcionó o lo hizo defectuosamente, pues no se envió una ambulancia con paramédicos, sino una camioneta de doble cabina, sin implementos de urgencia, circunstancia que revela una grave deficiencia del Hospital al no contar con una ambulancia en buen estado y funcionando, ni tener personal para asistir a una urgencia.

En resumen, que se configura la falta de servicio, que importa una responsabilidad objetiva del Estado por actos y/u omisiones de sus funcionarios y dependientes, al extremo que debe responder de los perjuicios causados con motivo de haberse producido la muerte del señor

Duarte, mientras estaba bajo la custodia y al amparo del sistema policial y de salud dependientes del Estado de Chile.

SEGUNDO: Que, al solicitar el rechazo de la acción, el Fisco de Chile niega los hechos, en la forma como se expusieron en la demanda, en especial en cuanto a la actuación negligente o imprudente, falta o falla de servicio de Carabineros de Chile y del Servicio de Salud y en cuanto a la existencia de perjuicios morales y materiales susceptibles de responsabilidad fiscal. Alega la inexistencia de un régimen especial de responsabilidad del Estado, en los términos sugeridos por el actor. Afirma que la demandante invoca un conjunto de normas constitucionales y legales, otorgándoles un sentido y alcance que nunca tuvo presente el legislador, silenciando la aplicación de las normas del título XXXV del Libro Cuarto del Código Civil. Añade que no existe un régimen de responsabilidad extracontractual del Estado de carácter objetiva, como lo insinúa la parte demandante, pues el derecho común en esta materia se encuentra contenido en el Código Civil, artículos 2314 y siguientes. De acuerdo a estas normas, la responsabilidad extracontractual es de carácter subjetiva, lo cual guarda relación con el artículo 42 de la Ley N° 18.575, que contiene un sistema de responsabilidad subjetiva fundada en la falta de servicio.

TERCERO: Que, ni el Fisco de Chile que actúa como persona jurídica, ni las personas naturales tienen, como regla general, responsabilidad extracontractual de naturaleza objetiva, la que puede darse en casos de excepción, cuando lo determina una ley. La falta de servicio contemplada en la Ley de Bases de la Administración es subjetiva, pues exige un reproche en el actuar del ente público.

Así, la Excma. Corte, al fallar un recurso de casación en el fondo, abordó el tema de la responsabilidad objetiva, en sentencia de 16 de agosto de 2004, autos Rol N° 428-2003, autos caratulados “María Paz Santibañez Viani con Fisco”, en el considerando decimoquinto, cuyo tenor es el siguiente:

“Decimoquinto: Que aun cuando no forma parte del recurso que se revisa, este tribunal no puede dejar de hacer presente que no comparte los fundamentos de los jueces de la instancia en cuanto a la responsabilidad objetiva del Estado por actos realizados por sus agentes. En efecto, este Tribunal ha sentado como doctrina que la responsabilidad estatal y sus caracteres específicos no derivan de un determinado cuerpo constitucional, sino son consecuencia necesaria de la naturaleza del Estado, en cuanto organización jurídica y política de la comunidad y de las variadas actividades que debe desarrollar en el amplio ámbito de las funciones que le corresponde llevar a cabo, haciendo uso de potestades revestidas de imperio y ejecutoriedad, cuya aplicación está enmarcada y regulada por normas de derecho público, lo que hace que las distintas responsabilidades que puedan causar esas acciones se sometan a normas y principios de esa rama del derecho. Se ha sostenido también que en nuestro ordenamiento jurídico no existe, por regla general una responsabilidad estatal objetiva, por cuanto solo las actuaciones que merecieran reproche por causar injustamente un daño o por haberse ejecutado de manera arbitraria, podrían traer consigo una reparación patrimonial, en la medida que sean objeto de algún reparo de ilegitimidad”.

CUARTO: Que, de acuerdo a la prueba rendida en este juicio y expediente Rol N° 19.367 del Juzgado de San José de la Mariquina, que en fotocopias se tuvo a la vista, no es posible arribar a la conclusión que exista, precisamente, una relación de causalidad entre la intoxicación aguda alcohólica que causó la muerte de Alejandro Duarte Cares, según informe del Servicio Médico Legal que rola a fojas 302, y la falta de servicio que alega el demandante, lo que obliga a confirmar la sentencia de primer grado.

Por estos motivos y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 227 del Código de Procedimiento Civil, se confirma la sentencia en alzada, de doce de abril de dos mil cinco, que rola de fojas 226 a 229 vuelta.

Sin costas del recurso, por estimar el Tribunal que el apelante tuvo motivos plausibles para deducirlo.

Notifíquese, regístrese y devuélvase.

Redacción del Ministro Titular señor Juan Ignacio Correa Rosado.

Rol N° 386-2005.

Pronunciada por Segunda Sala, por la Ministro Sra. Emma Díaz Yévenes, Ministro Sr. Juan Ignacio Correa Rosado, la Sra. Fiscal Judicial Ruby Alvear Miranda.

Corte Suprema
Iglesia de la Unificación con Subsecretaría de Justicia
15 de septiembre 2005¹

RECURSO PLANTEADO: *Apelación en recurso de reclamación contemplado en el artículo 11 de la Ley N° 19.638, sobre Constitución Jurídica de Iglesias y Organizaciones Religiosas, interpuesto en contra del Subsecretario del Ministerio de Justicia, quien actuando por el Ministerio de Justicia, dictó la resolución N° 5045 de 18 de diciembre de 2003, en virtud de la cual formula objeción al registro como entidad religiosa de derecho público de la Iglesia de Unificación, comúnmente conocida como Iglesia de Moon o culto a Moon.*

DOCTRINA: *El Ministerio de Justicia no solamente está facultado, sino que le asiste la obligación de velar por el estricto cumplimiento de todas las normas jurídicas a que deben someterse las organizaciones religiosas para obtener reconocimiento. Deber que implica efectuar un examen que va más allá de establecer si la entidad religiosa cumple con los requisitos formales, exigidos para su constitución. En efecto, resulta también ineludible ponderar su contenido, fines u objetivos que pretende difundir en la sociedad chilena.*

La Iglesia de Unificación contiene un claro llamado a desconocer el modelo democrático que soberanamente se ha instituido en Chile, de acuerdo a la voluntad libremente expresada por la ciudadanía y que recoge en sus preceptos la Constitución. Las acciones desplegadas por sus líderes en otros países donde se ha establecido representan un riesgo cierto de que esas conductas puedan debilitar el fortalecimiento de la familia, que junto con la seguridad nacional, son pilares fundamentales de nuestro Estado de Derecho. (Considerandos 5°, 10° y 16° de la Corte de Apelaciones de Santiago).

Procede desestimar la reclamación, en atención a que se encuentran ajustadas a derecho las objeciones del Ministerio de Justicia, en especial, porque los contenidos de fe que se pretende difundir y propagar resultan contrarios al orden público y no respetan la garantía del N° 6 del artículo 19 de la Constitución Política del Estado, que reconoce la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos, pero condicionado a que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público. (Considerando 4° de la Corte Suprema).

Santiago, quince de septiembre del año dos mil cinco.

Vistos:

Se suprime en el fallo de alzada, el párrafo segundo del motivo décimo quinto, desde donde se dice se señala... hasta su término, y en su décimo sexto las frases a lo menos en grado de amenaza, entre las citas legales se sustituye el N° 15 del artículo 19 de la Constitución Política de la República por el N° 6 del mismo artículo y cuerpo legal.

Y teniendo, además, en consideración:

1°) Que conforme al inciso final del artículo 10 de la Ley N° 19.638, desde que quede firme la inscripción en el registro público, la entidad religiosa gozará de personalidad jurídica de derecho público por el sólo ministerio de la ley;

2°) Que de acuerdo a los artículos 11 y 12 de la citada ley son trámites previos para gozar de

¹ Se incluye fallo apelado de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 29 de marzo de 2005, pronunciado en los autos rol ingreso Corte N° 400-2004.

dicha personalidad jurídica la inscripción en el registro público que lleva el Ministerio de Justicia de la escritura pública en que conste el acta de constitución y sus estatutos, el que no puede ser denegado por el Ministerio, pero dentro del plazo de noventa días de este acto, puede objetar dicha constitución mediante resolución fundada y la entidad religiosa afectada, dentro del plazo de sesenta días de notificada de esas objeciones debe subsanar los defectos de constitución o adecuar sus estatutos a las observaciones o bien deducir reclamación en contra de aquella objeción ante cualquiera de las Cortes de Apelaciones de la región en que la entidad religiosa tuviere su domicilio;

3º) Que las diversas opciones que tienen los interesados para salvar las objeciones del Ministerio de Justicia dependen de la naturaleza de los reparos que se formulan, de manera que, sean estas de carácter formal o bien de aquellas que no puedan aceptarse por la autoridad pública, pueden ser impugnadas para ante la Corte de Apelaciones respectiva, con el procedimiento y plazos establecidos para el recurso de protección, por lo que rechazadas dichas objeciones por la Justicia, se publique en el Diario Oficial un extracto del acta de constitución, que incluya el número de registro, y desde este momento la entidad religiosa gozará de personalidad jurídica de derecho público;

4º) Que, en la especie, como lo indica la sentencia recurrida, procede desestimar la aludida reclamación, en atención a que se encuentran ajustadas al mérito de los antecedentes y a derecho las objeciones del Ministerio de Justicia, en especial porque los contenidos de la fe que se pretende difundir y propagar resultan contrarios al orden público y no respetan la garantía del Nº 6 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, que reconoce la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos, pero condicionado a que no se opongan a la moral, buenas costumbres o al orden público.

En conformidad, asimismo, con lo que disponen el artículo 20 de la Constitución Política de la República, y el Auto Acordado de esta Corte, sobre tramitación del recurso de protección, se confirma la sentencia apelada, de veintinueve de marzo último, escrita a fs. 357.

Acordada, contra el voto de los Ministros Sres. Gálvez y Juica, quienes estuvieron por revocar la aludida sentencia y acoger la reclamación formulada en esta causa, en mérito de las siguientes consideraciones:

1.- Que nuestra Carta Fundamental asegura de manera irrestricta la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres y al orden público, derechos que en general se resumen en el principio de libertad religiosa, el cual necesariamente conduce a que nadie puede ser obligado a obrar en contra de sus creencias religiosas y, consecuentemente, no se puede prohibir que los individuos, dentro de una sociedad, actúen de acuerdo con esas convicciones personales. En este mismo sentido, habrá que concordar que la libertad de creencia, es consustancial al hombre como ser pensante, en cuanto acepta como ciertos algunos dogmas en los que cree y adhiere a ellos y descarta, en sentido contrario, aquellos que en su fuero íntimo le resultan antagónicas de los que profesa. Conjuntamente con este derecho se presenta la posibilidad de manifestar libremente tales creencias, amparando nuestro derecho constitucional la opinión, difusión y propagación de ideas religiosas; y, finalmente, se completa esta trilogía de garantías, con la libertad de cultos, que le permite al creyente o al que profesa una determinada fe, de expresarla externamente, participando en el ceremonial que estime necesario para convencer de la creencia religiosa que aceptó como parte de su espiritualidad íntima;

2.- Que para regular el ejercicio de la libertad religiosa se dictó la Ley Nº 19.638, con el fin, según el artículo 1º, de imponerle al Estado el deber de garantizar dicha libertad religiosa y de culto, asegurando que ninguna persona podrá ser discriminada en virtud de sus creencias, ni tampoco podrán éstas invocarse como motivo para suprimir, restringir o afectar la igualdad consagrada en la Constitución y la ley (artículo 2º); enseguida tal normativa enfatiza que el Estado debe garantizar que las personas desarrollen libremente sus actividades religiosas y la

libertad de las iglesias, confesiones y entidades religiosas (artículo 3º). En el capítulo II, la ley señala el ámbito de la libertad religiosa y de culto asegurando también de manera clara y precisa como derechos de las personas, entre otros, el de profesar la creencia religiosa que libremente elija o no profesar ninguna; manifestarla libremente o abstenerse de hacerlo; cambiar o abandonar la que profesaba; practicar en público o privado, individual o colectivamente actos de culto; conmemorar sus festividades; celebrar sus ritos, etc. (artículo 6) y finalmente, en lo que se refiere a derechos, la misma ley se encarga de reconocer a las entidades religiosas plena autonomía para el desarrollo de sus fines propios, consignando como tales: a) ejercer libremente su propio ministerio, practicar el culto, celebrar reuniones de carácter religioso y fundar y mantener lugares para esos fines; b) establecer su propia organización interna y jerarquía; capacitar, nombrar, elegir y designar en cargos y jerarquías a las personas que correspondan y determinar sus denominaciones, y c) enunciar, comunicar y difundir, de palabra, por escrito o por cualquier medio, su propio credo y manifestar su doctrina;

3.- Que establecido el ámbito de protección constitucional de la libertad religiosa en nuestro país, el marco regulatorio de la Ley N° 19.638 está dirigido, según esta disidencia, en primer lugar, a reconocer y hacer efectiva la manifestación de los derechos que componen esta libertad religiosa para enseguida establecer las bases necesarias para su reconocimiento jurídico, cuestión que se le entrega al Estado a fin de que las entidades religiosas sean reconocidas como personas jurídicas y en especial obtener su declaración de derecho público, conforme a sus pautas que entrega el capítulo III de la aludida ley. Esta última normativa establece los mecanismos necesarios para que las entidades religiosas puedan crear, participar, patrocinar y fomentar asociaciones, corporaciones y fundaciones para la realización de sus fines y el artículo 10 diseña el procedimiento objetivo para su constitución como personas jurídicas, el que se inicia con la inscripción en el registro público que llevará el Ministerio de Justicia, de la escritura pública en que debe constar el acta de constitución y sus estatutos, requisito que se ha dado por cumplido por la autoridad con respecto de la reclamante, por lo que a partir de ese momento le nace la facultad al Ministerio de Justicia, dentro del plazo de noventa días para formular objeción, reparo que se regla en el artículo 11, en cuanto permite, ese reparo, sólo si faltare un requisito de aquellos que miran a la forma de constitución de la iglesia o que importe modificar sus estatutos y, como únicamente se trata de objeciones, éstas deben ser tales que permitan su corrección por la solicitante, conforme a las prescripciones que se regulan en el artículo 12 de la misma ley. De lo reglado aparece de manifiesto que la competencia del Ministerio de Justicia para la constitución de una entidad religiosa está limitada sólo a verificar los requisitos de forma que la ley exige para la constitución en persona jurídica derecho público de una entidad religiosa, constatando que los estatutos o normas propias de dichas entidades contengan aquellos elementos esenciales que la caracterizan y los órganos a través de los cuales actúa en el ámbito jurídico y que la representan frente a terceros;

4.- Que no obstante el claro mandato legal la autoridad reclamada, luego de exceder larga e inexplicablemente el plazo consagrado por la ley para dar cumplimiento a lo ordenado en los artículos 10 y 21 de la Ley N° 19.638, procedió a rechazar la inscripción solicitada por considerar que los contenidos de fe del credo que profesan los participantes de esa organización religiosa, contrarían de un modo absoluto el orden público de la República, entendiendo éste como el ordenamiento jurídico institucional, en sus niveles constitucional, legal y reglamentario, lo cual afectaría derechos fundamentales de los ciudadanos en el ámbito individual y social que el Estado debe cautelar, como fundamento insustituible del estado de derecho, cumpliendo de este modo la facultad de objeción a que se refiere la aludida ley;

5.- Que en opinión de los disidentes, tal rechazo u objeción excede la facultad dada por la ley al Ministerio de Justicia y afecta sustancialmente la libertad religiosa y de culto que asegura la Constitución Política de la República, puesto que el mandato legal entregado a dicho órgano es la de regular los aspectos formales y requisitos que dicha Carta y la Ley 19.638 le entrega para la constitución jurídica de la iglesia reclamante y esta normativa le impide censurar a priori los

fundamentos de la fe que profesa una iglesia en el ejercicio de esa libertad religiosa, sobre la base de advertir de manera ideológica, que algunos aspectos de las creencias religiosas de tal entidad podrán estar en contradicción con el orden público, el que sólo escudriña con respecto de algunos pasajes de un libro que serviría de fundamento para la exteriorización de las ideas religiosas que profesarían sus adeptos y porque en otros países han existido conductas que tendrían el carácter de antijurídicas, cuestiones que no integran la competencia que el estatuto constitucional y legal le ha entregado al ministerio aludido;

6.- Que no hay que olvidar que la Constitución, en el campo de la libertad de conciencia, sólo limita este derecho cuando en su ejercicio las organizaciones religiosas se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público y, por consiguiente, la tutela ejercida por el órgano reclamado, para no aceptar el registro solicitado se ha tornado ilegítimo y además arbitraria, ya que los excesos de la organización reclamante en el ámbito de su libertad de conciencia y de culto, expresados en actos concretos en el ejercicio religioso que atenten contra tales principios, sólo puede ser conocidos y juzgados por la jurisdicción, conforme a lo previsto en el artículo 29 de la Ley N° 19.638. Así se podrá demandar la disolución de tal persona jurídica, a virtud del requerimiento del Consejo de Defensa del Estado y a través de una sentencia judicial firme, facultad que de manera unilateral se atribuyó el Ministerio de Justicia en el presente caso, dando un trato de desigualdad que el artículo 20 de la misma ley se encargó de advertir, en relación con las entidades que se encontraban constituidas con anterioridad a la vigencia de la Ley N° 19.638.

7.- Que, finalmente para los disidentes, la afirmación expresada en el fallo de alzada, en cuanto estima que los contenidos de la fe de la entidad religiosa reclamante constituirían una amenaza para el orden público y porque sus acciones desplegadas por sus líderes en otros países debilitarían el fortalecimiento de la familia y la seguridad nacional, no puede ser admitida como argumento para objetar a dicha iglesia, ya que el legislador ha precisado con claridad que si ocurrieren esos actos, ello será motivo para su disolución y no para su constitución; y en la forma que prevé la ley, tal competencia no le corresponde al Ministerio de Justicia, porque lo contrario sería significar que bastaría considerar un eventual peligro para afectar de manera preventiva el ejercicio de la garantía constitucional prevista en el N° 6 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción del Ministro Sr. Kokisch y del voto disidente el Ministro Sr. Juica.

N° 2.226-2005.-

Pronunciado por la Tercera Sala, integrada por los Ministros Sr. Ricardo Gálvez, Sr. Domingo Yurac, Sr. Domingo Kokisch, Sr. Milton Juica, y Sr. Jaime Rodríguez Espoz. Autorizado por el Secretario Sr. Carlos A. Meneses Pizarro.

Santiago, veintinueve de marzo de dos mil cinco.

Vistos:

A fs. 70, don Wilson Orlando Ruiz Riffo, misionero, domiciliado en calle Fanor Velasco N° 26, comuna de Santiago, y don Juan Carlos Saavedra Cruz, abogado, de ese mismo domicilio, y en representación de la entidad religiosa, persona jurídica de derecho público en formación, denominada Iglesia de Unificación, del mismo domicilio de sus representantes, deducen recurso de reclamación de conformidad a lo dispuesto en el artículo 11 de la ley N° 19.638 en contra del Subsecretario del Ministerio de Justicia, don Jaime Arellano Quintana, domiciliado en Morande N° 107 Santiago, quien actuando por el Ministerio de Justicia, dictó la

Resolución N° 5045 del 18 de Diciembre de 2003, en virtud de la cual formula objeción al registro como entidad religiosa de derecho público de la antes singularizada IGLESIA DE UNIFICACIÓN. Solicitan que la referida resolución sea dejada sin efecto, rechazándose las objeciones en ella contenidas, quedando firme la inscripción de la entidad religiosa IGLESIA DE UNIFICACION, N° 00522 de 26 de septiembre de 2003 del Registro Público que a tal efecto lleva el Ministerio de Justicia, todo ello con costas. Señalan los recurrentes que el día 07 de julio de 2002, en calle Fanor Velasco N° 26, Santiago, se efectuó una asamblea extraordinaria de miembros de la Iglesia de la Unificación, quienes adoptaron todos los acuerdos necesarios para constituir una persona jurídica de derecho público que se denominará Iglesia de Unificación, de conformidad con la Ley N° 19.638 que estableció normas sobre Constitución Jurídica de las Iglesias y Organizaciones Religiosas, y al Reglamento para el Registro de Entidades Religiosas de Derecho Público, Decreto N° 303 del Ministerio de Justicia de 26 de mayo de 2000, de todo lo cual se levantó debida acta, la que fue reducida a escritura pública el 01 de agosto de 2002, ante el Notario de Santiago don Félix Jara Cadot. Sostiene enseguida, que en la citada escritura pública se da estricto cumplimiento a los requisitos del artículo 12 de la Ley N° 19.638, y a los artículos 6, 8 y 9 del Reglamento antes referido. Hacen presente, que con fecha 05 de agosto de 2002 se inició en el Ministerio de Justicia el trámite para obtener la inscripción en el Registro Público de Entidades Religiosas a la Iglesia de Unificación. Transcurrido un año, un mes y 24 días después de presentada esa solicitud, el Ministerio de Justicia inscribe la entidad religiosa bajo el N° 00522, como persona jurídica en trámite de acuerdo a la Ley N° 19.638. El 18 de Diciembre de 2003, el Ministerio de Justicia, por intermedio del Subsecretario de esa cartera, don Jaime Arellano Quintana, dicta la resolución N° Ord. 5045 de fecha 18 de Diciembre de 2003, en virtud de la cual formula objeción al registro como entidad religiosa de derecho público a la entidad denominada Iglesia de Unificación. En lo pertinente, la citada resolución N° Ord. 545 señala que viene en objetar el registro de la entidad denominada Iglesia de Unificación, por fundamentar la existencia jurídica de la organización religiosa en contenidos de fe que se describen como elementos esenciales de su credo que contrarían de un modo absoluto el orden público de la República, entendiéndose este como el ordenamiento jurídico institucional en sus niveles constitucional legal y reglamentario, afectando derechos fundamentales de los ciudadanos en el ámbito individual y social que el Estado debe cautelar, como fundamentos insustituibles del estado de derecho. Sostiene también el Ministerio de Justicia, que a su juicio, la orientación de los objetivos de la entidad Iglesia de Unificación en orden a no respetar los principios básicos del régimen democrático y constitucional, entre los cuales se encuentra el respeto al pluralismo político, desde el momento que se aprecia una clara y manifiesta incitación y apología al uso de la violencia como forma y método de decisión política, cuya expresión asociativa en determinados partidos políticos cuentan [con] el reconocimiento del Estado de Chile. Agrega la resolución impugnada que el conjunto de propósitos anteriores, además da cuenta de una intencionalidad manifiesta de propagar un sistema de convivencia social de carácter totalitario e integrista que exige a sus adeptos una sumisión absoluta e incondicional a una entidad deseada de religión moral y gobierno político promovido por la entidad para la sociedad chilena basado en sus propios preceptos excluyentes de cualquiera otra expresión de ordenamiento social en términos tales que incentiva a un desconocimiento del orden público democrático, pilar estructural del Estado Chileno. Por último, concluye el Ministerio de Justicia señalando que, se une a lo anterior la confusión absoluta de los planes de la religión con los de la acción política, lo que constituye claramente una desviación de los objetivos del legislador, quien tuvo presente establecer una ley de igualdad de entidades religiosas de derecho público, distinto de la ley que rige la constitución y propósitos de los partidos políticos. Sostienen los reclamantes que las referidas objeciones contenidas en el oficio ordinario N° 5045 del Ministerio de Justicia, son ilegales e inconstitucionales. Lo primero, porque el Subsecretario que suscribe ese documento carece de atribuciones para objetar el registro de la recurrente por las razones que ha esgrimido, y lo segundo, porque ellas solo pueden ser invocadas por un órgano que esté dotado de competencia para tal efecto. En efecto, afirman los reclamantes, el Subsecretario de Justicia y cualquier otro órgano de la administración, carece de atribuciones legales para objetar el registro de una

entidad religiosa por las razones señaladas en el oficio impugnado; a) porque de acuerdo al tenor literal, el sentido y la historia fidedigna del establecimiento de la Ley 19.638 demuestran que expresamente el legislador excluyó de las atribuciones de la autoridad administrativa, al pronunciarse sobre el trámite de registro, la posibilidad que pudiera fundarse una objeción en razones distintas de las formales contenidas en el artículo 12 de la misma ley y artículo 6 del Reglamento (Decreto Supremo 303 de 21 de mayo de 2000, publicado en el Diario Oficial de 26 de mayo de 2000); b) porque el citado artículo 11 establece como principio rector que el Ministerio de Justicia no podrá denegar el Registro; c) Solo por excepción, el citado precepto agrega: sin embargo, dentro del plazo de noventa días contados desde la fecha de ese acto, mediante resolución fundada, podrá objetar la constitución, si faltare algún requisito; d) dicho requisito es solo de carácter formal, esto es, si la solicitud no cumple con aquellos indicados en el artículo 12 de la misma ley, artículo 6 del Reglamento. Estas normas solo dicen relación con menciones que deben contenerse por la escritura pública de constitución, los elementos esenciales que caracterizan a la entidad, sus órganos de acción en el campo jurídico, mecanismos de representación frente a terceros, normas de administración patrimonial, sistema de ingreso, permanencia y abandono de la entidad, sistemas de reformas de estatutos y otras similares; e) porque si bien en el reglamento letra b) del artículo sexto, se incluye una frase y los fundamentos y principios en que se sustenta la fe que ella profesa, ello solo viene a complementar la primera expresión, esto es, los elementos esenciales que la caracterizan. Sin embargo, los reclamantes ponen de relieve que esa frase en caso alguno puede significar que la autoridad pueda objetar el alcance religioso de la fe en que se sustenta la iglesia; f) porque la historia fidedigna del establecimiento de la Ley 19.638, demuestra que expresamente se eliminó la facultad del Ministerio de Justicia para pronunciarse en el trámite de registro sobre los contenidos religiosos, filosóficos y morales de la fe en los que se sustenta una entidad religiosa. Por consiguiente, afirma, que consecuencia necesaria de lo que viene señalando, la actuación del Subsecretario recurrido resulta ilegal ya que ha objetado los principios de fe en que se sustenta la peticionaria, toda vez que carece de esta atribución, y por consiguiente, su actuación que se contiene en la resolución reclamada es nula en atención a lo dispuesto en el artículo 7 de la Carta Fundamental, porque implica que se ha atribuido una autoridad o derechos que no le han conferido ni la Constitución ni las leyes. Agregan los recurrentes que la actuación del Subsecretario recurrido atenta, además en contra de normas constitucionales como enseguida manifiestan: a) infringe el artículo 7 de la Constitución por atribuirse el recurrido autoridad o derechos no contemplados en el ordenamiento constitucional ni legal del país. b) infringe el artículo 19 N° 15 inciso 6° de la Constitución toda vez que la facultad de declarar una supuesta infracción a este precepto es una atribución exclusiva y excluyente del Tribunal Constitucional, por así establecerlo expresamente el artículo 82 N° 7 de la Carta Fundamental, de lo cual se sigue que el funcionario recurrido ha vulnerado además el artículo 73 de la Constitución al arrogarse funciones jurisdiccionales que no le corresponden. Por otra parte hace presente que se infringe también el artículo 19 N° 15, inciso 6° de la Constitución Política, por cuanto esta norma no es aplicable a las iglesias y entidades religiosas, ya que a través de ella se protege únicamente el pluralismo político, aplicándose en consecuencia a los partidos, movimientos u otra forma de organización política. Además se sostiene que la Constitución para hacer efectivo el ilícito que se establece en su artículo 19 N° 15 inciso 6°; exige un debido proceso. Vale decir, requiere formular cargos, derecho a defensa y tribunal independiente que resuelva, esto es, que se cumpla con el artículo 19 N° 3 inciso 5° y 6° de su texto. Finalmente los recurrentes refutan las objeciones del Ministerio de Justicia en cuanto al fondo, ya que según sostiene, son inexactos los fundamentos de la resolución recurrida en cuanto vulneran claramente el sentido y texto expreso del llamado Principio Divino. En efecto, afirman que la resolución recurrida plantea que los postulados del Principio Divino, en los términos que en ella se señalan, trasgreden el orden jurídico y constitucional de la República al promover la oposición entre los órganos legislativo, ejecutivo y judicial por carecer en sí de armonía y orden recíprocos, interpretación que resulta equivocada por cuanto no distingue entre un análisis genérico del funcionamiento social y la incitación a una forma de acción determinada. A raíz de este erróneo enfoque, la resolución recurrida concluye que la entidad religiosa vulnera el orden institucional

consagrado en los niveles constitucional y político, promoviendo la violencia como método de acción pública. Concluyen los recurrentes haciendo una referencia al derecho comparado, efectuando un análisis del fallo del Tribunal Constitucional Español recaído en recurso de amparo N° 3083/1996 promovido por la entidad Iglesia de Unificación, que declaró procedente su inscripción en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia y nula la resolución de la Autoridad Administrativa Española que denegó conferírle personalidad de derecho público. Concuerdan con las conclusiones del citado fallo, en cuanto deja sentado que el Estado y los poderes públicos han de adoptar ante el hecho religioso una actitud de abstención o neutralidad. Señalan también que el orden público que invoca el Ministerio de Justicia al objetar la solicitud de reconocimiento de la Iglesia de Unificación como persona jurídica de Derecho Público, no puede ser interpretado en el sentido de una cláusula preventiva frente a eventuales riesgos, porque en tal caso ella misma se convierte en el mayor peligro cierto para el ejercicio de ese derecho de libertad. Solo mediante sentencia firme y por referencia a las prácticas o actividades del grupo, podrá estimarse acreditada la existencia de conductas contrarias al orden público que faculten para limitar lícitamente el ejercicio de la libertad religiosa y de culto en el sentido de denegarse el acceso al Registro, o en su caso, proceder a la cancelación de la inscripción ya existente, de acuerdo a lo señalado en el artículo 19 de la Ley 19.638. En mérito de lo expresado precedentemente solicitan acoger el presente recurso de reclamación, dejándose sin efecto la Resolución N° Ord. N° 5045 de 18 de Diciembre de 2003 suscrita por don Jaime Arellano Quintana en su calidad de Subsecretario de Justicia, rechazando las objeciones en ella contenidas, quedando firme la inscripción de la entidad religiosa IGLESIA DE UNIFICACION N° 00522 de 26 de septiembre de 2003 del Registro Público que a tal efecto lleva el Ministerio de Justicia, con costas. A fojas 205 rola informe del Subsecretario de Justicia don Jaime Arellano Quintana en relación con el recurso de reclamación deducido en su contra. Acerca de la correcta interpretación de la Ley N° 19.638, hace presente que próximos a cumplir 5 años de vigencia, ha sido aplaudida unánimemente, por haber consagrado finalmente el hecho que frente al Estado Chileno, todas las denominaciones religiosas tienen el derecho a constituirse y a organizarse libremente. Sin embargo, la unanimidad señalada, no se extiende a la comprensión del significado preciso de esta nueva normativa. Añade, en efecto, que de las distintas interpretaciones posibles, hay dos lecturas extremas, que en su concepto le parecen profundamente equivocadas; a) Una primera visión extrema es aquella que entiende que la Ley N° 19.638 consagró un sistema de libertad absoluta que le permitiría a todo y a cualquier grupo, registrarse como Iglesia por el solo hecho de cumplir los requisitos procedimentales de los artículos 10 y 12 de ese cuerpo legal, a saber, estatutos completos, inscripción en el Registro Público que lleva al Ministerio de Justicia, transcurso del plazo de 90 días y publicación en el Diario Oficial del extracto del Acta de constitución. Para esta primera visión el Ministerio de Justicia sería un simple buzón que debiera limitarse a recibir, pasivamente, las inscripciones sin otra función que indicar al solicitante, cuando proceda, que debe subsanar dentro de 60 días, algún error formal en la presentación. Interpretando literalmente los artículos 10, 11 y 12 de ese cuerpo legal, esa visión extrema hace mucho caudal de la frase según la cual el Ministerio de Justicia no podrá denegar el registro. Omite sin embargo prestar atención a las normas expresas que exigen por ejemplo que las iglesias sean efectivamente grupos que reúnan a personas que profesen una determinada fe (artículo 4°) o que prohíben iglesias que tengan fines de lucro. Asimismo, señala, esta primera visión extrema efectúa, además, una lectura aislada de la Ley N° 19.638, ya que ignora claras y precisas disposiciones que en ella se contienen y que se remiten al conjunto del ordenamiento jurídico. Así por ejemplo, en sus artículos 1°, 6° letra e) y 8°, se hacen referencia, respectivamente, a la Constitución Política de la República, al ordenamiento jurídico general y a la legislación vigente. Hace presente, que la visión equilibrada que resulta del análisis atento del conjunto de la Ley N° 19.638, bajo el prisma de los valores y principios de la Constitución Política y en concordancia con el resto del ordenamiento legal, postula un régimen de libertad coherente con el Bien Común. Refiere que si bien la función del Ministerio de Justicia en esta materia no significa tener la última palabra, es lo cierto también que ella no se limita a hacer las veces de un mero buzón. Por lo tanto, agrega, presentada una solicitud de inscripción, el Ministerio de Justicia debe ponderar la conformidad

de la misma con el ordenamiento jurídico, y al hacerlo, deberá atender tanto a los aspectos sustantivos, como a los formales de la Ley N° 19.638, prestando además especial atención a los preceptos constitucionales y demás disposiciones legales. Hace presente que la Ley N° 19.638, aun cuando dispone en su artículo 11 que el Ministerio de Justicia no podrá denegar el registro de una entidad religiosa, permite expresamente objetar esa solicitud. La objeción, a diferencia de lo que sería una denegación, no pone término al proceso sino que lo encausa. La propia organización religiosa debe subsanar el problema detectado. El conflicto surge cuando la entidad religiosa, en vez de solucionar la objeción, persiste en su predicamento. En este caso la discrepancia debe ser resuelta por los Tribunales de Justicia. Señala que en lo que dice con el fundamento en el que se basa la objeción formulada, ello encuentra su antecedente jurídico a partir de la interpretación del artículo 1° del Decreto Supremo 303 que regula el Registro de Entidades Religiosas de Derecho Público, el que establece que el Estrado garantiza a todas las personas la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a lo moral, a las buenas costumbres y al orden público, norma que está directamente relacionada con lo prescrito en el artículo 1° de la Ley 19.638 que, al garantizar la libertad religiosa y de culto, enmarca su vigencia sobre la base del respeto al marco previsto en la Constitución Política del Estado en su artículo 19 N° 6 en cuanto dispone que se asegura a todas las personas la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio de todos los cultos que no se opongan a lo moral, a las buenas costumbres o al orden público. Por tanto, concluye, si la entidad atenta contra los principios que informan regulan u ordenan la convivencia social, el Estado debe prevenir dicha actuación transgresora de la entidad al momento de resolver sobre la procedencia del registro solicitado. Por otra parte expresa que en caso alguna el Ministerio de Justicia ha negado el derecho de profesar una religión y practicar el culto divino a sus adherentes. Es así que no se requiere personalidad jurídica para captar fieles o efectuar cultos religiosos. Sin embargo, refiere, el Ministerio ha estimado que el reconocimiento de un estatuto especial y diferenciado de otras iniciativas sociales, pugna con los actuales antecedentes que obran en poder de esa Secretaría de Estado y que conducen a la conclusión que la entidad religiosa recurrente no reúne los requisitos constitucionales y legales que permitan conceder el reconocimiento solicitado. En efecto, señala, a partir de la lectura y análisis de sus elementos esenciales, se ha estimado que la Iglesia de Unificación sustenta postulados y objetivos que resultan contrarios al orden público. Esos elementos esenciales se aprecian en los libros fundamentales, que en concepto de los solicitantes son dos: la Biblia y un texto propio de la Iglesia de Unificación llamado Principio Divino. Precisamente, afirma, el Principio Divino es el texto en el cual se incluyen los elementos esenciales, a partir de los cuales la entidad realiza una apología de la violencia, afectando de un modo claro y certero el derecho de asociación y el carácter plural de la sociedad chilena, en los términos que consagra el artículo 19 N° 15 de la Constitución Política del Estado. Hace presente, además, que de acuerdo a información de conocimiento público, la organización religiosa Iglesia de Unificación, sería una filial constituida jurídicamente en Chile de la organización religiosa internacional denominada Asociación del Espíritu Santo para la Unificación del Cristianismo, comúnmente conocida como la Iglesia de Moon o CULTO A MOON. Esta entidad, que se autodefine como religiosa, fue fundada por su actual líder supremo, el antiguo religioso presbiteriano coreano SUN MYUNG MOON, que se identifica como Reverendo Moon, quien tras afirmar haber tenido una visión de Jesucristo, fundó en 1954 la citada iglesia. Para sus seguidores, MOON es el segundo Mesías que rectificará los supuestos errores cometidos por Cristo en su primera venida. A continuación cita diversos autores y estudios que se han efectuado en relación con esa entidad los que coinciden en señalar que la organización religiosa vinculada al Reverendo MOON posee características definitorias de una organización de tipo sectario, con finalidades y prácticas que constituyen un peligro para la sociedad. Al respecto pone de relieve el contenido de la resolución del Parlamento Europeo de 22 de Mayo de 1994, que califica a la Iglesia de Unificación Universal como secta destructiva, poniendo un especial énfasis por la preocupación que se genera por los casos de angustia, desamparo y rupturas familiares provocadas por la asociación para la Unificación del Cristianismo del Mundo de SUN MYUNG MOON y por el peligro que dicha asociación representa para la sociedad. Finalmente hace referencia a la experiencia gubernamental de España, citada

precisamente en su favor por el recurrente, por medio de la cual se advierte el conjunto de preocupaciones presentes en la autoridad al momento de considerar las distintas solicitudes de reconocimiento jurídico de la entidad Iglesia de la Unificación a través de tres décadas, ante administraciones de distinto signo político e ideológico. Al respecto refiere que se conocen seis intentos de reconocimiento jurídico, el último de los cuales fue elevado a consideración del Tribunal Constitucional, tras un largo camino de votos desfavorables en diversas instancias jurisdiccionales. Concluye el informe señalado que el Sr. Subsecretario de Justicia, en la dictación del Oficio N° 5045 de 18 de diciembre de 2003 ha obrado dentro de la esfera de la competencia que le otorga la Ley N° 19.638, su Reglamento y en el marco de las disposiciones de la Constitución Política de la República, de todo lo cual se sigue que no tienen asidero las alegaciones formuladas por los recurrentes. A fs. 273 se agregó a los antecedentes documento consistente en un informe teológico del Principio Divino elaborado por el teólogo Ricardo de Sena. A fs. 285 rolan declaraciones suscritas respectivamente por el doctor Carlos Barrientos Lobos, Dr. Héctor Croxato Rezzio y del profesor don José Elías Aboid quienes se refieren a la actividad espiritual de quienes se realizan como gestores de la Iglesia de la Unificación en Chile, a la circunstancia que esta entidad religiosa está vigente en la mayor parte de los países europeos, y que en los encuentros en la que han participado sus miembros fuera de Chile, se han abordado materias que revelan su preocupación para el establecimiento de una paz duradera y justa, no advirtiéndose, en aquellos encuentros actitudes contrarias a la moral y a las buenas costumbres. A fs. 298 se agregó informe reservado de la Policía de Investigaciones de Chile, que en lo pertinente señala que la Iglesia de la Unificación, conocida como secta MOON, tiene su base en Estados Unidos, donde posee hoteles, periódicos, academias de baile, de artes marciales, emisoras de T.V. y fábrica de armas. Refiere que los cónyuges de cada unión son elegidos por Moon en persona, casando a menudo a parejas que no comparten un idioma en común ni se han visto hasta el momento de la boda. Según información publicada en la Red de Internet, el grupo y sus líderes, frecuentemente han aparecido ligados a escándalos legales, expulsión de Singapur, ligazón con la Agencia Central de Inteligencia Coreana y el Koreagate, prisión de Moon en Estados Unidos por evasión impositiva, conflictos con la hacienda francesa, etc. Añade el informe que la citada entidad, desde una perspectiva teológica, niega la Divinidad de Cristo, el carácter expiatorio de su muerte, la existencia de un infierno eterno, etc. Por último hace presente que no existe información relacionada con denuncias que hayan podido efectuarse ante la Policía de Investigaciones y que dieran origen a alguna causa criminal en contra de la denominada Iglesia de Unificación. A fs. 306 rola oficio suscrito por el señor Ministerio del Interior, don José Miguel Inzulza Salinas, en el que se señala que la Secretaría de Estado que encabeza, comparte en su integridad el análisis y conclusiones que se contiene en el Oficio N° 5045 de 18 de diciembre de 2003 suscrito por el Ministerio de Justicia y por ende hace suya la objeción al registro como entidad religiosa de derecho público de la Iglesia de la Unificación, por fundamentar su existencia jurídica en contenidos de fe, que se describen como elementos esenciales de su credo, que vulneran el orden público. A fs. 315 rola oficio de la Señora Ministro de Relaciones Exteriores, doña María Soledad Alvear Valenzuela, por el que señala que el Ministerio a su cargo no tiene competencia para emitir un pronunciamiento relativo al peligro concreto que para el orden público implicaría el reconocimiento de personalidad jurídica de derecho público de la entidad religiosa denominada Iglesia de la Unificación. Sin perjuicio de lo expresado, se hace presente en el oficio que se recabó de diversas embajadas de Chile en el exterior documentación relativa a dicha entidad, lo que se remite, debidamente traducida al español. A fs. 342, la parte recurrente acompañó diversos documentos, y entre ellos, oficio del Subsecretario de Justicia por el que se informa, que al mes de Agosto de 2004, se encuentran registradas 455 entidades religiosas, acogidas al Sistema de personalidad jurídica de derecho público. Se trajeron los autos en relación:

Considerando:

1º.- Que sobre la base de la exposición que antecede y del mérito que fluye de los documentos e informes que se han agregado a estos autos, corresponde emitir pronunciamiento respecto del

recurso de reclamación que se ha deducido a fs. 70. En concepto de los reclamantes, el señor Subsecretario de Justicia ha actuado fuera del marco constitucional y legal al objetar el registro como persona jurídica de derecho público de la entidad religiosa denominada Iglesia de Unificación. En efecto, señalan, la Ley N° 19.638 que establece normas sobre la Constitución Jurídica de las Iglesias y Organizaciones Religiosas, solo faculta al señor Subsecretario, el pronunciarse respecto del trámite de registro de una entidad religiosa, para formular objeciones a esa solicitud, fundada únicamente en consideraciones de carácter formal, excluyendo por lo tanto la posibilidad de invocar razones distintas de aquellas que se establecen, –para acceder o impugnar ese registro–, en el artículo 12 de la citada ley y artículo 6 del Reglamento (Decreto Supremo N° 303 de 21 de marzo de 2000. Por su parte, la autoridad reclamada sostiene que al formular su objeción al registro como persona jurídica de derecho público de la denominada Iglesia de Unificación, se ha ajustado no solo a las disposiciones de la citada Ley, 19.638 y su reglamento, sino que además a los preceptos de rango superior que se contienen en la Constitución Política de la República.

2º.– Que, por consiguiente, teniendo en cuenta los términos en que se ha planteado la presente controversia, se hace indispensable en primer lugar fijar el marco jurídico que ha de servir de sustento a la decisión que debe adoptar esta Corte respecto de la acción sometida a su conocimiento. Desde luego, debe tenerse presente lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley N° 19.638 que señala que el Estado garantiza la libertad religiosa y de culto en los términos de la Constitución Política de la República. A su vez, el artículo 10 del citado cuerpo legal establece el procedimiento al que deben ceñirse las entidades religiosas que deseen constituirse como personas jurídicas de derecho público, junto con los requisitos formales que deben cumplir para acceder a su reconocimiento por el Ministerio de Justicia. El artículo 11 de la ley que se analiza, dispone por su parte, que el ministerio de Justicia no podrá denegar la inscripción en el Registro público de la entidad religiosa que pretende constituirse de conformidad con sus preceptos. Sin embargo, añade, dentro del plazo de noventa días contado desde la fecha de ese acto, mediante resolución fundada, esa Secretaría de Estado, podrá objetar la constitución, si faltare algún requisito. La entidad religiosa afectada, dentro del plazo de sesenta días, contado desde la notificación de las objeciones, deberá subsanar los defectos de constitución, o adecuar sus estatutos a las observaciones formuladas.

3º.– Que, en relación con esta misma materia, se debe también tener presente las normas que se contienen en el Reglamento N° 303 para el Registro de Entidades Religiosas de Derecho Público, en cuyo artículo 1º se señala: El Estado garantiza a todas las personas la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a lo moral, a las buenas costumbres o al orden público. Las entidades religiosas que soliciten su registro como personas jurídicas de derecho público en conformidad a lo establecido en los artículos 10 a 12 de la Ley N° 19.638, deberán sujetarse a las disposiciones de la Constitución, de la Ley y del presente reglamento.

4º.– Que a partir de la interpretación de los preceptos que se han citado precedentemente, se han planteado durante el desarrollo de la presente reclamación dos distintas ponencias. En un extremo se encuentra la que sustentan los reclamantes, en cuanto sostienen que la objeción que puede formular el Ministerio de Justicia respecto de la solicitud de registro como persona jurídica de derecho público de una entidad religiosa, solo puede fundarse en la omisión de los requisitos de forma que se establecen en los artículos 10 y 12 de la Ley 19.638 y 6º de su Reglamento (Decreto 303 de 21 de marzo de 2000). El Ministerio de Justicia, por su parte efectúa un enfoque totalmente diverso a dicha posición, basándose para ello en una interpretación sistemática y finalista de los cuerpos legales que deben aplicarse al presente conflicto. En efecto, se expresa en su informe de fs. 205, que presentada una solicitud de inscripción, el Ministerio de Justicia debe ponderar la conformidad de la misma con el ordenamiento jurídico. Al hacerlo deberá obviamente atender tanto a los aspectos sustantivos como a los formales de la Ley 19.638. Además, sin embargo, prestará especial atención a los preceptos constitucionales y demás disposiciones legales. Así se lo exige por lo demás, de un

modo perentorio, los artículos 6º y 7º de la Constitución Política.

5º.- Que, planteadas así las cosas, y a partir del análisis e interpretación armónica de todos los preceptos constitucionales legales y reglamentarios que deben ser aplicados a la cuestión de fondo que es materia del presente debate, resulta fuera de toda duda que al momento de pronunciarse respecto de la solicitud de registro de una entidad religiosa como persona jurídica de derecho público, el Ministerio de Justicia, no solo está facultado, sino que le asiste la obligación de velar por el estricto cumplimiento de todas las normas jurídicas a la que deben someterse las organizaciones que aspiran obtener ese reconocimiento. Este deber implica efectuar un examen, que va más allá de establecer si la entidad religiosa cumple con los requisitos formales exigidos para su constitución. En efecto, resulta también ineludible ponderar el contenido, fines u objetivos que persigue la doctrina a principios que pretende difundir en el seno de la sociedad chilena la entidad religiosa que aspira a ser reconocida como tal por el Estado. De este modo no puede ser indiferente para la autoridad establecer si esos principios o doctrina, se avienen o no con nuestro Estado de derecho a la luz de los preceptos que se contienen en la Constitución Política, y desde luego a los que en particular se contemplan para las entidades religiosas en la Ley 19.638 y su Reglamento.

6º.- Que a este respecto cabe tener presente, que si bien el artículo 1º de la citada ley señala que el Estado garantiza la libertad religiosa y de culto, dispone a la vez que ella se debe desarrollar, en los términos de la Constitución Política de la República. Por su parte, el artículo 1º del Reglamento N° 303 de 21 de marzo de 2000, establece que el Estado garantiza a todas las personas la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos, que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público, precepto que reitera el mismo principio que consagra la garantía que contempla el artículo 19 N° 6 de la Constitución Política de la República. También es pertinente poner de relieve lo que en ese mismo sentido establece el numeral 15 del citado artículo 19 en cuanto prohíbe las asociaciones contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad del Estado.

7º.- Que después de haberse sentado las reflexiones anteriores que el Ministerio de Justicia tiene la potestad que el ordenamiento jurídico le confiere para ejercer un control preventivo de una entidad religiosa que aspira a ser reconocida por el Estado, corresponde a continuación analizar si al objetar el registro como persona jurídica de derecho público, de la Iglesia de la Unificación, procedió sobre la base de fundamentos que justifican su decisión, o sin existir mérito que la respalde.

8º.- Que la autoridad reclamada, al formular su objeción, ha calificado a la entidad religiosa, denominada Iglesia de la Unificación, como contraria al orden público, conclusión que se desprende a partir de la lectura y análisis de sus elementos esenciales, los que se contienen en el texto que se ha agregado a estos autos bajo el título El Principio Divino. Sostiene el Ministerio de Justicia, que en ese texto, en el que se incluyen los elementos esenciales de dicha entidad, se realiza una apología de la violencia, afectando de un modo claro y certero el derecho de asociación y el carácter plural de la sociedad chilena, en los términos recogidos en el artículo 19 N° 15 de la Constitución Política del Estado.

9º.- Que esta calificación, que reprocha a la Iglesia de Unificación sustentar principios o ideas que pugnan con el orden público de la República, exige revisar el citado texto. Por lo tanto, entre otros elementos que se deben ponderar para afirmar o negar esa objeción, requiere transcribir el siguiente párrafo: -De este modo, el sistema político, en el transcurso del largo período de historia, ha cambiado debido a que la sociedad de hombres caídos se ha estado restaurando en una sociedad ideal, que asemeja la estructura y función de un hombre perfecto, según la providencia de la restauración. De esta manera, el gobierno democrático de hoy día está dividido en tres poderes y da origen a muchos partidos políticos, asemejándolos fundamentalmente a la estructura de un cuerpo humano. Pero es, después de todo, como un

hombre caído que no ha sido restaurado, y que naturalmente no puede desempeñar la función original recibida en la creación. Es decir, los partidos políticos, sin conocer la voluntad de Dios, pueden compararse al sistema nervioso periférico centrado en la espina dorsal, que ha perdido la función de transmitir las órdenes del cerebro. Dado que la Constitución no está hecha de las palabras de Dios, los tres órganos legislativo, ejecutivo y judicial, vienen a ser como tres órganos de un cuerpo humano que son incapaces de sentir y responder a las órdenes del cerebro debido a la desconexión del sistema nervioso, así que no tienen más remedio, que oponerse y luchar entre sí, y carecer de armonía y orden recíproco. Por consiguiente, el propósito del ideal de la segunda llegada del MESIAS es hacer que el sistema político actual que se asemeja a la estructura de un hombre caído—desempeñe perfectamente su función original centrado en la voluntad de Dios, conectándolo al nervio central perfecto (página 455 Principio Divino).

10º.— Que el párrafo recién transcrito es solo un ejemplo de parte del contenido y orientación de los elementos esenciales que conforman la doctrina que intenta propagar la Iglesia de la Unificación en el seno de la sociedad chilena. Se advierte en él un claro llamado a desconocer el modelo democrático que soberanamente se ha instituido en nuestro País, de acuerdo con la voluntad expresada libremente por la ciudadanía y que recoge en sus preceptos la Constitución Política de la República. Sin embargo, son muchos más los ejemplos que se pueden invocar, a partir de la lectura del denominado Principio Divino y en los que se sugieren, bajo el aparente prisma de un fe religiosa, ideas o proclamas que se avienen más con un movimiento político, o con una secta, que con las que son propias de una entidad eminentemente espiritual o de un culto religioso.

11º.— Que, además de ponderar los elementos esenciales de la doctrina sustentada por la entidad reclamante, debe tenerse presente también la experiencia comparada que surge a contar de la información proporcionada por observadores de este movimiento en otros países. En este sentido es posible afirmar que la Iglesia de la Unificación, es una filial constituida en Chile, de la organización religiosa internacional denominada como Asociación del Espíritu Santo para la Unificación del Cristianismo comúnmente conocida como la Iglesia de MOON. Esta entidad, de autodefinition religiosa, fue fundada por su actual líder supremo, el antiguo religioso presbiteriano coreano SUN MYUNG MOON, que se identifica como reverendo MOON. Tras afirmar haber tenido una visión de JESUCRISTO, fundó en 1954 la Asociación del Espíritu Santo para la Unificación del Cristianismo, con sede en Seúl, Corea. Para sus seguidores, MOON es el segundo Mesías, que rectificará los supuestos errores cometidos por Cristo en su primera venida.

12º.— Que en el informe del señor Subsecretario recurrido, se cita a as. 220, resolución del Parlamento Europeo de 22 de mayo de 1984 que ilustra respecto del carácter o naturaleza de la Iglesia de la Unificación, al calificarla como una secta destructiva, manifestando su viva preocupación por los casos de angustia, desamparo y rupturas familiares provocadas por la Asociación para la Unificación del Cristianismo en el mundo de SUN MYUN MOON y por el peligro que dicha asociación representa para la sociedad. También se cita en su informe, el documento preparado por la Comisión de la Juventud, de la Cultura, de la Educación y de los Deportes de las comunidades europeas en el que se hace expresa referencia a las críticas recibidas sobre las actividades de la Iglesia de la Unificación en el curso de los últimos años, relativas a las técnicas empleadas por dicha iglesia para la captación de sus miembros. Se agrega también diversos estudios que se han efectuado en relación con el carácter de secta que se atribuye a la Iglesia de la Unificación entre otros el efectuado por el doctor José Luis Pérez Guadalupe, con estudios de Teología en la Pontificia Universidad Católica del Perú; criminología en la Universidad del País Vasco; y Doctorado en Ciencias Políticas y Sociología y actual asesor de la Conferencia Episcopal del Perú, quien en su libro Ecumenismo, sectas y nuevos movimientos Religiosos, publicada por ediciones Paulinas del Perú del año 2002 y particularmente en sus páginas 272 y 273, en el que se refiere la doctrina de fe que profesa el reverendo MOON, citando

la siguiente reflexión efectuada por este líder: Como Adán y Eva no respondieron a su vocación, Cristo vino a redimir al hombre pero no pudo hacerlo porque los judíos lo mataron. Entonces para que el hombre no quedase sin redención le encomendó a MOON fundar la familia ideal, de hijos sin mancha de Satán, la familia del nuevo MESIAS. Agrega en su libro el profesor Pérez Guadalupe, que MOON tuvo innumerables problemas jurídicos en varios países, llegando inclusive (al parecer) a estar en la cárcel por evasión tributaria. Para muchos, Moon es conocido a nivel internacional por su promiscuidad sexual, raptos de menores, manejo de drogas y otros hechos similares, que lo convierten en un elemento muy peligroso para la sociedad (SIC). El informe del señor Subsecretario hace también presente que califican como secta a la Iglesia de la Unificación, los profesores Francisco Azcona San Martín (España), tal como se aprecia en su artículo Las sectas en España, publicado en el tomo 218 mes de enero de 1988- de la publicación Razón y fe; el profesor Franz Damen (Bolivia) en su informe el Desafío de las Sectas, publicado en La Paz por el Secretariado Nacional de Ecumenismo, en 1988; el profesor Cirilo Tescaroli (Ecuador), en su trabajo El Desafío de las sectas, publicado en el N° 6 de la colección Fe y Vida, Editorial Sin Fronteras, de Quito. Por último, se hace referencia al estudio efectuado en Chile por el abogado Humberto Lagos, actual asesor del Ministerio del Interior, que se contiene en su libro La Secta Moon y el Dragón Oriental, editado por CESOC en 1997, en el que se califica a la Iglesia de la Unificación como un ente religioso ideológico-político-empresarial, de carácter hermético, exclusivo y excluyente, ideológico y socialmente, que afirma ser poseedor único de la verdad revelada de manera directa por la divinidad a su líder, y de los medios para acceder a la salvación metasocial.

13º.- Que también se hace una especial mención en el referido informe, de la experiencia que ha tenido la Iglesia de la Unificación en España, a partir de la cual se comprueba que esa entidad ha desplegado grandes esfuerzos, durante tres décadas para obtener su reconocimiento jurídico, ante administraciones de distinto signo político e ideológico. Del mismo modo, se efectúa una síntesis de diversos fallos recaídos respecto de recursos o acciones deducidos por la reclamante, que culminaron con una decisión de la Audiencia Nacional que concluyó que, pese a tener fines religiosos, atentaba contra la preservación del orden público, fallo que fue respaldado por el Tribunal Supremo al rechazar un recurso de casación por el que se pretendió invalidar la sentencia recurrida.

14º.- Que si bien el Tribunal Constitucional de España por sentencia de 15 de febrero de 2001, acogió en definitiva la acción de amparo deducida por la Iglesia de la Unificación, anulando la resolución pronunciada por la Dirección General de Asuntos Religiosos de España, así como las sentencias antes indicadas, reconociendo el derecho de esa entidad a la libertad religiosa y de culto, es lo cierto que todas esas decisiones constituyen solo un reflejo de la prolongada controversia que ha provocado el proceso de reconocimiento de la Iglesia de la Unificación en España, debate en el que no han estado ausentes las dudas que despierta, y reparos respecto de su carácter de auténtica entidad religiosa, en términos muy similares a las que han sido parte de la presente reclamación;

15º.- Que, por último es necesario tener en cuenta para los efectos de resolver la acción materia de estos autos el informe de la Policía de Investigaciones que corre agregado a fs. 307 por el cual aporta antecedentes que caracterizan a la Iglesia de la Unificación como una secta, en la que sus líderes, frecuentemente han aparecido ligadas a escándalos legales, expulsión de Singapur, prisión de MOON en Estados Unidos por evasión impositiva, conflictos con la Hacienda Francesa, prohibición del Grupo en Alemania, Israel y Austria, etc. Se señala además en ese informe, que desde una perspectiva teológica, sus seguidores, niegan la divinidad de Cristo, el carácter expiatorio de su muerte, la existencia de un infierno eterno, etc.

16º.- Que sobre la base de lo que se ha venido señalando precedentemente, corresponde concluir, en concepto de esta Corte, que la decisión adoptada por el señor Subsecretario de Justicia de la resolución N° 5045 de 18 de diciembre de 2003, mediante la cual formula objeción

de registro como entidad religiosa de derecho público de la Iglesia de la Unificación, se encuentra plenamente ajustada a derecho y fundada en razones de mérito que la justifican, motivo por el cual, resulta procedente rechazar la pretensión de la reclamante en orden a obtener el reconocimiento del Estado Chileno como persona jurídica de derecho público, por cuanto los contenidos de la fe que pretende difundir y propagar, resultan a lo menos, en grado de amenaza, contrarias al orden público, y porque además las acciones desplegadas por sus líderes en otros países en donde se ha establecido, representan un riesgo cierto de que esas conductas puedan debilitar el fortalecimiento de la familia, que junto con la seguridad nacional son pilares fundamentales de nuestro Estado de Derecho.

Por estos fundamentos, y lo que disponen los artículos 1º, 6º, 7º, 19 N° 15, 22, 23 y 24 de la Constitución Política de la República, 1º, 10º, 11º y 12º de la Ley 19.638 y 1º del Decreto N° 303 de 21 de Marzo de 2000, se declara, que se rechaza en todas sus partes el recurso de reclamación deducido en lo principal de fs. 70. Cada parte, pagará sus costas.

Redacción del Ministro señor Juan Araya. Regístrese y archívese. N° 400-2004.- Pronunciada por los Ministros de la Primera Sala, presidida por el señor Alfredo Pfeiffer Richter, y conformada por el señor Juan Araya Elizalde y Abogado Integrante señor Patricio Valdés Aldunate.

Corte de Apelaciones de Santiago
Valdés con Fisco

12 de diciembre de 2005

RECURSO PLANTEADO: *Recurso de Apelación interpuestos contra la sentencia de primera instancia, que condenó al Fisco de Chile a pagar la suma de \$ 50.000.000 por concepto de indemnización del daño moral, ocasionado a raíz de la errónea inoculación de un recién nacido.*

DOCTRINA: *El daño moral es el dolor, la aflicción, el pesar en la víctima o en sus parientes más cercanos o aquel que consiste en el dolor psíquico y aún físico que se experimenta a raíz de un suceso determinado. Se refiere al patrimonio espiritual, a los bienes inmateriales, tales como la salud, el honor, la libertad y otros análogos.*

El cuántum de la indemnización por daño moral no tiene un carácter compensatorio, desde que no es objetivamente dimensionable, sino que sólo debe ser reparatorio, por lo que debe estar destinado a morigerar, disminuir o atenuar las consecuencias del mal sufrido considerando la situación y realidad general, tanto del país como de los demandantes, respecto de lo cual no tienen cabida indemnizaciones desproporcionadas a tales realidades.

Santiago, doce de diciembre de dos mil cinco.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de sus fundamentos 2º y 8º, que se eliminan. En el motivo 12º, fs. 176, se sustituye el término lítica por lícita. Y se tiene en su lugar y, además, presente:

1º.- Que la causal invocada por el demandante para inhabilitar el testimonio de doña Silvia Alejandra Irene Olmedo Montero, doña Marcel Lyda Plata Cisternas, don Medardo Luis Burgueño Aguilera, y don Ricardo Enrique Sáez Gallardo, todos profesionales del área médica del Hospital de Carabineros de Chile, es la contemplada en el artículo 358 N° 5 del Código de Procedimiento Civil, esto es, por ser dependientes de la parte que los presenta. Dicho motivo de inhabilitación, para ser tal, ha de fundarse en la existencia de un temor razonable por parte del empleado o dependiente para el caso que deponga en contra de su empleador, en términos que ello le signifique un riesgo en su estabilidad laboral, lo que en la especie no se da, desde que los nombrados testigos no dependen del Fisco en aquellos términos, sino que tanto su designación, atribuciones y dependencia en el cargo están regulados por los reglamentos y la ley, por manera que, cuando se trata de profesionales calificados y de especialidad y que además declaren sobre hechos propios de su profesión, como es el caso, no les puede ser aplicable dicha limitación, pues no existe aquel eventual peligro. De igual modo, en la especie, no resulta probado ni posible que se les haya ordenado deponer en el proceso en términos que se limite o condicione su actuación, atendida la naturaleza y carácter de sus respectivas profesiones;

2º.- Que del modo antes señalado, habrá de revocarse la decisión relativa a las tachas opuestas a su respecto, rechazándolas, y consecuentemente ponderar sus declaraciones;

3º.- Que, al efecto, los nombrados Olmedo Montero, Plata Cisternas, Burgueño Aguilera y Sáez Gallardo declararon en una misma audiencia y su respectiva acta rola desde fs. 106 a 116. En ella se consigna que la primera, doña Silvia Olmedo Montero, médico pediatra, neonatóloga, en lo sustancial y respondiendo al punto 5.) del auto de prueba de fs. 86, dijo que, ocurrido el accidente de la inoculación equivocada, el Hospital avisó a los padres de los menores, se formó un comité con los mejores especialistas de Santiago y se dio inicio a un tratamiento con antibióticos que duró seis meses para los afectados, con controles

periódicos, sin costos para los padres, permitiéndoles inclusive consultar especialistas en el extra-sistema, sin costo para ellos y con cargo a la institución. Agrega, por último, que el Hospital no ha escatimado medios ni tiempo en el caso, ha hecho todo lo necesario;

4º.- Que, por su parte, doña Marcela Lyda Plata Cisternas, enfermera, que se desempeñó como tal en el Servicio de Vacunatorio alrededor de veinte años, declarando respecto de los puntos 3 y 4 del auto de prueba que rola a fs. 69 –que fue complementado por el antes citado de fs. 86– expresa que el Hospital pidió el BCG al Laboratorio y desde allá les enviaron un medicamento diferente, el cual estaba rotulado en inglés, de aspecto similar, pero que era para un uso diferente. Agrega que los frascos eran parecidos, del mismo tamaño y color y que se almacenaron en el mismo lugar que se hacía con la vacuna. Expresa que, a su juicio, era imposible impedir el error porque el problema fue del Laboratorio, que envió un medicamento que era desconocido y la enfermera y auxiliar a cargo del Servicio de Vacunatorio, pese a estar capacitados en su función, no lo pudieron distinguir porque no se tuvo conocimiento de que existiera dos BCG distintos;

5º.- Que el doctor Medardo Burgueño Aguilera, en torno al punto 4 del auto de prueba de fs. 86, expresó que el error obedece a fortuitos que ocurren en la vida, pues la vacuna BCG que se ocupó en otros servicios- se terminó antes de lo presupuestado, acordándose comprar otro stock a un laboratorio particular para usarla en la vacunación de los menores. Se pidió ésta con urgencia y el vendedor envió al Hospital un producto denominado BCG INMUDNOCYST, el cual era de apariencia similar a la vacuna BCG, con etiqueta con dicho nombre y difería sólo en el color de la tapa de costumbre, lo que no es raro en los Laboratorios. Ninguno de ellos –los médicos y funcionarios– sabía de la existencia de este producto, pues nunca había sido promocionado y el laboratorio no advirtió que era de uso exclusivo en Urología. Agrega, en relación al punto 5, que se tomaron todas las medidas legales y médicas para reparar el error, formándose equipo de estudio y trabajo con expertos tomados de la mayoría de los hospitales de Santiago. Manifiesta que todos los niños han ido creciendo y desarrollándose bien y que han presentado patologías posteriores normales. Sobre los posibles efectos adversos para el futuro, expresa que en medicina ello no es posible asegurar, pues sólo tiene valor lo que es demostrable por el método científico; y

6º.- Que, finalmente, el Dr. Ricardo Sáez Gallardo, Subdirector Médico (S) del Hospital al momento del incidente, declarando al punto 3 de fs. 69, expresa que el sistema de compra del medicamento que se encargó por haberse agotado el stock depende del Vacunatorio y no del Subdirector Médico; agregando que tuvo conocimiento de los hechos sólo cuando estos ocurrieron;

7º.- Que, como puede verse, los testigos de la demandada han declarado básicamente sobre la existencia de un presunto error de envase y rotulación del nuevo producto comprado por el Hospital a un laboratorio particular y que ellos almacenaron como de costumbre disponiendo su uso en la vacunación de los menores, circunstancia en la cual están contestes dos de ellos. Sin embargo, pese a haber sido examinados legalmente y sin tacha, sus declaraciones no alteran las conclusiones de los fundamentos 9º al 13º inclusive del fallo en alzada en cuanto a la responsabilidad civil que afecta al organismo demandado, siendo de advertir que, además y con los mismos antecedentes allí analizados, se encuentra establecida la existencia de falta de servicio adecuado, por culpa de sus agentes, al suministrar, por error, una vacuna equivocada al menor de que se trata en autos.

8º.- Que, no obstante, el testimonio conteste y no contradicho por otros medios, de los Dres. Olmedo Montero y Burgueño Aguilera, en cuanto a la conducta posterior del Hospital relativa a prestar adecuada atención médica a los pacientes y sus familiares, evitando mayores daños y ulteriores consecuencias, permiten a este tribunal considerar que, apreciando su fuerza probatoria conforme a la regla 2º del artículo 384 del Código de Procedimiento Civil, ello constituye un hecho de la causa que habrá

de considerarse debidamente al momento de determinar el monto de la indemnización;

9º.- Que, en general y respecto al daño moral, cuya concepción y aplicación como consecuencia de la responsabilidad extracontractual y contractual, muy particularmente esta última, se ha incrementado por la vía de la creación jurisprudencial, para concordar en que éste se identifica con los dolores y turbaciones psíquicas que derivan del quebranto padecido. Así nuestros tribunales han dicho que el daño moral es el dolor, la aflicción, el pesar en la víctima o en sus parientes más cercanos o aquel que consiste en el dolor psíquico y aún físico que se experimenta a raíz de un suceso determinado. Estos daños, en consecuencia, son aquéllos que se refieren al patrimonio espiritual, a los bienes inmateriales, tales como la salud, el honor, la libertad y otros análogos.

10º.- Que, de este modo, tales concepciones han permitido el reconocimiento del daño moral y su posterior desarrollo por la dogmática, en atención a que pone el acento en la persona y la lesión de sus atributos más caros. Que esta ya marcada tendencia se refleja claramente en la literatura jurídica nacional y así el profesor Fernando Fueyo Laneri en su obra Instituciones del Derecho Civil Moderno afirma: Para mí es como un axioma que el concepto jurídico de daños abarca toda forma de daños, esto es, tanto el patrimonial como el extrapatrimonial, agregando que la jurisprudencia chilena ha tenido la oportunidad de recalcar que la palabra daño comprende el perjuicio, dolor o molestia que se cause, por lo cual, interpretando este vocablo en su sentido natural y obvio, debe entenderse que corresponde, además del perjuicio pecuniario, el de carácter inmaterial que se ocasione por acto ajeno". Sostiene que siendo el daño por esencia patrimonial y extrapatrimonial, del mismo modo el daño moral juega tanto en la responsabilidad extracontractual como en la contractual.

11º.- Que, sin embargo, otra cosa es el cuántum de la indemnización por daño moral el cual, ciertamente, no es compensatorio, desde que no es objetivamente dimensionable, sino que debe ser sólo reparatorio, por lo que debe estar destinado a morigerar, disminuir o atenuar las consecuencias del mal sufrido;

12º.- Que en tal perspectiva, debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que existe certeza sobre la existencia del daño moral, el cual se encuentra acreditado en el proceso básicamente con la declaración de los testigos de la actora Katya Emily Vergara Silva, Rodolfo Eduardo Marchant López, Elena del Carmen Silva Orellana, Hernán Francisco Gálvez Flores y Luis Alberto Vergara Silva, quienes en la audiencia que recoge el acta de fs. 98, y al tenor de la pregunta: Para que diga el testigo, si ha notado luego de ocurrido los hechos materia de autos algún grado de aflicción en los padres del menor Vicente declararon, respectivamente, en lo pertinente, y en síntesis: Ruby y Rolando estaban muy angustiados, y para mayor gravedad creo que al par de meses Rolando quedó sin trabajo, y la incertidumbre de ellos era mayor, por lo que nos contaron, no tenían claro cómo iban a asumir esos gastos, si el hospital se iba a hacer cargo. Sí, lo veo preocupado. Veo que este asunto de lo que pasó se va alargando, no hay una solución rápida, por eso lo veo preocupado, y yo como padre lo entiendo, yo noto un cambio, si hace un mes atrás lo veo más preocupado, porque hasta el momento no veo ninguna solución a lo que está pasando. Sí, siempre que los he visto, están en la misma situación que no saben lo que va a pasar con el niño más adelante. Sí, noté bastante apesadumbrados a los muchachos, a los esposos Ruby y Rolando, también sé que él perdió su trabajo por este asunto y también pasaron muchas incomodidades por este asunto; y por supuesto, porque es una enfermedad nueva, no hay una vacuna por la cual se vaya a disminuir el proceso que va a tener, porque no se sabe con certeza qué secuelas va a tener más adelante, tal vez, pueda tocar un órgano vital;

13º.- Que a lo anterior ha de sumarse el contenido de las publicaciones en los diarios de la época, acompañados al expediente, con noticias alarmistas, a todo lo cual debe agregarse la circunstancia indiscutida de que cualquier matrimonio normal ve alterada su vida con una situación semejante provocando en ellos, la sola incertidumbre diaria y del futuro, una aflicción y dolor que la jurisdicción no puede dejar de recoger y considerar;

14º.- Que al momento de regular el monto de la indemnización por este daño extrapatrimonial, cabe considerar, además de su carácter de reparación compensatoria ya antes referida, la situación y realidad general tanto del país como de los demandantes, respecto de lo cual cabe advertir que no tienen cabida indemnizaciones desproporcionadas a tales realidades. Asimismo, debe ponderarse positivamente la reacción adecuada y oportuna del Hospital de Carabineros de Chile con miras a resolver el incidente, como se ha dejado dicho en el motivo 8º que precede. Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en el artículo 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se revoca la sentencia apelada de diecisiete de septiembre de dos mil uno, escrita a fs. 169, en cuanto por su decisión I, acoge las tachas formuladas por la demandante a los testigos de la demandada y se declara, en cambio, que dichas objeciones quedan rechazadas. Se confirma, en lo demás apelado, la aludida sentencia, con declaración que se reduce a treinta millones de pesos (\$ 30.000.000.-), como suma única y total, la indemnización que el Fisco de Chile deberá pagar a los demandantes de autos, con los reajustes e intereses a que se refiere el fallo en revisión. Acordada con el voto en contra de la abogada integrante señora Paulina Veloso Valenzuela, quien estuvo por revocar la sentencia de autos, rechazando la demanda en todas sus partes, teniendo para ello especialmente en cuenta: Que sin perjuicio de considerar que está probada en autos la falta de servicio, esta juez considera que no concurre sin embargo el requisito del daño para dar origen a la responsabilidad alegada. En efecto, el perjuicio debe ser real, cierto y probado. En la especie, se ha alegado el daño moral, haciéndose consistir en el dolor por el eventual efecto nocivo en la salud del menor derivado del error de vacunación. Es decir, se trataría de un dolor por la incertidumbre, por la preocupación. Y sin desconocer que efectivamente los padres podrían haber padecido de preocupaciones y sufrimientos por las circunstancias del caso, ésta no parece ser de tal entidad que amerite su indemnización. En todo caso, tal dolor o aflicción por la preocupación no ha sido tampoco probado en autos, no aportándose ningún antecedente que permita a esta disidente estimar la realidad del daño, su naturaleza y magnitud.

Regístrese y devuélvase.

Redactó el Ministro señor Dolmestch; y la disidencia, de su autora.

Nº 2545-2002.

Pronunciada por la Sexta Sala de esta Il. Corte de Apelaciones, Integrada por los Ministros señor Hugo Dolmestch Urra, señora Dobra Lusic Nadal y la Abogada Integrante señora Paulina Veloso Valenzuela, quien no firma, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo del fallo, por encontrarse ausente.

Corte de Apelaciones de Santiago
Fisco con Reyes
5 de agosto de 2005

RECURSO PLANTEADO: *Recurso de apelación interpuesto en contra de la resolución que acogió la excepción dilatoria de falta de jurisdicción.*

DOCTRINA: *La jurisdicción, potestad deber del Estado, es un atributo de la soberanía que permite al Estado, representado por los Tribunales establecidos por la ley aplicar el derecho, la ley, a casos concretos y particulares cuando las partes por sí han sido incapaces para ello; para que estos, como órganos imparciales, resuelvan de manera definitiva e inalterable, con posibilidad de ejecución, los conflictos de intereses de relevancia jurídica, suscitados entre partes o que surjan de una violación al ordenamiento jurídico social en el orden temporal y dentro del territorio de la República.*

El art. 73, inc. 2º de la Constitución y art. 10º, inc. 2º del Código Orgánico de Tribunales, consagran el principio de la inexcusabilidad, necesario corolario del deber jurisdiccional. Reclamada su intervención en forma legal, y en negocios de su competencias, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aún por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión.

La jurisdicción, considerada genéricamente, la tienen todos los tribunales por el solo hecho de serlos; más aún, si un órgano carece de jurisdicción, no puede ser tribunal. No obstante lo antes expuesto, no puede un Tribunal de la República ejercer dicha jurisdicción sobre materias que no pueden estar sometidas a su decisión. No puede pronunciarse, en consecuencia, sobre la validez de una ley, en abstracto, sin que haya controversia alguna entre partes que esté sometida a su conocimiento.

OBSERVACIONES: La sentencia se encuentra ejecutoriada.

Santiago, cinco de agosto de dos mil cinco.

Vistos

Se reproducen las sentencias en alza de veinte de noviembre de dos mil uno, escrita a fojas 34 y veintinueve de Julio de dos mil dos, escrita a fs. 106 de autos y acumulados a fs. 45. Y teniendo, además, presente:

1º.- Que la jurisdicción, potestad deber del Estado, es un atributo de la soberanía que permite al Estado, representado por los Tribunales establecidos por la ley aplicar el derecho, la ley, a casos concretos y particulares cuando las partes por sí han sido incapaces para ello; para que éstos, como órganos imparciales, resuelvan de manera definitiva e inalterable, con posibilidad de ejecución, los conflictos de intereses de relevancia jurídica, suscitados entre partes o que surjan de una violación al ordenamiento jurídico social en el orden temporal y dentro del territorio de la República.

2º.- Que esta potestad deber se encuentra consagrada en la Constitución Política de la República: a) En el art. 73 inc. 1º, que expresa: La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Que a su vez el art. 5 del mismo cuerpo constitucional expresa que la soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución

establece. b) Que en este mismo orden de cosas el art. 7° de la Constitución prescribe que los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley. Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale. Todo lo cual nos consagra la jurisdicción como una parte de la potestad del Estado delegada en los Tribunales de Justicia establecidos por ley.

3°.- Que la jurisdicción es, además, un deber de Estado, éste es creado por los coasociados que conformen la nación con distintas finalidades, siendo la más importante la de propender al bien común, mantener la paz social y dar seguridad a todos quienes lo conformen. Esto se encuentra expresado jurídicamente para todos los órganos del Estado en el art. 6° de la Constitución al establecer que los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella. Tratándose específicamente de los órganos jurisdiccionales, los art. 73, inc. 2° de la Constitución y art. 10°, inc. 2° del Código Orgánico de Tribunales, consagran el principio de la inexcusabilidad, necesario corolario del deber jurisdiccional. Reclamada su intervención en forma legal, y en negocios de su competencias, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aún por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión.

4°.- Que consecuente con lo anterior debemos concluir que la jurisdicción es la potestad deber que tienen los Tribunales de Justicia, para resolver, de manera definitiva e inalterable, con posibilidad de ejecución, los conflictos de intereses de relevancia jurídica suscitados entre parte o que surjan de una violación del ordenamiento jurídico o social.

5°.- Que la jurisdicción, considerada genéricamente, la tienen todos los tribunales por el solo hecho de serlos; más aún, si un órgano carece de jurisdicción, no puede ser tribunal.

6°.- Que no obstante lo antes expuesto, no puede un Tribunal de la República, ejercer dicha jurisdicción sobre materias que no pueden estar sometidas a su decisión. No puede pronunciarse, en consecuencia, sobre la validez de una ley, en abstracto, sin que haya controversia alguna entre partes que esté sometida a su conocimiento.

7°.- Que lo que pretende el demandante es que una ley sea declarada nula porque habría adolecido de un vicio durante su gestación.

8°.- Que el control constitucional de una ley la hace durante su gestación el Tribunal Constitucional.

9°.- Que luego de promulgada una ley pasa a formar parte del ordenamiento jurídico vigente y no puede ser dejada sin efecto, sino mediante otra ley.

10°.- Que si en un caso determinado una de las partes considera que la ley que corresponde aplicar a ese litigio, es contraria a la Constitución Política de la República, la ley franquea un solo recurso, cual es el de inaplicabilidad por Inconstitucional, debiendo para tales efectos concurrir ante la Excelentísima Corte Suprema y pedir que esa ley no se aplique a ese caso específico.

11°.- Que los fundamentos de la excepción dilatoria interpuesta por la demandada a fs. 14, son de falta de jurisdicción y no de falta de competencia.

Y en conformidad con lo dispuesto por los artículos 6, 7, 19 N° 2, 80 de la Constitución Política de la República de Chile; 144, 160, 170, 254 y 318 del Código de Procedimiento Civil, se declara:

I.- En cuanto al ingreso acumulado N° 10.350-2001. Se confirma la resolución apelada de

fecha veinte de noviembre de dos mil uno, escrita a fs. 34 y siguientes de autos.

- II.– En cuanto al ingreso acumulado N° 8.118-2.002. Se confirma la resolución apelada de veinte de julio de dos mil dos, escrita a fs. 106 y siguientes de autos. Acordada esta última confirmatoria con el voto en contra del ministro señor Cerda, quien estuvo por revocar el referido fallo en la parte en que acoge la excepción de falta de jurisdicción y, rechazándola, fue de parecer de pronunciarse sobre el fondo de la acción, desestimándola.

Para ello tiene presente:

1º.– Que los artículos 6 y 7 de la Constitución Política, vigente a la época en que se ha incoado este proceso, contemplan ciertos y determinados efectos, para las situaciones que describen, cuya consideración importa de cara a la falta de jurisdicción que se examina. Según el artículo 6, el hecho que los órganos del Estado, sus titulares o integrantes no sometan su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, genera las responsabilidades y sanciones que determina la Ley. Conforme al artículo 7, esos órganos no actúan válidamente si lo hacen fuera de su competencia o en forma distinta a la que prescribe la ley, atribuyéndose otra autoridad o derecho que los que expresamente se les ha conferido en virtud de la Constitución o la ley. En ese evento, el acto es nulo y origina las responsabilidades y sanciones que señala la propia ley;

2º.– Que tanto las responsabilidades y sanciones, cuanto la nulidad constitucionalmente previstas, conllevan las acciones correspondientes, las que derivan en el consiguiente proceso jurisdiccional del que habría de manar la sentencia que declare o refrende la situación jurídica – o de hecho, digamos– que en uno u otro caso describe el constituyente. O sea, la nulidad que aquí se ventila, así como la responsabilidad a que se ha hecho referencia, suponen sus correspondientes acciones jurisdiccionales, conducentes a sendas sentencias “declarativas”;

3º.– Que si toda sentencia que emana de un órgano que ejerce jurisdicción debe fundarse en un proceso previo (artículo 19 N° 3º inciso quinto de la Constitución actual), inconcuso resulta que las tales nulidad y responsabilidad implican la inescindible trilogía de la acción, el proceso y la sentencia, pues no puede proclamarse la necesidad de sólo alguno(s) de esos elementos y prescindirse de el o de los restantes;

4º.– Que por razón de estructura, tales acción, proceso y sentencia han de reconocer un órgano al que se adscriban, pues por naturaleza carecen de existencia autónoma y tanto su causa final como su eficacia esencial se entroncan indisolublemente con un tribunal que ejerza jurisdicción. Conclusión importante ésta, porque parece desde ya descartar la hipótesis de ausencia de tribunal ante el cual ventilar esta contienda, hipótesis, por lo demás, enteramente incompatible con la exigencia más elemental del debido proceso, a saber, la de existir un tribunal ante el cual hacer valer los derechos, expresamente reconocida en el artículo 26 de la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre, así como en el 8 de la Convención Americana. Queda por examinarse, más adelante, si ese tribunal puede ser el que ha conocido en primer grado o si ha de serlo uno de otra especie;

5º.– Que antes de abordar esa precisa cuestión, es del caso reafirmar, desde otros puntos de vista, el derecho que se tiene a ejercitar la acción de nulidad de derecho público;

6º.– Que conocido es el tenor del inciso segundo del artículo 5 de la Constitución que hace recaer sobre los órganos del Estado el deber de respetar los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, que están garantizados por la Carta y por los tratados internacionales ratificados por Chile, que se encuentran vigentes. Tales derechos se alzan como una limitación al ejercicio de la soberanía. El artículo 14.1 del decreto supremo de Relaciones Exteriores N° 778 de 1989 o Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, predica que toda persona tiene derecho a ser oída por un tribunal para la determinación de sus derechos de carácter civil. El artículo 8.1 del decreto supremo N° 873 del mismo ministerio, de 1991 –Convención

Americana sobre Derechos Humanos– también asegura a toda persona el derecho a ser oída por un juez o tribunal, para la determinación de sus derechos, pero esta vez detalla que éstos pueden ser, entre otros, de orden civil, “fiscal o de cualquier otro carácter”; b) En ambos casos se está en presencia de tratados internacionales ratificados por Chile, vigentes desde antes de la fecha en que se trabó la presente relación procesal y aún en vigencia, por lo que plenamente aplicables a la resolución de la perentoria de falta de jurisdicción;

7º.– Que, por otra parte, la Carta Primera asegura a todas las personas la protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, amparo que el ordenamiento jurídico encomienda privativamente a los tribunales de justicia. Es por eso que, en consonancia con semejante prerrogativa, el precepto continúa regulando, en sus demás incisos, las denominadas garantías judiciales, entre las que conviene destacar aquí la de defensa y asesoramiento jurídicos. Lo anterior tiene clara obsecuencia con la tesis de inexistencia de una judicatura apta para conocer la nulidad de derecho público, pues: a falta de tribunal, ausencia de tutela. La norma traída a la memoria sería letra muerta;

8º.– Que el artículo 2 de la Ley 18.575, promulgada con bastante antelación a la fecha del emplazamiento en estos autos, declara el derecho “a las acciones y recursos correspondientes” contra los abusos y excesos de la administración, mientras el artículo 9 de la misma legislación, que fija nada menos que las bases generales de la administración del Estado, sienta la impugnabilidad de los actos administrativos, a través de “las acciones jurisdiccionales a que haya lugar”;

10º.– Que el artículo 73 de la Constitución, que es la norma más próxima que el ordenamiento ofrece con respecto a lo que podría entenderse por “jurisdicción”, la extiende a “las causas civiles y criminales”, sin que alguna otra venga a auxiliarla en punto a explicitar con toda certeza –dentro de la que cabe al lenguaje jurídico– lo que comprenden las voces “civiles y criminales”. No parece haber dificultad para identificar la causa criminal con aquella que da motivo a un proceso penal regido por normas especiales y radicado en una judicatura de ese carácter. Es probable que la defensa del Estado comparta esta opinión. Ese predicamento autoriza excluir únicamente las causas criminales del ámbito de las civiles; empero, no permite conocer si estas últimas incluyen o excluyen un contencioso-administrativo que se hace consistir en la nulidad de decretos supremos;

11º.– Que en todo caso es de llamar la atención que ese artículo 73 radica la potestad exclusiva de conocer tales causas, en los “tribunales establecidos por la ley”, regla básica que es de antigua data en el ordenamiento jurídico chileno y que está consagrada en parecidos términos en el artículo 1 del Código Orgánico de Tribunales;

12º.– Que cuan omnicompreensiva sea la expresión “tribunales establecidos por la ley” viene siendo el meollo de la cuestión previa en estudio, pues la defensa del Estado querría excluir de aquélla a una clase de tribunales que, porque la ley no le ha encomendado directamente la tutela sobre lo contencioso administrativo, no detentaría la condición de tribunal establecido por la ley, al menos para el juzgamiento de esa contenciosidad;

13º.– Que el artículo 74 de la Constitución delega en la ley orgánica pertinente la organización y atribuciones de los tribunales “que fueren necesarios” para la “cumplida administración de justicia”, en todo el territorio de la República. O sea, esa ley orgánica debe contemplar, por mandato supremo, todos los tribunales necesarios para la cumplida administración de la justicia chilena. Y para ello parece indiscutible que se revela necesaria la existencia de un tribunal que se aboque al negocio pendiente;

14º.– Que la ley orgánica constitucional relativa a la organización y atribuciones de los tribunales, a que apunta el citado artículo 74, no es otra que el Código Orgánico de Tribunales,

que por haber estado rigiendo cuando advino la Constitución vigente, se hace enteramente aplicable a la materia, por expresa determinación de la quinta disposición transitoria de esta última;

15º.- Que en los tribunales ordinarios de justicia, tales como la Corte Suprema, las cortes de apelaciones y los juzgados de letras –inciso segundo del artículo 5– el mencionado Código Orgánico de Tribunales radica el conocimiento de todos los asuntos judiciales de orden temporal que se promueva en el territorio de la República, cualquiera sea su naturaleza y la calidad de quienes en ellos intervienen, verbi gratia, el Estado de Chile –inciso primero de idéntica norma–. No se dudará que los juzgados civiles –y el que conoció y resolvió en primera instancia es uno tal– son juzgados de letras y tribunales ordinarios;

16º.- Que lo razonado a partir del argumento 9º viene a respaldar la conclusión del juzgador de primer grado en cuanto a que el tribunal establecido por la ley para el juzgamiento de una acción de derecho público como la que aquí se ventila, es el de letras en lo civil territorialmente apto, cuyo ha sido exactamente el caso, lo que impele al rechazo de la excepción de falta de jurisdicción y autoriza, consecuentemente, el estudio del fondo de la controversia;

17º.- Que, ya tocante al fondo, viene precisamente al caso el tema de las condiciones de procedencia de una acción, por las que se entiende el conjunto de presupuestos sin los cuales ella no puede prosperar, uno de los cuales es la pervivencia, al momento de la explicitación del juicio decisorio, del interés jurídico que potencia la causa de pedir;

18º.- Que en la situación sub iudice semejante interés ha sido, indudablemente, el que la Ley 19.745 no produjera efectos;

19º.- Que lo que la mencionada legislación dispuso fue que la elección de diputados y senadores que debía verificarse el 11 de diciembre de 2001 se verificara el día 16 de ese mes y año;

20º.- Que como es fácil advertir, los efectos de la comentada ley están plenamente consumados y, en ese sentido, el interés jurídico se ha desvanecido, al perder toda actualidad, lo que es bastante para desestimar la pretensión invalidatoria.

Regístrese y devuélvase.

Redacción de la abogada integrante señora María Victoria Valencia Mercaido y del voto, el ministro don Carlos Cerda Fernández.
Nº 10.350-2.001(8.118-02).

No firma el ministro señor Cerda, quien concurrió a la vista de la causa y al acuerdo, por encontrarse haciendo uso de feriado legal. Pronunciada por la Séptima Sala de esta Corte de Apelaciones, presidida por el ministro señor Carlos Cerda Fernández y conformada por el ministro señor Jorge Dahm Oyarzún y abogada integrante señora María Victoria Valencia Mercaido.

Arturo Felipe Onfray Vivanco¹

JULIO SALAS VIVALDI: *Estudios de Derecho Procesal*,
Editorial LexisNexis, Santiago de Chile, 2006, 469 páginas

El Fondo de Publicaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción y la Editorial LexisNexis han decidido llevar a cabo una feliz iniciativa, consistente en la publicación de una serie de colecciones fundamentales, a saber: la de manuales, la de monografías y la de estudios. En esta última se considera la inclusión de homenajes a los más destacados docentes de la Universidad de Concepción, entre ellos Julio Salas Vivaldi, un autor cuyo solo nombre nos recuerda importantes contribuciones a la ciencia procesal nacional, la más conocida, por ya varias generaciones de estudiantes, su obra “*los incidentes y en especial el de nulidad procesal*”.

Julio Salas Vivaldi, nació en Concepción en el año 1929. En la “*Capital del Sur*” ejerció por más de cincuenta años la docencia universitaria en la Universidad de Concepción, su casa de estudios, de la cual egresó con honores y en la cual, a su vez, alcanzó altas distinciones. Su labor fue fructífera en diversos ámbitos. Desde ya en la docencia y en la investigación, pero también en el ejercicio profesional, en el cual destacó como abogado integrante de la Corte de Apelaciones de Concepción por más de veinte años. En todos tales ámbitos siempre ha estado presente un gran amor por la ciencia procesal, lo que surge con nitidez de sus escritos y de sus actividades, entre ellas las derivadas de su condición de fundador y director del Instituto Chileno de Derecho Procesal.

La presente obra considera una selección de veintitrés de sus artículos más importantes aparecidos entre los años 1959 y 1999 en diversas revistas jurídicas, principalmente en la Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, y en publicaciones de las Universidades de Chile, Católica de Valparaíso y Central.

Revisemos a continuación, brevemente, los principales aspectos de cada uno de los veinticuatro artículos seleccionados para la presente obra por el Fondo de Publicaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción.

En “*El Derecho y el Jurista en los albores del nuevo milenio*”, clase inaugural pronunciada en la ocasión en la cual se confiere a Julio Salas Vivaldi la calidad de Profesor Emérito de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, el autor nos recuerda la esencia de la misión del jurista, la cual configura una identidad que permanece más

¹ Arturo Felipe Onfray Vivanco. Abogado Jefe del Departamento de Estudios del Consejo de Defensa del Estado y Director del Departamento de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Licenciado en Derecho y Educación, Magíster en Sociología del Derecho (MA) y en Teoría del Derecho (LLM).

allá de los cambios que supone la evolución científica y tecnológica.

En *“La enseñanza del proceso”*, conferencia pronunciada en el marco de la Jornada Binacional de Enseñanza del Derecho Procesal, organizada por la Universidad Diego Portales, en la cual participaron los catedráticos españoles Manuel Serra Domínguez y Francisco Ramos Méndez, Julio Salas Vivaldi contrasta la visión del profesor de la Universidad Pompeu Fabra con las experiencias de su propia cátedra.

En *“Algunas consideraciones sobre la administración de justicia en la nueva Constitución Política”*, se analiza el tratamiento que la Constitución Política de 1980 otorga a la Administración de Justicia, siendo de particular interés las reflexiones que desarrolla en relación con la jurisdicción y el reconocimiento constitucional de la misión de abogado.

En *“Tres instituciones procesales y una ausente en el ámbito constitucional chileno”* –así como luego lo reitera en el *“Reconocimiento constitucional de la acción procesal y de la jurisdicción de equidad”*– el autor revisa el reconocimiento constitucional otorgado a la inexcusabilidad del ejercicio de la jurisdicción y su vinculación con la equidad, el amparo constitucional de la acción procesal y el proceso como garantía constitucional. Sin embargo, frente a tales avances lamenta la ausencia de una efectiva protección de la inmutabilidad de las decisiones judiciales, esto es, de uno de los institutos procesales fundamentales, a saber, la cosa juzgada.

En el *“Estudio comparativo de la Jurisdicción en las Constituciones de 1925 y 1980”*, Julio Salas Vivaldi compara los textos constitucionales de 1925 y 1980 en lo relativo a la administración de justicia destacando como un punto central el carácter amplio que actualmente se otorga al concepto de jurisdicción en contraste con el carácter restringido que le otorgaba la Constitución de 1925, la cual la limitaba al vero *“juzgar”*.

En *“La pasividad del juez en el proceso civil ¿Mito o realidad?”*, se revisan diversos institutos procesales civiles para concluir que en el sistema procesal nacional existe una marcada tendencia en orden *“a ampliar las facultades del juez, dejando de ser un mero director del debate para transformarse en un activo partícipe en su curso”*.

En *“El juez frente al proceso irregular”*, el autor analiza la nulidad procesal y, en particular, la facultad del juez para declarar de oficio la nulidad de ciertos actos del proceso, la facultad de casar de oficio una sentencia y la facultad del juez para evitar la nulidad de los actos del proceso.

En *“Los principios de especificidad, convalidación, trascendencia y extensión de la nulidad procesal en la legislación chilena”*, Julio Salas Vivaldi considera diferentes dimensiones de uno de los temas a los cuales ha dedicado un esfuerzo mayor, a saber, la nulidad procesal.

En *“Facultades del juez en el proceso civil para mantener la corrección del procedimiento”*, se profundiza en aquella facultad establecida por la Ley N° 7.760, en cuya virtud el juez tiene la facultad de declarar de oficio la nulidad procesal de los actos procesales realizados sin las solemnidades legales, lo cual constituye un aspecto novedoso en la

legislación procesal chilena, en particular al año de la aparición de este artículo, 1959, en el cual la primacía del principio dispositivo en los procedimientos civiles en Chile era manifiesta. Sobre tal tema insiste en su artículo *“Nulidad procesal. Facultades del juez y las partes”*, publicado treinta años más tarde, en el cual revisa la evolución sobre el tema en Chile, en especial, considerando el impacto de la entonces reciente Ley N° 18.705.

En la *“Oportunidad en que deben promoverse los incidentes. Situación especial de nulidad procesal en el juicio civil”*, el autor verifica los alcances de los artículos 84 y 85 del Código de Procedimiento Civil.

En *“El recurso de protección y las decisiones judiciales”*, Julio Salas Vivaldi analiza la procedencia del recurso de protección contra las decisiones judiciales, lo cual, si bien hoy en día aparece como un tema zanjado por la jurisprudencia, no lo era hace quince años, fecha de la aparición de este artículo.

En *“La apreciación de la prueba en conciencia y conforme a las reglas de la sana crítica. Una polémica revivida”*, se distinguen términos que, en ocasiones, admiten posibles confusiones, cuales son la resolución en conciencia de un caso, lo cual corresponde a la llamada justicia de equidad, la apreciación de la prueba conforme a equidad y la apreciación de la prueba conforme a la sana crítica.

En *“La formulación de peticiones concretas como requisito de admisibilidad de la apelación”*, el autor analiza los alcances de la modificación al artículo 201 del Código de Procedimiento Civil, introducida por la Ley N° 18.882, la cual, según concluye, importa que el legislador requiere del apelante que este *“exprese clara y determinadamente cuáles son los pronunciamientos del fallo impugnado que desea que el tribunal de alzada enmiende o revoque y cómo debe hacerlo, precisando así el ámbito de competencia de éste”*, a lo cual agrega que *“si no se da cumplimiento a la exigencia anterior, el recurso debe declararse de oficio inadmisibile por el tribunal a quo, y si no lo hace, por el superior, sea en cuenta o durante la vista de la causa”*.

En *“La conciliación ¿Medio eficaz de poner fin al litigio?”*, Julio Salas Vivaldi reflexiona sobre los alcances de la Ley N° 19.334, la cual introdujo el llamado a conciliación obligatorio en la mayoría de los juicios civiles.

En *“Situación de interés en el procedimiento sumario”*, se revisa una serie de situaciones que se producen durante el curso de la tramitación del juicio sumario, entre ellas la oportunidad en que debe llevarse a efecto la correspondiente audiencia a que se refiere el artículo 683 del Código de Procedimiento Civil, la necesidad de efectuar la audiencia, la oportunidad para presentar la nómina de testigos, los incidentes y, en especial, el de sustitución del procedimiento y la tramitación del recurso de apelación.

En *“Situación del título ejecutivo en la instancia abandonada”*, se analiza, por el autor, la subsistencia o caducidad de las gestiones preparatorias de la vía ejecutiva en el evento de declararse abandonada la instancia en el juicio a que aquellas pueden dar origen.

En la revisión de *“Los escritos del proceso y su firma”*, Julio Salas

Vivaldi concluye que la firma de los autores de los escritos es necesaria conforme a exigencias de seguridad jurídica y de seriedad del debate.

En *“El arbitraje y los juicios laborales”*, se revisa la posibilidad de utilizar el arbitraje como forma de solucionar los conflictos jurídicos individuales de índole laboral.

En el *“Cumplimiento de obligaciones reconocidas judicialmente respecto de los bancos en liquidación”*, el autor considera la situación procesal de los bancos en liquidación respecto de obligaciones contraídas antes de ese estado y declaradas judicialmente.

En *“Desarmonía entre algunas normas legales de carácter procesal y la Constitución Política de la República”*, Julio Salas Vivaldi revisa algunas posibles incompatibilidades entre la Constitución y los códigos procesales, vigentes a la fecha de su entrada en vigor, en particular en lo relativo a la posible derogación del artículo 284 del Código Orgánico de Tribunales, la situación de las normas legales relativas a la responsabilidad criminal de los jueces por delitos ministeriales, el cumplimiento de sentencias desfavorables al Fisco y los alcances de la inamovilidad de los miembros de la Corte Suprema.

En *“Competencia arbitral”*, se analiza la situación procesal suscitada respecto de la competencia de un juez árbitro llamado a conocer las consecuencias jurídicas e indemnizaciones derivadas de la colisión de dos barcos y, en particular, los límites de la competencia arbitral, las cuales, según se indica, están dadas por el sujeto activo del arbitraje, quien *“es el llamado a fijar los límites de la jurisdicción arbitral”*.

En *“Naturaleza jurídica de la gestión judicial destinada a regular cuantitativamente la indemnización de perjuicios sustanciada en el procedimiento incidental de cumplimiento de la resolución que reconoció su existencia”*, el autor explica la situación considerada en el artículo 173 inciso final del Código de Procedimiento Civil, a saber, la del litigante que ha sido condenado por sentencia firme a indemnizar perjuicios, reservándose la parte victoriosa el derecho a discutir el monto de ellos en la ejecución del fallo. En tal análisis, una especial consideración se da a la forma de la notificación de la solicitud de regulación de los daños y los pertinentes perjuicios, la cual, en opinión del autor, debe realizarse personalmente.

El libro comparte los méritos de las selecciones de trabajos de destacados juristas y de los homenajes a largas carreras en pro del desarrollo de las ciencias jurídicas.

La selección permite advertir algunas limitaciones, eso sí, en cuanto, en primer lugar, existe una cierta repetición en los contenidos de los artículos no solamente temática, sino que literal, lo que sugiere que podrían haberse omitido algunos sin afectar la calidad de la obra. En segundo lugar, es posible observar que dado el período de la selección algunos trabajos presentan una cierta obsolescencia natural. Finalmente, bien podría haberse considerado una división temática de los artículos, la que aun cuando aparece en forma tácita habría ganado con su explicitud.

Como contrapartida, podría rescatarse que si bien en la obra aparecen

algunos temas centrales a lo largo de varios de los trabajos seleccionados, ello no se trata de una repetición odiosa. Al contrario, es posible pensar que el espíritu del profesor subyace en tal ejercicio en orden a rescatar ciertas ideas centrales para que no olvidemos su importancia. A su vez, el tiempo no resta necesariamente valor a los artículos y quizás, por el contrario, no hace sino recordar a una comunidad jurídica cómo determinados temas permanecen aún pendientes de resolución, no obstante el paso de los años, como ocurre con la pasividad del juez en el proceso civil o las garantías constitucionales del proceso, fundamento de la construcción de una nueva ciencia procesal.

Más allá de los artículos, cuyo valor en sí mismo justifica con creces la obra, la cual se enmarca a su vez dentro de un esfuerzo editorial que no cabe sino destacar, resulta emocionante comprobar el amor que una disciplina como la procesal genera en quienes la cultivan, tal como ha ocurrido con Julio Salas Vivaldi, quien a lo largo de su vida ha testimoniado aquello, generando numerosos frutos en el Foro y en la Academia, los cuales son presentados en esta publicación para el bien de la cultura jurídica nacional.