

Título: La Mediación como forma de resolución de conflictos entre los ciudadanos y la administración del Estado.

María Soledad Lagos Ochoa

Mediadora del Consejo de Defensa del Estado y Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile

Resumen:

Tratándose de conflictos entre la Administración y los ciudadanos (relación extremadamente asimétrica y vertical), el sistema jurídico por lo general, solo brinda como mecanismo de solución, acciones jurisdiccionales de lata y muy especializada tramitación (con una sola posibilidad de reparación: la económica), haciendo del acceso a la justicia una posibilidad particularmente remota. En este escenario, ¿es conveniente la introducción de mecanismos colaborativos de resolución de conflictos?, y ¿qué dificultades podrían presentarse?. Para responder estas interrogantes, es indispensable abordar las ventajas cualitativas de la mediación, constatando la dificultad de cuantificar sus beneficios (requisito de toda política pública que implique la destinación de recursos fiscales), que hoy en día exceden y no se identifican, solo con la desjudicialización de los conflictos. Finalmente, esta ponencia abordará la vinculación entre mediación y la concepción de un Estado de Derecho moderno, considerando que este mecanismo en este ámbito, no solo resuelve conflictos, sino que además permite que los ciudadanos recuperen la confianza en la administración, la que puede recoger sus intereses, que no son solo pecuniarios; explicar sus decisiones y/o corregir las deficiencias que se hayan detectado en sus actuaciones, lo que redundará necesariamente en una mejor gestión pública y en la realización concreta del derecho de acceso a la justicia.

Palabras Clave: ciudadanos - administración - conflictos - resolución - modernización del Estado.

Eje temático: Mediación para la resolución de los conflictos suscitados entre los ciudadanos y el Estado.

Ponencia:

En términos generales, tratándose de conflictos entre la Administración y los ciudadanos, se visualiza una relación extremadamente asimétrica y vertical, existiendo una importante distancia entre las problemáticas concretas de las personas y la decisión de la autoridad frente a estas. El sistema jurídico solo brinda como mecanismo de solución, acciones jurisdiccionales de lata y muy especializada tramitación, generalmente juicio ordinario, solo con posibilidad pecuniaria de solución, haciendo del acceso a la justicia una alternativa particularmente remota en esta área, visualizándose el Estado como un Leviatán frente a los ciudadanos.

Es así como, numerosas legislaciones en esta materia excluyen los mecanismos colaborativos, no considerándolos idóneos y legítimos, por estimar que los intereses fiscales no pueden ser objeto de negociación y/o mediación, ya que se vulneraría el Principio de Legalidad que rige los actos de Administración del Estado. Así por ejemplo, la legislación Argentina¹, pionera en América Latina, en materia de obligatoriedad de la mediación ante conflictos civiles, la excluyó expresamente tratándose de “... Causas en que el Estado nacional, las provincias, los municipios o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o sus entidades descentralizadas sean parte, salvo en el caso que medie autorización expresa y no se trate de ninguno de los supuestos a que se refiere el artículo 841 del Código Civil;...”

Sumado a ello, numerosas legislaciones, excluyen la posibilidad de llamado a conciliación en los juicios en que existan intereses fiscales comprometidos, a fin de reducir al máximo toda posibilidad de acuerdos o acercamientos entre las partes, cuando se trate de conflictos que vinculan a la administración.

¹ Ley N° 26.589 de la República Argentina, que establece con carácter obligatorio la mediación previa a procesos judiciales, de 6 de mayo de 2010.

Pero, ¿por qué se excluyen los mecanismos colaborativos de resolución de conflictos en este ámbito?, y particularmente, la negociación; la mediación; e instancias de conciliación, como formas de resolución. Son numerosas las razones para ello, y entre ellas podemos considerar:

1.- El principio de legalidad y la representación de los intereses generales de la comunidad, no permitirían la generación de espacios colaborativos, menos aún la disposición de ellos, para la consecución de acuerdos. Muchas veces se señala, que los recursos que pertenecen al Fisco, son de todos y cada uno de los nacionales y por tanto, no es posible gestionarlos discrecionalmente.

En efecto, muchas entidades fiscales a cargo de la defensa de los intereses del Estado, fueron creadas por leyes pretéritas que no consideraron en su oportunidad, la posibilidad de que el Fisco pudiera transigir y dada, la interpretación restrictiva de las normas de derecho público, no es posible realizar las funciones de manera distinta, sin vulnerar con ello, el principio de legalidad.

2.- Las cifras de litigiosidad y éxito de las entidades que defienden los intereses fiscales, en general no son favorables al ciudadano, quién debe enfrentarse a entidades especializadas en la defensa de estos, entonces ¿para qué cambiar esta forma de resolver estos conflictos, si una parte los gestiona obteniendo resultados exitosos de su labor?, En efecto, muchos organismos avocados a la defensa judicial y representación del fisco, consideran dentro de los índices de efectividad de su labor, las cifras de cuantías demandadas versus las cuantías, a las que efectivamente se les condenó, y radican el éxito de su gestión, en el eventual ahorro de recursos que para el fisco significa lo demandado, en comparación a lo efectivamente pagado.

Este análisis, es particularmente engañoso, por cuanto es conocido el carácter posicional de los planteamientos judiciales (pretensión y contrapretensión procesal) y lo exageradas que son las peticiones indemnizatorias contenidas en los escritos principales de las demandas y contestaciones, que involucran sumas indemnizatorias, las que evidentemente no implican necesariamente, la convicción de que dichas cifras

correspondan a montos razonables y acotados al mérito de los hechos que fundan el proceso (el llamado en términos coloquiales “tejo pasado”).

3.- La contradicción “aparente” de ciertos principios propios de la mediación, como la confidencialidad, con tendencias actuales relativas al ejercicio de la función pública, por ejemplo, respecto de la transparencia y publicidad de los actos administrativos.

4.- Conceptualización de la modernización del Estado, vinculada exclusivamente a indicadores cuantitativos de éxito e indicadores de gestión, sin consideración a resultados cualitativos, muchas veces no medibles fácilmente, por ejemplo, la percepción de confianza de los ciudadanos.

5.- En muchos sistemas judiciales, el fisco tanto demandado, como demandante, provee de un importante número de ingresos al sistema jurisdiccional. La incorporación de mecanismos que favorecen el acceso a la justicia, presuponen un mayor acceso y por lo tanto, un mayor volumen de casos a tramitar.

6.- Muchas veces vemos el desprecio absoluto de la autoridad respecto de los mecanismos negociados (verbigracia, directivos de universidad pública que se niegan a dialogar con alumnos en toma, habiendo paralizado las actividades, mientras esta no se deponga). Ello nos habla del ejercicio del poder, y de la concepción tradicional de autoridad, en la que el diálogo solo surgirá en la medida en que se obedece lo prescrito por la superioridad jerárquica. Las órdenes se acatan y solo así, es posible que se genere algún espacio de conversación; si ello no se da, solo cabe el enfrentamiento.

7.- El desconocimiento de las ventajas y aporte de los sistemas colaborativos de resolución de conflictos por parte de los operadores jurídicos, en el ámbito de las problemáticas ciudadano-administración, entre otras.

Pero, ¿cuáles son los conflictos que día a día se suscitan entre el ciudadano y el Fisco/ Estado? y ¿que los caracteriza?. En primer lugar, es importante constatar que en términos generales, los conflictos en los que la autoridad estatal está involucrada, por regla general, se analizan conforme al criterio estricto y limitado, que restringe estas problemáticas, a determinadas materias subsumidas en una calificación jurídica, que habitualmente darán lugar a:

- 1.- Servicios dados en forma deficiente, tardía o no brindados, que generan responsabilidad para el Estado (extracontractual).
- 2.- Incumplimientos contractuales en materia comercial (responsabilidad contractual).
- 3.- Actos administrativos que se consideran vulneratorios o lesivos de derechos, por ejemplo, expropiaciones.
- 4.- Desvinculación laboral de funcionarios de la administración del Estado, etc.
- 5.- Figuras penales de carácter patrimonial, sujetas a eventuales acuerdos reparatorios, entre otros.

Sin embargo, detrás de cada materia, hay características propias que distinguen este tipo de conflictos, las que habitualmente no se consideran. Es decir, la forma de solución brindada por el proceso jurisdiccional contencioso (juicio), no determina la naturaleza del conflicto, ni menos aún sus características distintivas, por ejemplo, si vemos una demanda en materia de incumplimiento contractual (que jurisdiccionalmente se resuelve con o sin una indemnización de perjuicios), ello no significa que los intereses de las partes se reduzcan solo a lo pecuniario. El conflicto considera otros elementos: la pérdida de la confianza; los efectos en el mercado que esta situación generará; la constatación de malas prácticas de gestión de contratos vinculadas a la administración; deficiente redacción de cláusulas; etc.

Sumado a ello, muchas veces la conflictividad vinculada a la administración se analiza en función de la “cuantía”, permitiéndose que operen mecanismos de resolución negociados, solo respecto de sumas menores, transmitiendo a los ciudadanos un confuso mensaje: los conflictos de cuantías menores son negociables y los de sumas más importantes no (distinción que en cuanto a razones de procedencia no se justifica técnicamente).

Además, es importante tener presente, que los órganos de defensa fiscal distinguen, entre aquellas actuaciones que se realizan en representación del Fisco (intereses patrimoniales involucrados), o representación del Estado (intereses no patrimoniales, no avaluables en dinero). Esta distinción, sumada a las anteriores también minimiza el conflicto, por cuanto presupone que la solución de los conflictos patrimoniales es

exclusivamente pecuniaria, en circunstancias de que muchas veces conflictos que el ordenamiento jurídico establece que solo pueden ser resueltos vía indemnización, sean luego de un proceso negociado/mediado, satisfechos los intereses principales de las partes, a través de obligaciones de hacer o no hacer y no necesariamente de dar.

Reducir las problemáticas solo a sumas indemnizatorias, olvidando que existen otros elementos involucrados y que se vinculan a necesidad de reconocimiento, control, pertenencia, bienestar y/o seguridad, minimiza el espacio posible de negociación/mediación y finalmente subestima las exigencias de los ciudadanos actuales, que hoy se vinculan muchas veces a mejoras de protocolos; trato digno; y respeto de los derechos consagrados a favor de ellos. Desde esta perspectiva, cuando nos referimos a conflictos que se suscitan entre el ciudadano y un servicio público y/o sus funcionarios ante posibles faltas de servicio (responsabilidad extracontractual del Estado), la indemnización por sí misma no es la motivación principal de quienes accionan, ni menos logra reparar el daño causado (por ejemplo, tratándose de muerte o daños permanentes de gran entidad). Habitualmente en causas de esta naturaleza, la lógica lineal causa-efecto del proceso judicial, no permite que se trabajen los intereses prioritarios de las personas que se sienten afectadas, que en términos generales, van mucho más allá que la mera obtención de una suma de dinero, sino que se refieren a: Saber que sucedió; Que se adopten medidas para que lo vivido por ellos no le ocurra a nadie más; Que se restablezca la condición de salud deteriorada; Que se pueda recobrar la calidad de vida, en el caso de daños permanentes; Que se reconozca que el reclamo no es infundado; Que se sancione a los responsables; Que se pidan disculpas, entre otras².

La solicitud de las personas de un monto indemnizatorio, responde a lo que el sistema tradicional de resolución jurisdiccional, basado en la confrontación, brinda como forma de solución. La gente sabe que las entidades responden, en términos generales a través

² La solicitud de una suma de dinero en un juicio indemnizatorio siempre es posicional, porque es lo único que se puede solicitar en sede jurisdiccional, que se comprenda como forma de reparación.

de su patrimonio y, por ello consideran que hay que solicitar algo que le “duela” a la contraparte.

Sin embargo, el conflicto que el Fisco es llamado a solucionar “no es exclusivamente pecunario” y por ello, si queremos resolverlo, no podemos generar solo medidas indemnizatorias. La posibilidad de negociar, mediar y/o conciliar permite que salga a la luz este contenido, que de otra manera es invisibilizado en procesos judiciales confrontacionales, para que así puedan emerger las verdaderas necesidades en juego. El sistema procesal civil contencioso no da cabida, a medidas reparatorias vinculadas a la no repetición de hechos similares; ni a la incorporación o mejora de protocolos destinados a evitar ello.

A su vez, en cuanto a las principales materias en que el Fisco interpone demandas encontramos: cobro de pesos; indemnización de perjuicios ante incumplimientos de contratos, entre otras, cuyo éxito también se analiza solo desde la perspectiva del resultado del juicio, pero ¿cómo se gestionó este conflicto que afecta al Fisco?, ¿el servicio público que demandó, efectivamente tomó medidas concretas para evitar la repetición del mismo?. Por ello, es necesario preguntarse ¿es recomendable introducir mecanismos colaborativos?, y ¿por qué?

La respuesta a estas interrogantes es absoluta y definitivamente afirmativa, por cuanto si analizamos las actividades que desempeña el Estado/Fisco podemos apreciar que permanentemente se generan conflictos³, en los que se distinguen claramente diversos

³ Programa de Derecho Administrativo Económico UC, *La voz de siete administrativistas: El Derecho Administrativo en la Constitución*, publicación de Mirada Administrativa N°2, de Noviembre de 2016, disponible en file:///C:/Users/soledad.lagos/Downloads/Mirada%20Administrativa%20N2%20(1).pdf (visita efectuada el 29 de julio de 2018), donde se señala “...¿Dónde está el Derecho Administrativo en la *praxis*? ¿Existe dentro de las problemáticas sociales alguna que responda a la Administración, a su interrelación con las personas y a la regulación de su acción? Y esto es así (de donde podemos considerar configurada la disciplina del Derecho Administrativo y sus bases) pues existen tres temáticas o hechos que en su conjunto explican la relación jurídica que cada día se da entre los diversos órganos de la Administración y los ciudadanos/administrados; todo ello derivado de la acción administrativa necesaria e ineludible en un Estado de Derecho.

Así, el Derecho Administrativo surge, se configura y se reconoce cada día a partir de:

- i).- la existencia de la «Administración», como hecho jurídico orgánico y funcional. Esto es, la existencia de una gran variedad de órganos administrativos, a cuyo conjunto le llamamos por facilidad de lenguaje «Administración»;
- ii).- los «administrados» o ciudadanos, que son quienes se vinculan con tales órganos administrativos, como parte de esa relación jurídica; y,
- iii).- la acción administrativa, esto es, la actuación concreta de cada órgano, tomando decisiones u omitiéndolas; lo que da origen de una relación jurídica con el administrado...”

intereses en juego, que pueden ser satisfechos, luego de un proceso colaborativo de resolución. Estos conflictos se desarrollan, cuando la entidad estatal/fiscal desarrolla los siguientes roles:

- 1.- Fisco contratante.
- 2.- Estado generador de actos de autoridad.
- 3.- Funcionarios a cargo de caudales y efectos públicos.
- 4.- Funcionarios que desarrollan actividades que pueden generar responsabilidad, verbigracia salud, fuerzas armadas y de orden, entre otras.
- 5.- Fisco empleador.
- 6.- Actividad empresarial del Estado.
- 7.- Estado soberano, en cuanto sujeto de relaciones internacionales.
- 8.- Estado sancionador⁴⁵.

En segundo lugar, es importante tener presente, que las entidades a cargo de representar los intereses fiscales en sede jurisdiccional, por regla general consideran dentro de su Misión⁶, el defender y representar los intereses patrimoniales y no patrimoniales del

4 Cordero Vega, Luis, *El decaimiento del procedimiento administrativo sancionador. Comentarios a las sentencias de la Corte Suprema del año 2010*, Anuario de Derecho Público UDP, pp. 248-249, disponible en http://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2016/08/12_Cordero.pdf (visita efectuada el 29 de julio de 2018), señala "...en efecto, más allá de cierta vertiente doctrinal que pretende negar el ejercicio de las potestades administrativas sancionadoras en la Administración, existe consenso en que el derecho administrativo sancionador constituye una dimensión esencial del proceso de ejecución y aplicación de la ley, particularmente de su cumplimiento efectivo en la realidad. Las leyes y reglamentos tienen la pretensión de modificar la realidad social, encauzando la conducta privada conforme a los estándares previstos en las normas jurídicas adoptadas. Aunque resulte obvio señalarlo, las leyes y reglamentos se dictan para ser aplicados. Esta pretensión se vería completamente frustrada si la autoridad administrativa no contara con la capacidad de imponer sanciones directas a los ciudadanos (esto es, sin necesidad de recurrir a los tribunales de justicia). Sin embargo, para que dicha potestad sancionatoria pueda ser ejercida, es necesario que sea el resultado de "procedimientos justos y racionales" en los términos exigidos por el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República (CPR), entre otras garantías. Con ello, el sistema pre-beccariano, en el que la Administración podía aplicar sanciones administrativas de plano y sin resguardar las garantías y derechos de los ciudadanos, está hoy constitucionalmente proscrito. En la actualidad, ocurre lo opuesto: no solo es imprescindible la tramitación de un procedimiento para la imposición de sanciones administrativas, sino que en esos procedimientos rigen variadas garantías, especialmente los derechos de defensa y otros derechos formales caracterizados por su elevado nivel garantista..."

5 La existencia de un procedimiento administrativo sancionador, con las garantías debidas no excluye la posibilidad de que pueda desarrollarse una etapa previa o bien dentro del procedimiento mismo, una negociación a fin de que se suspenda la imposición de la sanción. En efecto, hay procedimientos sancionatorios en materia medio ambiental, que consideran la posibilidad de pactar con la autoridad condiciones de cumplimiento (acciones y metas del programa que deben asegurar el cumplimiento de la normativa infringida, así como contener y reducir o eliminar los efectos de los hechos que constituyen la infracción), suspendiéndose el procedimiento, por ejemplo en Chile, Programas de Cumplimiento ante la Superintendencia de Medio ambiente, Ley 20.417.

6 A modo de ejemplo, la Misión del Consejo de Defensa del Estado de Chile es "Asesorar, defender y representar los intereses patrimoniales y no patrimoniales del Estado de Chile y sus organismos, tanto a través del ejercicio de acciones y defensas judiciales como extrajudiciales". Por su parte la Visión, es que dicho servicio "...logrará ser una institución de excelencia, reconocida por su prestigio profesional, que actúa proactivamente en la defensa judicial de los intereses del Estado y en la mediación por daños en salud, proyectándose como un actor relevante en los ámbitos de su competencia, contribuyendo al fortalecimiento y desarrollo de la

Estado y sus organismos, tanto a través del ejercicio de acciones y defensas, judiciales como extrajudiciales. Por su parte la Visión, generalmente está vinculada a una labor de excelencia y de altos estándares de calidad y eficacia jurídica, que contribuya al desarrollo eficiente del Estado-Fisco. Estas dos definiciones (misión y visión), dada la complejidad de los conflictos que enfrentan día a día, las entidades que representan estos intereses, necesariamente debe considerar mecanismos colaborativos, para desarrollar con eficacia y excelencia su labor. Muchas veces, el sólo ejercicio de la vía jurisdiccional lleva el conflicto a un mayor enfrentamiento y polarización.

Sumado a lo ya señalado, también se debe considerar que la excesiva judicialización que provee el Estado/Fisco respecto de sus conflictos, incrementando el gasto fiscal excesivamente, con mayores recursos financieros y humanos que se destinan para dicha labor. Además, cada vez es más recurrente ver conflictos multipartes o causas que afectan a un gran número de personas, que podrían ser objeto de procesos negociados que eviten la re-victimización de los afectados y el desgaste innecesario de la actividad jurisdiccional.

La complejidad de la conflictividad actual reclama a los profesionales a cargo de la labor (defensa y representación de los intereses del Estado/Fisco), que consideren no sólo la posibilidad de ganar juicios, sino además de lograr acuerdos sustentables (en los casos en que proceda), en post de una adecuada resolución, de manera tal que finalizado el proceso de mediación, la autoridad pueda revisar su labor y mejorar en forma concreta los estándares de calidad o cuidado de los servicios del Estado, lejos de la lógica ganador- perdedor.

Dicho esto, es importante constatar que siendo pocos los espacios de diálogo entre administrados y autoridades, la gestión de los intereses de las partes involucradas (Estado/ Fisco y ciudadanos), es deficitaria o inexistente, considerando las problemáticas jurídicas actuales.

En Chile diversos servicios públicos han incorporado para el cumplimiento de sus funciones mecanismos de resolución alternativa de conflictos⁷, sin embargo, aún persiste una fuerte resistencia a la incorporación de otras formas de resolución de conflictos jurídicamente relevantes, distintas a la confrontacional. Son numerosos los factores que contribuyen a ello, siendo uno de los más importantes el desconocimiento del sustrato teórico y práctico en el que descansan los llamados mecanismos de resolución alternativa⁸ y el supuesto limitado y restrictivo de que la única manera de enfrentar los conflictos de índole jurídica es a través de la decisión de otros, sin que ello solucione necesariamente en forma eficaz el conflicto existente entre las partes. Por ello, conforme a lo señalado, es necesaria la profesionalización de la labor negociadora y mediadora, siendo conveniente contar con equipos especializados en métodos de resolución colaborativa de conflictos, en el ámbito público. La litigación no debiera excluir esta posibilidad, muy por el contrario, todas las mallas curriculares de las Escuelas de Derecho, han ido incorporando estos conocimientos (mecanismos

⁷ En Chile, es un fenómeno que viene desarrollándose desde hace más de 20 años, distinguiéndose procesos de facilitación o intermediación, buenos oficios, mediación y conciliación, en diversas instituciones públicas, es así como: el Consejo para la Transparencia a partir del año 2010 estableció el llamado procedimiento sistema anticipado de resolución de controversias (SARC); la Comisión Defensora Ciudadana, intermedia reclamos y consultas, cuando no hay respuesta dentro del plazo legal por parte de las instituciones del Gobierno (340 servicios) o cuando el usuario estima que han sido afectados sus derechos; la Dirección Chilecompra cuenta con un sistema de resolución destinado a promover la solución de los reclamos ingresados por proveedores y ciudadanos en forma más eficiente; la Dirección del Trabajo cuenta con 5 Centros de Mediación (Valparaíso, Concepción, Temuco, Santiago Poniente y Santiago Oriente), teniendo como usuarios a trabajadores y empleadores; el año 2004 se consagra la Mediación familiar establecida por la Ley 19.947 de Matrimonio Civil (DO de 17.05.2004); agregándose el 2005 la Mediación por daños en salud, por la ley 19.966 (DO de 03.09.2004) que se realiza ante el Consejo de Defensa del Estado, tratándose de prestadores públicos o ante la Superintendencia de Salud, en caso de prestadores privados. Otras instituciones que desarrollan estos mecanismos son: el Sernac; la Conadi; la Corporación de Asistencia Judicial Valparaíso y la Corporación de Asistencia Judicial Región Metropolitana; la Superintendencia de Educación; diversas Municipalidades; entre otras.

⁸ Lamentablemente es tan evidente esta afirmación, que basta recordar la Ley N° 19.334 de 7 de octubre de 1994, que introdujo en Chile el trámite de conciliación obligatoria en materia civil, constituyendo conforme al artículo 795 del CPC un trámite o diligencia esencial en la primera o única instancia de los juicios de mayor o de menor cuantía y en los juicios especiales, cuya omisión podría fundar un recurso de casación en la forma. La moción parlamentaria que dio origen a esta modificación legal, se inspiró en el Proyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica y planteaba la conciliación en forma previa al inicio de cualquier proceso, debiendo el futuro actor, antes de formalizar su demanda pedir audiencia para intentar una conciliación con el futuro demandado. Dentro de las ventajas señaladas en la discusión parlamentaria e informes de comisiones se mencionan: mayor eficiencia en la administración de justicia, mayor celeridad en los procedimientos, acercamiento de las personas a la justicia, menores costos de los mismos, entre otras. Finalmente, fue acogida la moción en cuanto a la obligatoriedad, pero no se estableció la conciliación en forma previa, sino una vez concluido el periodo de discusión. Pese a los buenos augurios de los legisladores a más de diez años de esta reforma legal, son absoluta y totalmente insuficientes sus resultados y desde el punto de vista de una política pública, a todas luces, no se cumplieron los objetivos buscados. ¿Por qué?: si se revisa la historia de la ley solo se visualizan argumentos y análisis desde el punto de vista procesal formal, mas no se divisa que los legisladores hayan evaluado la labor, habilidades y conocimientos necesarios para que las bases propuestas por el conciliador tengan sentido para las partes y sean acogidas por estas, siendo imprescindible para ello el conocimiento de sus intereses y de los distintos componentes del conflicto sometido a su conocimiento.

RAD), en el perfil de egreso de sus estudiantes y por tanto, los operadores del sistema debieran manejar estas competencias.

Es necesario conectar el resultado de la resolución del conflicto jurídico, en el que se encuentran involucrados intereses fiscales, con la prevención de situaciones similares. La mediación se visualiza como una herramienta virtuosa, ya que las partes involucradas podrán sentarse a conversar, dentro del marco de confidencialidad, y escuchar a la contraparte y su versión de los hechos. El representante del fisco que asiste a una mediación, puede retroalimentar al servicio en cuyo nombre comparece de forma directa, a fin de que situaciones similares no vuelvan a ocurrir. Los mecanismos colaborativos, al alejarse del binomio ganador-perdedor, permiten recoger las enseñanzas del proceso de resolución e introducir mejoras concretas y próximas en el tiempo, a fin de que no se repitan conflictos similares. El juicio, en términos generales, solo satisface al cliente, en la medida que el resultado sea haber ganado; en cambio estos mecanismos permiten la satisfacción de los intereses de ambas partes, en la fórmula ganar-ganar.

Es necesario la introducción del paradigma colaborativo en las instituciones fiscales, como herramienta de trabajo en el desempeño de sus funciones, lo que además permeabilizará las relaciones internas entre las diversas unidades que componen la institución. En términos generales, lo colaborativo muchas veces se visualiza como trabajar en equipo, con asignación de diversas funciones, sin embargo, técnicamente lo colaborativo se vincula con la idea de proceso en el que las partes “se comunican”, generando un producto distinto y mejorado, más valioso que la suma de los aportes de cada uno de los intervinientes. Cuando las instituciones incorporan este paradigma en sus labores, se potencia e incentiva el intercambio entre los diversos componentes de la estructura organizacional, que dejan de visualizarse como estancos separados, sino como unidades que pueden trabajar en conjunto, sumando al éxito de la labor del servicio.

Actualmente, en las diversas administraciones del contexto latinoamericano, en aras de mejorar la administración, se implementan Programas de Modernización Institucional

y fortalecimiento de las capacidades técnicas, para una defensa legal de los intereses del Estado/Fisco, a fin de mantener elevados estándares judiciales, lo que implica el rediseño de los procesos de trabajo, sin embargo, muchas veces esta “Modernización”, no considera “Nuevas Herramientas en materia de resolución de conflictos”, lo que implica, solo la estandarización y optimización de los procesos ya existentes, más no la incorporación de mecanismos colaborativos de resolución.

No obstante, todo lo señalado, el mundo vinculado a la defensa de los intereses estatales en Latinoamérica, comienza lentamente a ser consciente de esta deficiencia, en efecto, el 7 de marzo de 2017 se suscribió en la ciudad de Brasilia el Estatuto de la Asociación Latinoamericana de Abogacías y Procuradurías del Estado (ALAP), constituida con los representantes de Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Guatemala, Honduras, Panamá, Paraguay y Perú. Dicha Asociación se formó para profundizar los procesos de integración entre los países de América Latina, mediante instrumentos eficientes y eficaces que permitan el desarrollo de instituciones públicas robustas y comprometidas con los intereses públicos.

Conforme a dicho Estatuto, las instituciones partes decidieron crear una Asociación Latinoamericana “...Reconociendo que para desarrollar una adecuada representación y defensa legal de los intereses, del patrimonio y de la soberanía del Estado, por parte de las instituciones que de acuerdo a su normativa interna están llamadas a ejercer dichas funciones, se hace necesario crear espacios de cooperación, coordinación, análisis, debate, intercambio de experiencias e información, y búsqueda de sinergias...”, estableciéndose dentro de los objetivos de la Asociación conforme al artículo 2º de su Estatuto, letra H “... explorar y desarrollar, de conformidad con el derecho internacional y la normativa nacional de los estados, mecanismos de prevención y solución alternativa de controversias que involucren a los estados de las Partes y particulares, o a los estados de las Partes entre sí, incluso si la controversia ya ha sido sometida a un tribunal nacional, extranjero o internacional, tales como la

mediación, la conciliación, el arbitraje y cualquier otro medio de solución de controversias...⁹”.

Dicha disposición, nos muestra que la resolución alternativa de conflictos, no es algo ajeno a las entidades que defienden o representan intereses fiscales, muy por el contrario, se trata de un área que se estima conveniente de desarrollar y por ello, la constitución de esta agrupación, la considera como uno de sus objetivos.

En efecto, si revisamos las normativas internas de los países parte, podremos apreciar, a modo de ejemplo:

1.- En Colombia la Procuraduría General del Estado, en cuanto a su Misión considera que “construye convivencia, salvaguarda el ordenamiento jurídico, representa a la sociedad y vigila la garantía de los derechos, el cumplimiento de los deberes y el desempeño íntegro de quienes ejercen funciones públicas, preservando el proyecto común expresado en la Constitución Política; para producir resultados de valor social en su acción preventiva, ejercer una actuación disciplinaria justa y oportuna y una intervención judicial relevante y eficiente, orientadas a profundizar la democracia y lograr inclusión social, con enfoque territorial y diferencial¹⁰”

En este contexto la Ley 1444 de 2011, creó la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, la que a través de la función de mediación permite encontrar una solución a los conflictos extrajudiciales o judiciales que se susciten entre entidades y organismos del orden nacional y por ello dentro de las funciones de la Dirección General se considera “Liderar la implementación los protocolos y lineamientos del plan estratégico de defensa jurídica de la Nación, así como de las estrategias de utilización de mecanismos alternativos de solución de conflictos...”

2.- Por su parte, en Panamá, la Procuraduría de la Administración es una institución que, mediante una gestión de calidad desarrollada dentro del marco constitucional y legal, defiende los intereses del Estado y de los municipios; promueve la legalidad, la competencia y la ética en las actuaciones de los servidores públicos; brinda orientación

⁹ Estatuto de la Asociación Latinoamericana de Abogacías y Procuradurías de Estado (ALAP), disponible en: https://www.cde.cl/wp-content/uploads/2018/05/Estatuto-ALAP_r.pdf (visita efectuada el 29 de julio de 2018).

¹⁰ Disponible en <https://www.procuraduria.gov.co/portal/Mision-y-Vision.page> (visita efectuada el 30 de julio de 2018).

ciudadana y contribuye a formar una cultura de paz a través de la mediación comunitaria, para fortalecer el Estado democrático de Derecho y para ello existe la Oficina de Coordinación del Programa de Mediación Comunitaria, que tiene como meta implementar el ejercicio de la mediación a nivel nacional, capacitando líderes comunitarios como mediadores y estableciendo Centros de Mediación Comunitaria, que sirvan de espacios para la participación ciudadana y lograr así la solución pacífica de conflictos, en el ámbito comunitario con el objetivo de reducir la litigiosidad y promover una cultura de paz en las comunidades.

3.- En Perú, el Consejo de Defensa Jurídica del Estado (CDJE), es un órgano colegiado encargado de dirigir y supervisar la defensa jurídica de los intereses del Estado, el cual se encuentra a cargo de los Procuradores Públicos. Conforme al el Artículo 7° del Decreto Legislativo del Sistema de Defensa Jurídica del Estado N° 1068, el “...El Consejo de Defensa Jurídica del Estado tiene, entre otras la posibilidad de “...h) Resolver a través de mecanismos alternativos de solución de conflictos las controversias originadas entre entidades del Estado...¹¹”

4.- En Chile, el año 2004 se promulgó la Ley 19.966, sobre Régimen de Garantías en Salud (ley auge), la que en su artículo 43 estableció que el ejercicio de las acciones jurisdiccionales contra los prestadores institucionales públicos que forman las redes asistenciales o sus funcionarios, para obtener la reparación de los daños ocasionados en el cumplimiento de sus funciones de otorgamiento de prestaciones de carácter asistencial, requiere que el interesado, previamente, haya sometido su reclamo a un

¹¹ En otros países, no integrantes de este acuerdo también se incorporan mecanismos RAD. Así por ejemplo, en México, el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917, y reformada en 2008 prescribió en su artículo 17 que las leyes deberán prever mecanismos alternativos de solución de controversias. Consecuentemente, la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, estableció en su artículo 3° los objetivos de la mediación de la siguiente forma: “...La mediación tiene como objetivo fomentar una convivencia social armónica, a través del diálogo y la tolerancia, mediante procedimientos basados en la prontitud, la economía y la satisfacción de las partes. La mediación como método de gestión de conflictos, pretende asimismo evitar la apertura de procesos judiciales de carácter contencioso y poner fin a los iniciados...”. En Costa Rica, la Constitución reconoce en su artículo 43 el derecho de toda persona a “terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aún habiendo litigio pendiente”. El citado artículo constitucional, se refiere exclusivamente al arbitraje, sin embargo en los artículos 2° y 3° de la ley 7.727, Ley RAC, se establece el más amplio derecho de las personas a recurrir a otros mecanismos distintos de los jurisdiccionales, prescribiendo: “... Toda persona tiene el derecho de recurrir al diálogo, la negociación, la mediación, la conciliación, el arbitraje y otras técnicas similares, para solucionar sus diferencias patrimoniales de naturaleza disponible. El acuerdo que solucione un conflicto entre particulares puede tener lugar en cualquier momento, aún cuando haya proceso judicial pendiente...”.

procedimiento de mediación ante el Consejo de Defensa del Estado, el que podrá designar como mediador a uno de sus funcionarios, a otro en comisión de servicio o a un profesional inscrito en el Registro de Mediadores de la Superintendencia de Salud. La consagración de la Mediación por Daños en Salud para los usuarios del sector público, exigió que el Consejo de Defensa del Estado (órgano por tradición litigioso), se enfrentara a un nuevo paradigma: la colaboración. Por ello, se formó una Unidad de Mediación, integrada por un equipo multidisciplinario de profesionales (abogados, asistentes sociales, médicos, etc.), encargado de brindar un servicio gratuito de mediación en todo el país, habiéndose realizado en estos 12 años, más de 13.000 procesos de mediación¹².

Estas, son solo algunas experiencias, que demuestran que es posible utilizar mecanismos colaborativos para la resolución de los conflictos entre los ciudadanos y la administración, siendo plausible entonces preguntarnos ¿qué dificultades podrían presentarse?, y ¿qué elementos es necesario considerar al momento de implementar estos mecanismos en este ámbito?

La principal dificultad que se presentará dice relación con la incorporación y socialización del paradigma colaborativo en sede administrativa y las posibles colisiones entre los principios propios del derecho público y de la disciplina de la mediación. Sumado a ello, será indispensable, para la implementación de cualquier política en tal sentido, abordar las ventajas de la mediación y las más difíciles de fundamentar serán aquellas cualitativas, que dificultan la cuantificación de sus beneficios, que hoy en día exceden y no se identifican, solo con la desjudicialización de los conflictos, ¿cómo se le demuestra a Hacienda las ventajas en cuanto a confianza de los ciudadanos en la administración; el deuteroprendizaje que generan los procesos de mediación; y la importancia del diálogo para las relaciones interpersonales?

Sumado a esto, hay varios puntos de inflexión que deben ser resueltos:

¹² Información actualizada sobre los procesos de mediación disponible en https://www.cde.cl/gestion_institucional/estadisticas/ (visita efectuada el 30 de julio de 2018).

1.- Forma de acceso: El proceso de mediación debe ser gratuito, porque es parte de los servicios de acceso a la justicia.

2.- ¿Quién hace la mediación?. Ella debe radicarse en un órgano con la independencia necesaria y suficiente para ser un tercero imparcial, que pueda intervenir un conflicto y lograr que se genere diálogo entre las partes. Evidentemente, la labor no puede ser realizada por el mismo órgano contra el que se reclama.

Distinto será, la posibilidad que cada servicio, dentro de sus competencias y conflictos pueda negociar directamente, acudiendo posteriormente a una mediación ante un tercero independiente, si los intentos de comunicación directa fracasaron.

3.- Muy ligado a lo anterior, es necesario determinar que materias podrán ser mediables, excluyendo quizás aquellas relativas a derechos indisponibles para las partes y/o vinculadas a temas penales que no admiten salidas alternativas al proceso.

4.- ¿Los principios que regirán esta mediación? Respecto de los comunes a toda mediación (voluntariedad, igualdad, confidencialidad, imparcialidad), deberán resolverse aquellas posibles colisiones que pudieran producirse, en cuanto al tipo de conflicto de que se trate (confidencialidad y conflicto comunitarios); a la labor propia de la administración (confidencialidad e investigación sumaria); y/o a los mecanismos contenciosos que prosperarán en caso de que fracase la mediación (confidencialidad y proceso penal posterior).

Además, es necesario resolver si, existen principios propios de esta área de la mediación (conflictos con la administración del Estado/Fisco), considerándose quizás la probidad pública o la buena fe.

5.- ¿Que facultades tendrá este mediador?, y ¿con que herramientas contará para la realización de su labor?. Evidentemente, esta mesa de mediación será dispareja y por ello, será necesario equilibrar el poder de las partes y para ello, se requerirá la provisión de criterios objetivos, que emanen de órganos técnicos y autónomos independientes, así como la existencia concreta de la alternativa judicial en caso de no llegar a acuerdo, de manera que esta mediación pueda conseguir acuerdos justos y no decisiones impuestas por una parte poderosa sobre un ciudadano débil.

6.- Es importante, que quienes concurren en representación del Estado/Fisco cuenten con las facultades de representación necesarias para celebrar acuerdos y con la posibilidad de disponer de recursos para ello. Es decir, tengan patrimonio propio para transigir y puedan comprometerse a realizar acciones y/o modificar protocolos, en aras del cumplimiento de un acuerdo.

A fin de preservar la legalidad o procedencia de indemnizaciones pueden establecerse montos máximos posibles o topes en sede de mediación, a fin de cautelar la adecuada utilización de los recursos fiscales.

7.- Es importante precisar cómo se utilizará toda la información que se levante de los procesos de mediación en aras de la resolución virtuosa de los conflictos, de manera tal que las causas que generaron las diferencias entre el Estado/Fisco y el ciudadano no se reiteren en el tiempo y los aprendizajes sean internalizados por el servicio que participa en el proceso. Es necesario, sin vulnerar la confidencialidad, retroalimentar a la entidad de la administración que media, acerca de los casos y medidas de prevención que se podría adoptar para que no se repitan en el tiempo conflictos de la misma índole.

8.- En aquellos casos en que el conflicto se resuelva a través del pago de una suma de dinero, ¿qué pasará con el funcionario involucrado en los hechos? ¿nace para el Fisco acción de repetición?

9.- Tiempo de duración de los procesos de mediación y sus efectos en la prescripción de las acciones jurisdiccionales, entre otros.

10.- Finalmente, una normativa rad en este ámbito, debe considerar que se capacite a los ciudadanos para resolver un conflicto desde la colaboración y no desde el enfrentamiento (lo que es arraigado en nuestra cultura, dado los altos niveles de desconfianza, y la calidad de enemigo de cualquier otro que se enfrente a uno, en una divergencia).

Sin ser exhaustivos, estos serán los puntos más relevantes que deberán abordarse, en una primera aproximación, siendo vital analizar y ponderar las experiencias que efectivamente ya se han desarrollado en materia de resolución de conflictos entre los ciudadanos y el Estado.

Finalmente, se debe tener presente que la incorporación de la mediación para este tipo de conflictos, implica en definitiva acceso a la justicia, y ello adquiere aún más relevancia cuando nos referimos a un Estado Social de Derecho, el que “...se distingue de su antecesor liberal por el papel que comenzó a desarrollar el Estado, en vez de ser un ente pasivo que tenía por objeto evitar que el poder del Estado pudiera interferir en las libertades y derechos de las personas, pasa a tener un rol activo que tiene por objeto revertir las situaciones de inequidad a las que se ven enfrentadas determinados grupos de personas. Bajo este concepto de Estado se contempla el resguardo de los derechos civiles del individuo –incluyendo los derechos de participación política–, como también la consagración de mecanismos de distribución de riqueza a través del salario, el ejercicio de derechos colectivos y de un conjunto de prestaciones sociales orientadas al bienestar del individuo.

El concepto de Estado Social y Democrático de Derecho propiamente tal se comienza a utilizar con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial y busca enfrentar los excesos de un Estado Social autoritario, encauzándolo en la lógica de un sistema democrático. Su primera consagración constitucional expresa es en la Ley Fundamental de Bonn, Alemania. Sin embargo, también ha sido consagrado recientemente por las Constituciones de Colombia (artículo 1º), Ecuador (artículo 1º), Paraguay (artículo 1º), España (artículo 9.2), Turquía (artículo 2) y Venezuela (artículo 2)...¹³”, constituyendo la resolución de conflictos entre el ciudadano y la administración un pilar fundamental, que garantiza y concreta la igualdad y acceso efectivo a la solución de los conflictos que se susciten en este ámbito.

Bibliografía citada:

.- Cordero Vega, Luis, *El decaimiento del procedimiento administrativo sancionador. Comentarios a las sentencias de la Corte Suprema del año 2010*, Anuario de Derecho

¹³ Nash Rojas, Claudio, Estado Social y democrático de Derechos en Chile. Tan lejos, tan cerca, Revista de Derecho y humanidades, pp. 73-84, disponible en <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/126708/Estado-social-y-democratico-de-derechos-en-chile-tan-lejos-tan-cerca.pdf?sequence=1> (visita efectuada el 30 de julio de 2018).

Público UDP, p. 248-249, disponible en http://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2016/08/12_Cordero.pdf (visita efectuada el 29 de julio de 2018).

.- Estatuto de la Asociación Latinoamericana de Abogacías y Procuradurías de Estado (ALAP), disponible en: https://www.cde.cl/wp-content/uploads/2018/05/Estatuto-ALAP_r.pdf (visita efectuada el 29 de julio de 2018).

.- Ley N° 19.334 de 7 de octubre de 1994, que introdujo en Chile el trámite de conciliación obligatoria en materia civil.

.- Ley 20.417 de 26 de enero de 2010, que Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación ambiental y la Superintendencia del medio ambiente.

.- Ley N° 26.589 de la República Argentina, que establece con carácter obligatorio la mediación previa a procesos judiciales, de 6 de mayo de 2010.

.- Nash Rojas, Claudio, Estado Social y democrático de Derechos en Chile. Tan lejos, tan cerca, Revista de Derecho y Humanidades, pp. 73-84, disponible en <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/126708/Estado-social-y-democratico-de-derechos-en-chile-tan-lejos-tan-cerca.pdf?sequence=1>

.- Programa de Derecho Administrativo Económico UC, *La voz de siete administrativistas: El Derecho Administrativo en la Constitución*”, publicación de Mirada Administrativa N°2, de Noviembre de 2016, disponible en [file:///C:/Users/soledad.lagos/Downloads/Mirada%20Administrativa%20N2%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/soledad.lagos/Downloads/Mirada%20Administrativa%20N2%20(1).pdf) (visita efectuada el 29 de julio de 2018).