

## IMPACTO DE LA MEDIACIÓN EN LA JUDICIALIZACIÓN DE CONFLICTOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES: UN ANÁLISIS A BASE DE LA EXPERIENCIA CHILENA DE MEDIACIÓN POR DAÑOS EN SALUD

**Impact of mediation in legally relevant judicial dispute: an analysis based on the chilean experience of mediation for damages in health**

*M. Soledad Lagos Ochoa\**

**Resumen:** El artículo desarrolla un análisis de la incidencia de la mediación por daños en salud en la judicialización de conflictos jurídicamente relevantes, basados en los resultados obtenidos en un estudio sobre la materia elaborado por la Unidad de Mediación del Consejo de Defensa del Estado, considerando fundamentalmente las ventajas comparativas relativas a tiempo y calidad de la solución del conflicto, proporcionadas por la mediación en contraposición al resultado jurisdiccional confrontacional.

**Palabras clave:** negociación – mediación – judicialización – política pública de acceso a la justicia – calidad de acuerdos.

**Abstract:** This paper develops an analysis of the impact mediation regarding health damages in the prosecution of legally relevant judicial disputes. We consider the results of a study prepared by the Mediation Unit of the State Defense Council, considering primarily the comparative advantages related to time and quality provided by mediation conflict as opposed to confrontational judicial outcome.

**Keywords:** negotiation – mediation – judicialization – public policy access to justice – quality of agreements.

### 1. Palabras preliminares

Hoy los ciudadanos no tienen una buena percepción de los sistemas de justicia y consecuentemente de la institucionalidad abocada a dicha labor.<sup>1</sup> Paralelo a ello,

---

\* Abogada de la Universidad de Chile y Magister en Derecho Penal y Ciencias Penales de la Universidad Pompeu Fabra - Universidad de Barcelona. Actualmente es Profesora de Enseñanza Clínica del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Además se desempeña como mediadora y encargada de Estudios de la Unidad de Mediación del Consejo de Defensa del Estado. Correo electrónico: [soledad.lagos@cde.cl](mailto:soledad.lagos@cde.cl).

<sup>1</sup> Diversas mediciones ratifican esto, así por ejemplo en <http://www.cepchile.cl/> se encuentra el Estudio Nacional de Opinión Pública, julio-agosto 2012, en el que se pregunta a los encuestados acerca del nivel de confianza que tienen en diversas instituciones públicas, entre ellas los Tribunales de Justicia, alcanzando sólo el 13%, lo que implica una baja significativa respecto de igual pregunta formulada en el período septiembre-octubre 2010, en donde se llegaba a 23%. En el mismo sentido <http://www.icsa.cl/> en donde el Instituto de Investigación en Ciencias Sociales de la

diversos servicios públicos de nuestro país han incorporado para el cumplimiento de sus funciones mecanismos de resolución alternativa de conflictos,<sup>2</sup> sin embargo persiste una firme resistencia a la consagración legal de otras formas de resolución de conflictos jurídicamente relevantes, distintas a la confrontacional.<sup>3</sup> Son

---

Universidad Diego Portales en su Encuesta Nacional UDP (octava medición) constata la disminución de la confianza en los Tribunales de Justicia de 18,3% el 2011, a 12,0% el 2012.

<sup>2</sup> En Chile es un fenómeno reciente, distinguiéndose procesos de facilitación o intermediación, buenos oficios, mediación y conciliación, que se desarrollan en diversas instituciones públicas, es así como el Consejo para la Transparencia ha desarrollado a partir del año 2010 el llamado procedimiento sistema anticipado de resolución de controversias (SARC), a fin de contribuir a alcanzar un acuerdo tratándose de casos de menor complejidad, como por ejemplo denegación de información declarada pública previamente; 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, habiéndose atendido desde el 2004 al primer semestre del 2012 más de 39.000 casos; la Dirección Chilecompra cuenta con un sistema de mediación destinado a promover la solución de los reclamos ingresados por proveedores y ciudadanos en forma más eficiente, tratándose principalmente los siguientes temas: incorrecto establecimiento de criterios de evaluación, que conllevan a una mala ponderación de las ofertas presentadas; vulneración del principio de estricta sujeción a las bases de licitación; establecimiento de condiciones eventualmente discriminatorias en las bases de licitación; y deserción de procesos que no se ajustan a lo establecido en la normativa (habiéndose realizado a la fecha más de 2.300 mediaciones); 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, contemplándose mediación propiamente tal, buenos oficios tratándose de negociación colectiva y mediación por Derechos Fundamentales, habiéndose realizado desde el 2002 a 2011 más de 9.000 mediaciones que involucraron a más de 761.000 trabajadores; el 2004 se consagra la mediación familiar establecida por la Ley N° 19.947 de Matrimonio Civil (DO de 17.05.2004); agregándose el 2005 la mediación por daños en salud, por la Ley N° 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. Aunque no reguladas legalmente, existen también experiencias de mediación escolar y comunitaria. En la actualidad el Ministerio de Justicia lleva adelante el proyecto de Justicia Vecinal, que en su inicio se implementó en las comunas de Renca, Cerrillos, Macul y Paine, extendiéndose posteriormente a 15 comunas de Santiago, con el que se pretende solucionar de manera ágil los conflictos de los vecinos mediante mecanismos de conciliación, mediación y arbitraje, a fin de mejorar la calidad de vida de las personas en sus barrios y comunidades.

<sup>3</sup> En este orden de ideas, es posible sostener que *el Estado chileno no ha definido una política pública de acceso de calidad a la justicia*. Sobre este punto interesante resulta,

<http://siteresources.worldbank.org/INTLAWJUSTINST/Resources/Pena.AlternativeSystems.pdf>

donde consta artículo el profesor Carlos Peña, llamado “Notas sobre la justificación del uso de sistemas alternativos”, p. 7, donde señala que “...el objetivo a alcanzar puede ser definido como el de brindar la posibilidad, a los sujetos de derecho, de acceder a la tutela judicial o, de otro lado, ese mismo objetivo puede ser definido como la posibilidad de acceder con el menor costo posible a un procedimiento efectivo -no necesariamente judicial- de tutela de los propios derechos. La diferencia entre ambas formas de definir el objetivo de bienestar en estas materias se aprecia fácilmente al advertir que la primera definición conduce, como objetivo de política pública, a la creación de más tribunales o a la mejora de su eficiencia, en tanto que la segunda definición puede conducir -y de hecho ha conducido en el

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 alternativa<sup>4</sup> y *el supuesto limitado y restrictivo de que la única manera de enfrentar los conflictos de índole jurídica es por la decisión de otros*, sin que ello solucione en forma eficaz la disputa existente entre las partes.<sup>5</sup>

---

derecho comparado- a diversificar las formas de resolución, alternando los mecanismos alternativos, y a desjudicializar el sistema de administración de justicia en su conjunto. De entre esas dos formas de definir los objetivos de una política pública en esta área -lo que he llamado el problema del óptimo social- creo que hay buenas razones para optar por el segundo objetivo en vez del primero, es decir, creo que una política de justicia debe tener como objetivo el brindar a los ciudadanos una genuina posibilidad de protección, no necesariamente jurisdiccional, de los propios derechos. En otros términos, me parece que es necesario tender a diseñar y alentar una protección accesible, plural y heterogénea, y no necesariamente jurisdiccional y estatal, de protección de derechos...”.

<sup>4</sup> Lamentablemente es tan evidente esta afirmación, que basta recordar la Ley Nº 19.334 de 7 de octubre de 1994, que introdujo el trámite de conciliación obligatoria en materia civil, constituyendo según el 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.

<sup>5</sup> Interesante resulta el análisis de Uri, William; Brett, Jeanne; Goldberg, Stephen: *Cómo resolver las disputas - Diseño de sistemas para reducir los costos del conflicto*, Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina, 1995, pp. 3 ss. Los autores plantean que ante la existencia de una disputa, ella puede resolverse fundamentalmente de tres formas: tratando de conciliar los intereses subyacentes de las partes; determinando quién tiene la razón, es decir, desde la perspectiva del derecho; o definiendo quién es en definitiva el más poderoso. Claramente *la conciliación de los intereses no es tarea fácil*, por cuanto implica investigar acerca de las preocupaciones, necesidades, temores y deseos de las partes, idear soluciones creativas y hacer intercambios y concesiones en los casos en que los intereses sean opuestos. Por su parte, los derechos rara vez son claros y necesariamente implicará que las partes busquen a un tercero para determinar quién tiene la razón. Por último, ejercer el poder implica una aptitud para forzar a alguien a hacer algo que de otra manera no haría, y por tanto imponer costos a la otra parte o amenazar con hacerlo. Luego de un lato análisis, frente a estos tres caminos se concluye que *resolver la disputa conciliando intereses genera menos costos de transacción, mayor satisfacción de las partes con el resultado, menor tensión a largo plazo en la relación entre las partes y menor recurrencia de las disputas*.

Dentro de los mecanismos más usados a nivel nacional tenemos la *negociación propiamente tal, mediación, facilitación o intermediación y conciliación*. Todos ellos implican necesariamente una aproximación y comprensión del conflicto, de manera que la definición que hagamos de él nos permita determinar el mecanismo más adecuado para su solución.<sup>6</sup>

En este contexto el esquema colaborativo de Harvard entiende la negociación como *un proceso de comunicación entre personas, mediante el cual cada uno intenta satisfacer sus necesidades e intereses* (fenómeno dinámico de creación y distribución de valor). El negociador deberá trabajar tres áreas claves: *personas, problema y proceso*,<sup>7</sup> considerando *los 7 elementos del modelo*, esto es, *comunicación*,<sup>8</sup> tipo de relación existente entre las partes; nivel de compromiso al que pueden llegar

---

<sup>6</sup> El estudio de los alcances, etapas y naturaleza del conflicto a resolver es fundamental tanto para determinar el mecanismo más idóneo como una vez ya decidido dicho punto las intervenciones que hará el mediador o el negociador. Ver Redorta, Josep: *Cómo analizar los conflictos. La tipología de conflictos como herramienta de mediación*, Editorial Paidós, Barcelona, 2004, p. 28, en donde se aborda la problemática de la definición de conflicto y el concepto de gestión de los mismos, mencionándose a Rubin, Pruitt y Hee, quienes en 1986 se preguntaban *What is conflict?*, aportando la siguiente definición: *El conflicto significa diferencia de intereses percibida, o una creencia (belief) que las partes en sus aspiraciones normales no pueden alcanzar simultáneamente*.

<sup>7</sup> La negociación necesariamente se vincula a la idea de proceso (no rígido ni preclusivo), en el que distinguimos etapas: primero ampliaremos el campo de la negociación, pasando de las posiciones a los intereses; luego fijaremos los límites del conflicto, trabajando los criterios objetivos y las alternativas; y finalmente generaremos propuestas de acuerdo identificando las opciones que surjan de la mesa de negociación y que logren satisfacer los intereses de las partes.

<sup>8</sup> Imprescindible Paul Watzlawick, quien desarrolla los llamados *axiomas de la comunicación humana*. Estos son: *I Axioma*: No es posible no comunicarse (cualquier conducta que el receptor de un mensaje haga o deje de hacer es interpretada como un nuevo mensaje que contesta el primero); *II Axioma*: Toda comunicación tiene un aspecto de contenido y un aspecto relacional, de tal manera que el segundo clasifica al primero y es, por ende, una metacomunicación; *III Axioma*: La naturaleza de una relación depende de la puntuación de las secuencias de comunicación entre los comunicantes (si tenemos en cuenta el carácter circular de la comunicación y el hecho de que acontece dentro de un contexto histórico, nunca podemos determinar en qué momento empezó, porque siempre se pondrá un hecho anterior, y este, otro hecho anterior, y así hasta el infinito); *IV Axioma*: Los seres humanos se comunican tanto digital (lenguaje verbal) como analógicamente (canales no verbales como gestos, movimientos corporales, arreglo personal, etc.; y canales para verbales como el tono, el ritmo, el volumen, etc.). 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 (lo analógico constituye la comunicación por excelencia y la gran dificultad estriba en que muchas veces lo digital y lo analógico no coincide); y finalmente *V Axioma*: Todos los intercambios comunicacionales son simétricos (frente a una acción de A, B responde con una acción de igual tipo e intensidad, por ejemplo gritar a otro) o complementarios (frente a una acción de A, B responde con la conducta opuesta, por ejemplo dominio–sometimiento), según estén basados en la igualdad o en la diferencia. Ver Suares, Marínés: *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Editorial Paidós, Argentina, 2005, pp.117 ss.

(acuerdos sustentables y eficaces); intereses;<sup>9</sup> opciones para solucionar el conflicto (posibilidades de acuerdo que nacen en la mesa de negociación y que satisfacen los intereses de ambas partes); criterios objetivos o estándares;<sup>10</sup> y alternativas.<sup>11</sup>

En cuanto al método este modelo plantea cuatro principios básicos: separe las personas del problema; concéntrese en los intereses, no en las posiciones; genere opciones de mutuo beneficio; e insista en criterios objetivos de negociación.<sup>12</sup>

Por su parte, y recogiendo estos elementos, la mediación se visualiza como una *negociación asistida por un tercero, siendo el conflicto un obstáculo para la satisfacción de las necesidades de las partes, debiendo el mediador orientar su labor a la obtención de un acuerdo que logre satisfacerlas.*<sup>13</sup>

Obviamente, el desafío fundamental al que nos enfrenta este modelo dice relación con el cambio de paradigma respecto de la forma de resolver los conflictos: de una mirada absolutamente confrontacional, en donde los argumentos de una parte se articulan con el propósito de desacreditar en forma absoluta los de la otra, a una *visión colaborativa de la divergencia, de manera tal que se*

---

<sup>9</sup> Los intereses son los temores, deseos, preocupaciones, esperanzas, necesidades de las partes que definen el conflicto, siendo únicos en su significado, es decir, *cada uno los valora de manera particular* (dos personas en una misma situación tienen intereses distintos, no responden un patrón común). Este concepto no debe confundirse con el de *posición*, que se refiere a la postura que inicialmente las partes adoptan en una negociación, de carácter rígida y que generalmente corresponde a lo que cada una de ellas “dice que quiere”, lo declarado (se acercan a la pretensión y contrapretensión procesal). Los intereses se vinculan con las necesidades humanas básicas, como seguridad, bienestar económico, sentido de pertenencia, reconocimiento y control sobre la vida propia. No solamente debo indagar en los intereses del otro, sino que además en los míos. Se debe negociar desde los intereses y no desde las posiciones, ello permite agrandar la gama de posibilidades de solución al conflicto. Existe numerosa literatura acerca de este concepto, sin embargo es muy clarificador Fisher, R.; Ury, W.; Patton, B.: *Sí... ¡de acuerdo! Cómo negociar sin ceder*, Grupo Editorial Norma, Colombia, 2009, pp. 51 ss.

<sup>10</sup> Los criterios objetivos son *estándares, independientes de la voluntad de las partes*, que sirven para evaluar la calidad de las opciones de solución, por ejemplo la jurisprudencia reciente sobre un determinado tema, el valor de mercado, la normativa aplicable, los costos, etc. La utilización de estos criterios objetivos nos permite legitimar el conflicto y nuestros intereses, de manera que los argumentos dados en la mesa de negociación no responden a un capricho de la parte, sino que se sustentan en antecedentes concretos, haciéndolo legítimo y justo, sobre este punto Diez, Francisco y Tapia, Gachi: *Herramientas para trabajar en mediación*, Paidós, Argentina, 2006, pp. 102 ss. Así por ejemplo, en materia de salud se utilizarán fichas clínicas, protocolos médicos, jurisprudencia que fije montos indemnizatorios, etcétera.

<sup>11</sup> Las alternativas se refieren a la posibilidad cierta y real de las partes de satisfacer sus intereses y necesidades *fuera de la mesa de negociación*. Este es un análisis fundamental a la hora de decidir cerrar o no una negociación y la decisión de acuerdo se tomará *técnicamente*, es decir, considerando *la mejor de mis alternativas* frente a la *opción* de acuerdo, que surge en la mesa de negociación.

<sup>12</sup> Imprescindible en esta temática Fisher, R.; Ury, W.; Patton, B.: op. cit., pp. 19 ss.

<sup>13</sup> Caram, María Elena; Eilbaum, Diana; Risolía, Matilde: *Mediación Diseño de una Práctica*, Librería Histórica, Buenos Aires, 1996, p. 32, donde se señalan varios conceptos sobre mediación.

*trabajen los intereses de ambas respecto del hecho, considerando criterios objetivos, evaluando alternativas y creando opciones de acuerdo.*

Frente a este enfoque tradicional han surgido otros modelos de mediación, a saber, el *modelo transformativo*, creado por Baruch y Folger, que reformula el concepto de mediación exitosa, no encontrándose ligada a la adopción de un acuerdo que ponga fin al conflicto suscitado entre las partes. Esta corriente concibe el conflicto como una posibilidad de las partes para aclarar sus propias necesidades y valores y una mediación implicará el crecimiento en dos dimensiones del desarrollo moral: la capacidad de fortalecer el yo (revalorización) y la capacidad de relacionarse con otros (reconocimiento).<sup>14</sup> Además es importante mencionar el *modelo circular narrativo* de Sara Cobb, que plantea como objetivo de la mediación el llegar a un acuerdo, pero trabajando fundamentalmente con las narrativas de las partes que participan en una mediación, ayudando a estas a generar una historia alternativa, diferente, que posibilite el cambio.<sup>15</sup>

El mediador trabajará y elaborará estrategias de intervención en el conflicto utilizando su principal herramienta técnica: *las preguntas*, tomando las conceptualizaciones y aportes de cada uno de estos modelos (Harvard, Transformativo y Circular-Narrativo).

Debido al contenido teórico de la mediación y nuestra realidad local, en cuanto a experiencias de negociación en la solución de conflictos, se hace fundamental la obtención de datos concretos relativos a su implementación, que nos permitan de alguna manera *evaluar el impacto, ventajas y/o desventajas de la utilización de estos mecanismos*, más aún hoy considerando el desarrollo en nuestro país de la reforma procesal civil.<sup>16</sup> De ahí la relevancia del estudio sobre *Mediación y*

---

<sup>14</sup> Baruch, Robert, y Folger, J.P.: *La Promesa de la Mediación. Cómo afrontar el conflicto a través del fortalecimiento propio y el reconocimiento de los otros*, Granica, 2006, p. 133 ss.

<sup>15</sup> Cobb, Sara: “Una perspectiva Narrativa de la Mediación. Hacia la materialización de la metáfora del narrador de historias”, en Folger, Joseph y Jones, Tricia: *Nuevas direcciones en mediación. Investigación y perspectivas comunicacionales*, Editorial Paidós, Argentina, 1997, pp. 83 ss. En este interesante artículo se analiza la teoría de la narración, identificándose determinados rasgos del relato: coherencia, cierre e interdependencia. Además se reflexiona sobre estos rasgos en relación con la distinción entre contenido y proceso nuclear en el concepto de intervención en la mediación, proponiéndose finalmente la adopción de la perspectiva narrativa, que refutando los supuestos existentes sobre la práctica de la mediación, proporcionan una base para reconceptualizar la intervención en conflictos.

<sup>16</sup> Por el Mensaje N° 398-357/ de 18 de mayo de 2009 la presidenta de la época, Michelle Bachelet, daba origen al proyecto de ley destinado a reformar el Código de Procedimiento Civil. En él se señalaba que “...El verdadero acceso a la justicia se alcanza cuando ofrecemos a las personas una multiplicidad de opciones para alcanzar una real solución a sus problemas, sin importar la vía legítima por la cual se opte. El fin de la justicia y de la protección de los derechos no puede ser confundido con la asistencia a tribunales ni la existencia de procedimientos judiciales. Existen muchas otras formas de solución que alcanzan grados notables de eficiencia y que pueden acercar al ciudadano común a una satisfacción mayor que la que podría obtener por los mecanismos tradicionales.

*desjudicialización en el Consejo de Defensa del Estado (CDE)*<sup>17</sup> realizado por su Unidad de Mediación, que aborda no solo los resultados directos de su labor (porcentaje de acuerdos), sino además la posibilidad de judicialización posterior.

La mediación por daños en salud fue consagrada por la Ley N° 19.966 sobre Garantías Explícitas en Salud (GES) y su propósito fue desjudicializar los conflictos sanitarios, estableciendo una instancia de mediación obligatoria previa a

---

Estamos convencidos que se requiere de una nueva concepción del sistema de justicia civil. Las necesidades del Chile del Bicentenario no se satisfacen con la instauración de un nuevo procedimiento civil. Se requiere de un *Nuevo Sistema de Solución de los Conflictos Civiles y Comerciales*, que aleje la idea del enjuiciamiento civil como opción única, integrando una amplia visión de los diversos mecanismos alternativos de solución de conflictos existentes, tanto judiciales como extrajudiciales, siempre mediante simples y desformalizadas vías que permitan un real y efectivo acceso de las personas a la justicia. Un sistema que impulse la solución del arbitraje cuando aquellos mecanismos han fracasado o cuando por su especial naturaleza no le sean aplicables, y que ubique al proceso judicial como *ultima ratio*, cuando ninguna de las posibilidades haya tenido éxito y se justifique entonces la actividad adjudicativa de la labor jurisdiccional...”.

No obstante ello, a comienzos de 2010 se forma la llamada Comisión Intraministerial para la Reforma Procesal Civil, de la que surge un nuevo proyecto que a todas luces *modifica sustancialmente la idea original relativa a mecanismos de resolución alternativa de conflictos* señalándose en el Mensaje N° 004-360/ de 12 de marzo de 2012, “...Con todo, dichos mecanismos alternativos no pueden ser mirados como un sustituto de la jurisdicción *ni una justificación que permita al Estado impartir una justicia de menor calidad*. Por el contrario, de lo que se trata es que las partes puedan acceder a vías más adecuadas de resolución según la naturaleza y entidad del conflicto, pero siempre con la posibilidad de acudir a un proceso civil que les permita satisfacer sus pretensiones con igual eficacia y rapidez, y en condiciones que económicamente posibiliten con realidad ese acceso. En esta materia, el Código no regula la existencia de tales mecanismos ya que aquello será tarea de leyes especiales, estableciéndolos como vía externa a la sede judicial. No obstante ello, se mantiene la conciliación de las partes como eje central de los procesos declarativos aspirando a que estas, en igualdad de condiciones y a instancias de un juez activo que proponga reales bases de solución, consensuen un término al conflicto justo y satisfactorio...”.

En definitiva, se considera necesaria la regulación de métodos alternativos, pero estos no pueden ser vistos como un sustituto de la jurisdicción ni como un filtro de entrada al sistema. El proceso civil no es una *ultima ratio*, sino que las partes siempre deben poder recurrir al juez cuando así lo decidan para obtener una decisión satisfactoria a sus intereses.

Lamentablemente se abandona la idea de un sistema que acerca la justicia a las personas y promueva la resolución de conflictos, considerándose de acuerdo con el texto a los mecanismos de resolución alternativa de conflictos como *una justicia de menor calidad*. Además se mantiene la conciliación, para lo que en la audiencia preliminar, según el artículo 280 del proyecto el juez propondrá personalmente las bases de arreglo, pudiendo en todo caso el tribunal, en cualquier tiempo, citar a las partes a una audiencia de conciliación. ¿Por qué esta regulación de la conciliación debería producir resultados más eficientes que la actual regulación del trámite obligatorio? (ver nota 4).

<sup>17</sup> Este estudio podemos encontrarlo en <http://www.cde.cl/wps/wcm/connect/88070669-6e24-4095-9e30de43fj98d42/ESTUDIO+DESJUDICIALIZACION+versión+definitiva+no+2001.pdf?MOD=AJPERES> y fue coordinado por la socióloga Paola Henríquez Nanjarí y la suscrita, con el apoyo del equipo de la Unidad de Mediación. Al momento de su realización se buscaron otras investigaciones similares, a fin de comparar metodologías y/o conclusiones, pero por lo menos a nivel nacional estas no fueron habidas.

un litigio. Al inicio del sistema (marzo 2005) el monto total demandado por daños sanitarios ascendía a 40 mil millones de pesos, cantidad que, de haberse acogido en los juicios, podría haber puesto en peligro la implementación de las Garantías Explícitas en Salud. Para asumir esta tarea se creó la Unidad de Mediación del CDE, con un equipo profesional multidisciplinario, que ha adquirido creciente competencia en técnicas de resolución alternativa de conflictos.<sup>18</sup>

El conflicto sanitario de competencia del CDE, desde el punto de vista normativo, comprende a *los prestadores institucionales públicos que forman parte de las redes asistenciales y/o sus funcionarios, por daños ocasionados en el cumplimiento de sus funciones de otorgamiento de prestaciones de carácter asistencial*. Vinculado a ello, en más del 70% de las solicitudes de mediación formuladas en el sector público el reclamante notifica como daño principal una grave consecuencia: muerte, invalidez total o invalidez parcial. La magnitud de los daños reclamados es uno de los factores que explica la complejidad del proceso de mediación por daños en salud (otros factores son la sensación de victimización y la alta emocionalidad de reclamantes y/o afectados, la que depende del daño sufrido).<sup>19</sup> Actualmente, la Unidad de Mediación ha recibido más de 8.000 solicitudes de mediación y su porcentaje promedio de acuerdos fluctúa en 21%.

## 2. Contenido del estudio

La hipótesis de los investigadores fue: *el proceso de mediación en salud ha contribuido a desincentivar el ejercicio de las acciones judiciales de carácter civil por parte de los reclamantes que consideran haber sufrido daños con ocasión de una prestación de salud en establecimientos públicos durante el período 2005-2011*, siendo necesario identificar todos los casos que no habiendo llegado a un acuerdo en mediación hubiesen interpuesto acciones jurisdiccionales en forma posterior.

Para ello se debió recolectar toda la información relativa a los juicios iniciados en contra de prestadores públicos de salud, por responsabilidad sanitaria, en el período ya señalado, por reclamantes que previamente realizaron la mediación. La información se recopiló mediante el censo que consideró todos los servicios de salud (29), hospitales autogestionados (64) y departamentos de salud municipales que registraban reclamos en la Unidad de Mediación (107); luego se

---

<sup>18</sup> Otras experiencias de mediación en materia de salud, Rodríguez, P.: “La experiencia francesa en la búsqueda de una solución amigable de los conflictos médicos”, *Revista de Derecho* 19, Consejo de Defensa del Estado, 2008, pp. 43-92, o Barria, Pedro y Saint George, Corina: “El modelo mexicano de arbitraje médico: Un aporte a la calidad de la medicina y a la comunicación entre médicos y pacientes”, *Revista de Derecho* 17, Consejo de Defensa del Estado, 2007, pp. 171 ss.

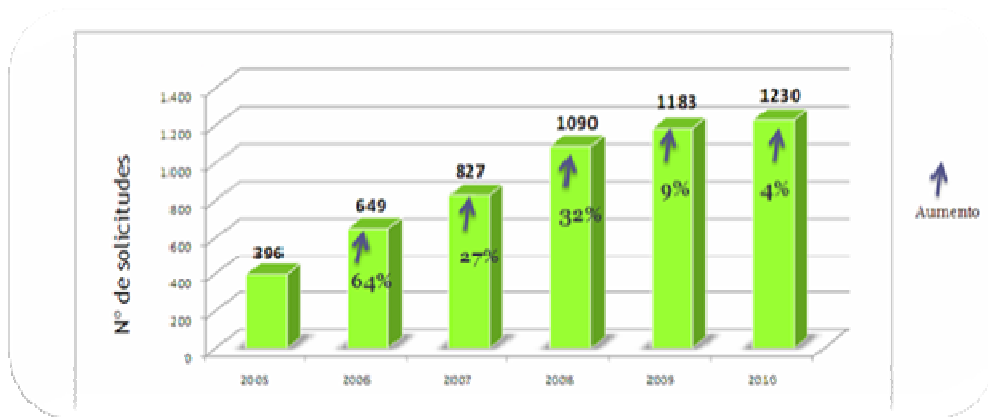
<sup>19</sup> Esta experiencia de mediación derriba el mito de que los mecanismos de resolución alternativa solo pueden ser utilizados tratándose de conflictos de menor relevancia, así por ejemplo, actualmente son ampliamente utilizados en relaciones de familia, relaciones de vecindad, temas comerciales y de consumidor. Además se contemplan ámbitos de negociación en sede penal, laboral y proliferan administrativamente diversas instituciones que consideran estos mecanismos.



constató la veracidad y coherencia de los datos proporcionados, indagando el estado procesal de los casos, montos demandados, etc., en la página del Poder Judicial, Sistema de Gestión de Causas del CDE, Sistema de Gestión de Mediación y/o revisando el expediente en el tribunal, entre otras fuentes. Se construyó una base de datos que contiene cada uno de los juicios pesquisados y a continuación se procesó estadísticamente la información.

En cuanto al universo de mediaciones a analizar, desde 2005 a diciembre de 2010 ingresaron 5.375 solicitudes de mediación a lo largo de todo el país.

Gráfico 1: Ingreso anual de solicitudes de mediación.



Sin embargo, de estas 5.375, 686 (13%) correspondían a reclamos no firmados o declarados inadmisibles, y 4.689 (87%) a reclamos admisibles. De estos, 363 se encontraban en tramitación al tiempo de la muestra y, por tanto, *solo 4.326 (ya sea por voluntad de las partes, por expiración del plazo, etc.) habían terminado, siendo estas últimas el universo de mediaciones analizadas*, por cuanto solo estos reclamantes son los que se encontraban habilitados para el ejercicio de acciones jurisdiccionales, luego de haber cumplido con la mediación prejudicial.

Una vez determinado el universo de mediaciones que se analizarían y sistematizada toda la información recabada sobre juicios (vinculados a una mediación terminada) iniciados en el periodo de estudio, por reclamantes que no llegaron a acuerdo, son procesados los datos, arrojando:

*De 4.326 mediaciones terminadas en el período de estudio, 731 reclamantes alcanzaron acuerdo en mediación (renunciando a las acciones jurisdiccionales de carácter civil) y 3.595 no lograron acuerdo.*

*De estos 3.595 reclamantes que no llegaron a acuerdo, solo 386 (10,7%) han ejercido acciones civiles. Ello implica que de 4.326 reclamantes, 3.940 personas (731 con*

acuerdo + 3.209 sin él) no han actuado judicialmente en contra del Fisco, servicios de salud, hospitales, establecimientos autogestionados, consultorios municipales y/o sus funcionarios.

En la siguiente Tabla se distingue el efecto desjudicializador de la mediación por daños en salud en el CDE.<sup>20</sup>

Tabla 1: Efectos desjudicializadores de la mediación a nivel nacional.

	MEDIACIONES TERMINADAS		SIN ACUERDO			
	ACUERDO	SIN ACUERDO	SIN JUICIO		CON JUICIO	
	Nº	Nº	Nº	%	Nº	%
<b>TOTAL NACIONAL</b>	<b>731</b>	<b>3.595</b>	<b>3.209</b>	<b>89,3</b>	<b>386</b>	<b>10,7</b>
	<b>4.326</b>					
			<b>NO HAN EJERCIDO ACCIONES LEGALES</b>			
			<b>3.940</b>			

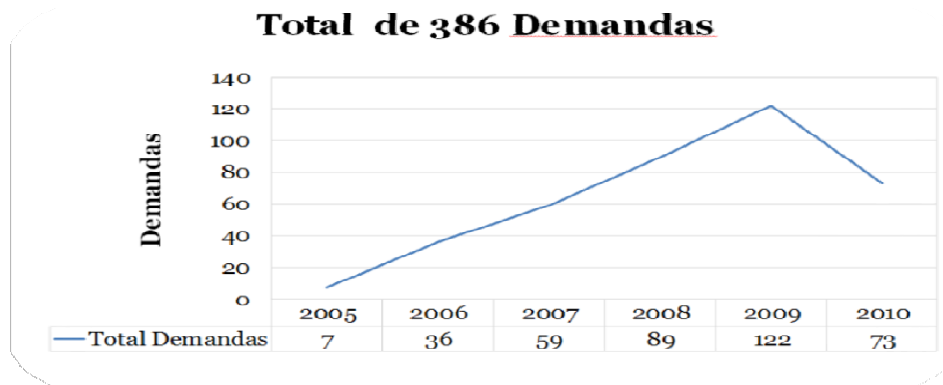
En cuanto a la presentación de demandas indemnizatorias vinculadas al sector salud en sede jurisdiccional,<sup>21</sup> el Gráfico 2 muestra el aumento anual sostenido para el periodo 2005 y 2009, con una marcada baja en el 2010, que puede atribuirse, entre otras causas, a los efectos del terremoto 27/F, o bien a la estabilización del número de reclamos en mediación (ver Gráfico 1), que traería como consecuencia un menor número de demandas.<sup>22</sup>

<sup>20</sup> Esta información se encuentra desglosada en el estudio por Procuraduría Fiscal del CDE; llama la atención el comportamiento de los reclamantes en los polos urbanos de mayor desarrollo, existiendo diferencias en la judicialización de hasta diez puntos porcentuales, por ejemplo, entre Santiago con 6,6% y Concepción con 19,6%. Además, estas cifras se desglosan en relación con los servicios de salud que concurren a mediación, pudiendo advertirse ciertas tendencias respecto de la utilización efectiva y eficaz de la mediación como herramienta para evitar la judicialización de los conflictos de salud, así por ejemplo existen servicios con porcentajes de acuerdos significativos y muy pocos juicios; y viceversa, servicios con pocos acuerdos y alto porcentaje de juicios.

<sup>21</sup> Es importante considerar que el plazo de prescripción de las acciones civiles indemnizatorias es de cuatro años y, por lo tanto, existen aún potenciales demandantes que no han ejercido acciones judiciales.

<sup>22</sup> El descenso del 2010 puede deberse al efecto 27/F (terremoto de febrero de 2010 que sacudió al país) o bien a la estabilización del número de reclamos en mediación (ver Gráfico 1). Ver además [http://www.cde.cl/nps\\_migrated/wcm/connect/5d30e50045a4a385abc8bb32d05f89d2/Estadisticas+Generales+%2831-12-10%29.pdf?MOD=AJPERES](http://www.cde.cl/nps_migrated/wcm/connect/5d30e50045a4a385abc8bb32d05f89d2/Estadisticas+Generales+%2831-12-10%29.pdf?MOD=AJPERES), donde según “Estadísticas de Causas. Diciembre 2010”, del Subdepartamento de Planificación del CDE, las causas ingresadas al Consejo el 2005 ascendieron a 7.427; en el 2006 a 6.402; en el 2007, a 6.220; en el 2008, a 7.363; en el 2009, a 7.400 y finalmente, en el 2010, a 8.909. Ello considerando que al 31 de diciembre del 2010 la distribución

Gráfico 2: Número de demandas por daños en salud.<sup>23</sup>



En cuanto a la forma de término de los juicios, se constatan principalmente: abandono, absolución, condena o avenimiento. Del 100% de los juicios en que se pagó una indemnización de perjuicios, el 47% (17 casos) son avenimientos, con o sin sentencia de primera instancia.

Tabla 2: Forma de término de los juicios.

<b>TIPO DE TERMINO EN JUICIOS</b>	<b>Total</b>	<b>Porcentaje</b>
Abandono	20	20%
Absolución	38	38%
Condena o avenimiento	36	36%
Otros	6	6%
<b>Total</b>	<b>100</b>	<b>100,0%</b>

de causas activas en el CDE era de 28.552, de ellas 19% eran civiles; 49% expropiaciones; 6% asuntos extrajudiciales; 5% causas tributarias; 4% penal oral; 6% penal y 11% otros.

<sup>23</sup> En análisis posteriores de los datos recopilados en el estudio se determinó que el monto total demandado de los juicios iniciados entre marzo de 2005 y diciembre de 2010 es de \$172.065.493.963, esto es un poco más de ciento setenta y dos billones de pesos, o 355 millones de dólares. El promedio de lo demandado por cada juicio iniciado es de \$468.843.308, esto es poco más de cuatrocientos sesenta y ocho millones de pesos, o 970 mil dólares por juicio.

Tabla 3: Tiempo de duración de juicios.

<b>Tiempo de duración</b>	<b>años</b>
Total juicios	814 días (2 años y 84 días)
Juicios con condena	1007 días (2 años y 277 días)

En cuanto a la duración de los juicios, del total iniciado vinculado a una mediación, a la época del estudio habían concluido 100 de ellos (por abandono, absolución, condena o avenimiento) y el promedio de duración alcanzó los 814 días (2 años y ochenta y cuatro días).

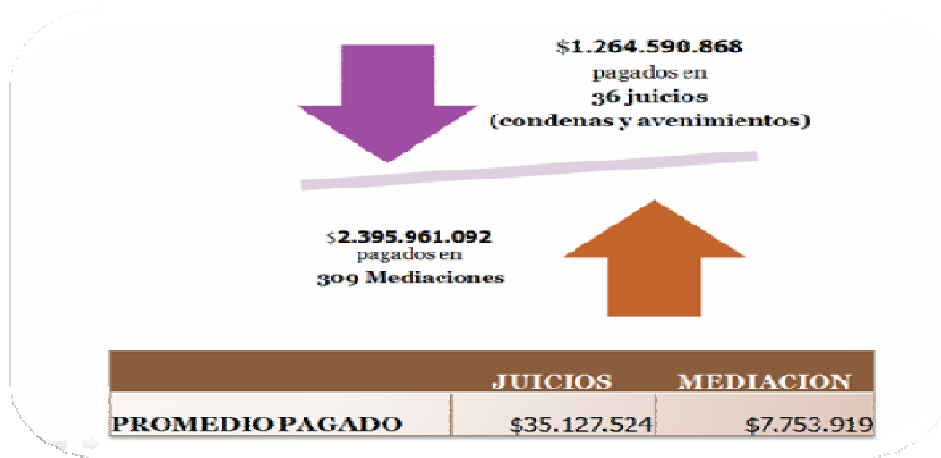
En términos generales, se podría haber esperado una larga duración de los juicios por daños en salud, no obstante, el promedio de duración de 814 días no lo corroboró, por lo que se pensó que esta extensión podría haber estado determinada por la cantidad de juicios finalizados por abandono del procedimiento (20%). Sin embargo, al calcular el tiempo de duración, sin considerar los juicios terminados por abandono, el promedio de tiempo aumenta en 193 días, lo que demuestra que el número por abandono no es determinante en el tiempo de duración total.

En cuanto al promedio de montos pagados, entre 2005 a diciembre de 2010 concluyeron 36 juicios, ya sea con condena o avenimiento, habiéndose pagado en promedio \$35.127.524 de indemnización por cada juicio. Por su parte, en mediación, durante el mismo período, se alcanzaron 309 acuerdos indemnizatorios, pagándose en promedio la quinta parte del monto promedio indemnizatorio de sede jurisdiccional, según se aprecia en la siguiente Tabla.<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup> Valiosa es la información desagregada de montos pagados en mediación y sumas pagadas en juicio por servicios de salud, donde se visualiza claramente que los montos indemnizatorios en mediación permiten cubrir más casos desde el punto de vista económico. En la materia se aplica la Resolución exenta número 142 del Ministerio de Salud, que establece montos máximos a pagar por los prestadores institucionales públicos en virtud del procedimiento de mediación establecido por la Ley N° 19.966.

Tabla 4: Promedio pagado en juicios y en acuerdos de mediación.



Pero ¿en qué consisten los acuerdos alcanzados en mediación? A nivel nacional, el 58% de las reparaciones alcanzadas por las partes en mediación (422 casos) no implicó el pago de dinero, habiendo renunciado los reclamantes a las acciones legales, aceptando las disculpas, las explicaciones y/o prestaciones asistenciales dadas u ofrecidas por la parte reclamada. Esto significa que del total de mediaciones terminadas con acuerdo, solo en 309 casos (lo que equivale al 42%) se pagó una indemnización de perjuicios en el período del estudio.

Tabla 5: Tipo de reparación en acuerdos de mediación.

TIPO DE REPARACIÓN ACUERDOS	AÑOS												TOTAL	
	2005		2006		2007		2008		2009*		2010*		N°	%
	N°	%	N°	%	N°	%	N°	%	N°	%	N°	%		
DISCULPAS Y/O EXPLICACIONES	5	12	12	13	23	20	38	25	32	19	25	16	135	19
PRESTACIONES ASISTENCIALES	22		30		21		25		45		45		188	39
	0	51	4	36	19	34	23	32	19	39	34	49	99	
INDEMNIZACIÓN	9		29		24		37		40		35		174	42
	0		4		11		13		17		5		50	
	7	37	14	51	12	46	9	43	9	42	11	35	62	
	0		1		7		6		4		5		23	
<b>TOTAL</b>	<b>43</b>		<b>94</b>		<b>117</b>		<b>151</b>		<b>166</b>		<b>160</b>		<b>731</b>	

Interesantes resultan del estudio las tipologías que intentan graficar el contenido de los reclamos que se formulan en sede de mediación y judicialmente, ya sea en cuanto al tipo de daño reclamado, incidente de salud por el que se reclama, e incidente de salud por el que se demanda.

Tabla 6: Daño principal reclamado en mediación.

Daño principal	Nacional	%
Muerte	1.405	30,0
Invalidez total	406	8,7
Invalidez parcial	1.478	31,5
Otras secuelas físicas no constitutivas de invalidez o daño psicológico	1.162	24,8
Gastos provocados por el daño	148	3,2
Otros	90	1,8
<b>Total general</b>	<b>4.689</b>	<b>100</b>

Gráfico 3: Incidentes de salud reclamados en mediación.

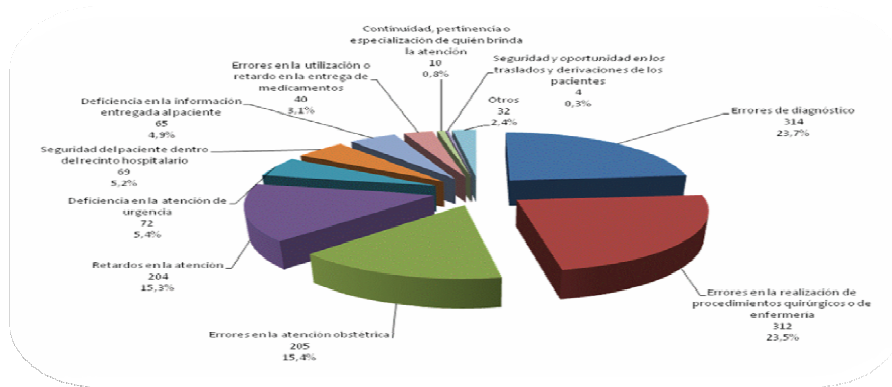


Tabla 7: Incidentes de salud demandados.<sup>25</sup>

INCIDENTE DEMANDADO	Total	Porcentaje
Errores en la realización de procedimientos quirúrgicos o de enfermería	107	27,7%
Errores de diagnóstico	91	23,6%
Errores en la atención obstétrica	62	16,1%
Seguridad del paciente dentro del recinto hospitalario	36	9,3%
Deficiencia en la atención de urgencia	35	9,1%
Retardos en la atención	27	7,0%
Falta o deficiencia en la información entregada al paciente	13	3,4%
Errores en la utilización o retardo en la entrega de medicamentos	11	2,8%
Seguridad y oportunidad en los traslados y derivaciones de los pacientes	3	0,8%
Continuidad, pertinencia o especialización de quién brinda la atención	-	-
Otros	1	0,2%
<b>Total</b>	<b>386</b>	<b>100,0%</b>

### 3. Conclusiones

#### a) Aumento de reclamos

El primer año de funcionamiento del servicio de mediación por daños en salud (2005) se recibió 396 solicitudes,<sup>26</sup> y de acuerdo con el estudio, *el 2010 estas solicitudes habrían aumentado a 1.230*. En general, se visualiza una línea ascendente, que tiende a estabilizarse, por cuanto si se revisan las cifras de 2011,<sup>27</sup> habrían ingresado 1.191 reclamos y según el último registro de ingresos de 2012, este número asciende a 1.213.<sup>28</sup>

Estos números pueden deberse a diversos factores, como que las personas conozcan la instancia de mediación y confíen en la efectividad del proceso; o que los propios establecimientos reclamados, en sus oficinas OIRS,<sup>29</sup> sugieran

<sup>25</sup> Interesantes resultan del estudio las Tablas que vinculan sentencias condenatorias o absolutorias a incidentes de salud y a tipo de daño. Así por ejemplo, se expresan tendencias respecto de los porcentajes de errores de procedimiento, errores de diagnóstico y errores en la atención obstétrica, acogiéndose la posibilidad tanto en fallos condenatorios como en absolutorios, que el daño por el que se demanda constituya *otras secuelas físicas no constitutivas de invalidez o daño psicológico*.

<sup>26</sup> Ver [http://www.cde.cl/nps/wcm/connect/8e42d0d0-aedc-48eb-a4ed-fa105c9ea041/Estadistica+anual\\_2005.pdf?MOD=AJPERES](http://www.cde.cl/nps/wcm/connect/8e42d0d0-aedc-48eb-a4ed-fa105c9ea041/Estadistica+anual_2005.pdf?MOD=AJPERES), donde se registran las estadísticas oficiales de mediación por daños en salud de 2005.

<sup>27</sup> Ver [http://www.cde.cl/nps/wcm/connect/28bf7984-583f-4cbe-9b29-c982cb834943/Mediacion\\_Estadistica%2Banual\\_2011\\_final.pdf?MOD=AJPERES](http://www.cde.cl/nps/wcm/connect/28bf7984-583f-4cbe-9b29-c982cb834943/Mediacion_Estadistica%2Banual_2011_final.pdf?MOD=AJPERES), cifras de ingresos 2011.

<sup>28</sup> Ver <http://www.cde.cl/nps/wcm/connect/421d82d5-6610-457a-9c36-2c365635b887/Estadistica%2Banual%2B2012.pdf?MOD=AJPERES>, cifras de ingresos 2012.

<sup>29</sup> Muchos de los reclamantes que acuden a mediación, previamente se han dirigido al propio establecimiento de salud a formular su disconformidad a la oficina de información, reclamos y

formular el reclamo ante el CDE, cuando no se ha podido solucionar el conflicto en el propio establecimiento reclamado, etc. Sin embargo, no obstante esta alza, *si visualizamos el volumen de prestaciones que a nivel nacional se brinda en el sector público* (el que sin duda equivale a una cifra importante y no menor),<sup>30</sup> la cantidad de solicitudes de mediación se manifiesta coherente y no refleja un sobrenúmero de reclamos en materia sanitaria que den cuenta de un ciudadano particularmente exacerbado de ejercer sus derechos en esta área. Muy por el contrario, si bien vemos un alza en relación con los reclamos formulados en el 2005, en comparación a los que se ve hoy, las cifras tienden a estabilizarse. No obstante ello, hay factores externos que necesariamente influirán en este universo de reclamantes, así por ejemplo en octubre de 2012 entró en vigencia la Ley N° 20.584, publicada en el Diario Oficial el 24 de abril del mismo año, que regula los derechos y deberes que las personas tienen en cuanto a su atención de salud, consagrándose el derecho a la seguridad en la atención, debiendo el prestador institucional cumplir las normas vigentes en el país y los protocolos establecidos; el derecho a recibir un trato digno y respetuoso en todo momento y en cualquier circunstancia, respetando su vida privada y honra; el derecho a tener compañía y asistencia espiritual; el derecho de información, en forma oportuna y comprensible, por parte del médico u otro profesional tratante, acerca del estado de su salud, del posible diagnóstico de su enfermedad, de las alternativas de tratamiento disponibles para su recuperación, de los riesgos posibles, así como del pronóstico esperado; el derecho a consentir o denegar informadamente acerca de los procedimientos, atenciones, tratamiento o intervenciones; estableciéndose la posibilidad de reclamar el cumplimiento de los derechos que dicha ley confiere alternativamente ante la Superintendencia de Salud, o ante el Consejo de Defensa del Estado, en este caso, mediante el procedimiento de mediación que regula la Ley N° 19.966, ampliándose la competencia de dicho servicio y probablemente el número de reclamos que se formulen.

Paralelo a ello, el nivel de solicitudes de mediación y/o facilitación ante otras entidades públicas también ha subido exponencialmente durante estos últimos 5 años y así lo demuestran las estadísticas de dichos servicios. Sobre este punto, es importante tener presente que cada mediación por daños en salud se consigna para estas estadísticas como un solo reclamo y consecuentemente se entendería que se trata de un solo reclamante, sin embargo el número de personas involucradas en el proceso es mucho mayor, por cuanto en él participan los interesados, es decir, *toda persona que pretenda haber sufrido perjuicios con ocasión del otorgamiento de prestaciones asistenciales de salud por parte de un prestador institucional público*

---

sugerencias, en la que se canalizan estas presentaciones y si no se obtiene una respuesta que deje satisfecho al usuario, este presenta su reclamo ante el CDE.

<sup>30</sup> <http://www.supersalud.gob.cl/documentacion/569/w3-article-4376.html>, un acercamiento a esta cifra podría extraerse de la Estadística sobre Prestaciones de Salud correspondientes al 2007, que consta en la página de la Superintendencia de Salud.



y/o de sus funcionarios. La ley no distingue a qué tipo de daños se refiere, los que pueden ser tanto materiales como morales, directos o indirectos, por ello claramente estamos hablando de una cantidad superior de personas a quienes afectará el resultado de la mediación. Esta idea es recogida en el Anuario de Información Estadística de la Dirección del Trabajo,<sup>31</sup> consignándose en el Capítulo III sobre Mediación laboral para el 2011, en su Cuadro N° 2 sobre *evolución de los trabajadores involucrados en las mediaciones laborales entre 2008 y 2011, para el 2011, 1.310 actuaciones* (comprendiéndose buenos oficios, mediaciones programadas, mediaciones reactivas y mediaciones solicitadas), las que involucraron a *132.899 trabajadores*. Ello se ve aún más claro cuando se analiza el Cuadro N° 6 relativo a distribución de las mediaciones laborales realizadas y de los trabajadores involucrados, según resultados de la actuación y sexo para dicho año, consignándose que *de las 1.310 actuaciones realizadas se llegó a acuerdos en 852 de ellas, lo que equivale a 73.312 trabajadores*. Por ello, el efecto expansivo de la mediación en cuanto a las personas involucradas es determinante y amplifica su radio de acción.

Es importante recalcar que el número de reclamos que actualmente se canaliza en las diversas instancias públicas que consideran mecanismos de mediación y/o de facilitación *constituyen cifras que sumadas son relevantes* (en cuanto a ingresos y complejidad de los casos), así por ejemplo si vemos los números en materia de familia,<sup>32</sup> desde el 1 de junio de 2009 al 31 de mayo de 2011 se han recibido 538.264 casos en materia de Alimentos, Cuidado Personal (tuición) y Relación Directa y Regular (visitas).

## **b) Número de acuerdos versus judicialización**

El acuerdo alcanzado en mediación es un contrato de transacción, en el que las partes mediante concesiones recíprocas previenen el litigio que pueda surgir entre ellas, a raíz de los hechos materia de mediación. A este acuerdo pueden concurrir el establecimiento público debidamente representado y/o el funcionario involucrado y la parte reclamante,<sup>33</sup> renunciando este último a las acciones judiciales y de cualquier otra naturaleza que pudiese corresponderle con motivo de

---

<sup>31</sup> [http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/articulos-99379\\_recurso\\_10.pdf](http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/articulos-99379_recurso_10.pdf)

<sup>32</sup> <http://www.mediacionbile.cl/portal/2012-03-13-15-00-32/estadisticas>

<sup>33</sup> Se admiten acuerdos parciales, esto es, aquellos que se suscriben no incluyendo a todos los reclamados y/o reclamantes. Así por ejemplo, puede suceder que el acuerdo se suscriba entre la parte reclamante y el establecimiento reclamado, sin que sea incorporado en el acuerdo el funcionario que personalmente brindó la atención sanitaria. Según el artículo 53 inciso 5 de la Ley N° 19.966, los prestadores institucionales públicos deberán instruir la investigación sumaria, o sumario administrativo correspondiente, a más tardar diez días después de la total tramitación del contrato de transacción, sin perjuicio del derecho de demandar a el o los funcionarios que hayan incurrido en culpa o dolo, para obtener el resarcimiento de lo que se haya pagado en virtud del contrato de transacción. También puede darse, y se ha dado, que el acuerdo se suscriba exclusivamente entre el funcionario reclamado y la parte interesada, sin que participe el establecimiento en donde se prestó la atención.

los hechos que motivaron el reclamo, habida excepción, únicamente, de las acciones necesarias para obtener el cumplimiento de la transacción.<sup>34</sup>

El número de acuerdos alcanzados en sede de mediación según los datos contenidos en el estudio alcanzan los 422 casos, lo que equivale al 22% (respecto de las mediaciones realizadas entre el 2005-2010), y entiéndase por tales, aquellos en que las partes suscribieron el respectivo contrato de transacción ante el mediador, renunciando a las acciones jurisdiccionales.

Esta cifra de acuerdos podría ser mayor, por cuanto existe una gran cantidad de casos en los que no obstante encontrarse resuelto el conflicto, y satisfechos los intereses de las partes, estas no necesariamente cierran el acuerdo con la celebración de una transacción y, ello ¿por qué se produce? Son variadas las razones que contribuyen: ya sea por la entidad de los daños (casos de muerte o invalidez definitiva); o bien existen trámites administrativos pendientes para que el establecimiento reclamado tome una decisión de acuerdo (por ejemplo auditoría médica) y el plazo de la mediación concluye; casos en los que los efectos del acto médico o sanitario se prolonga en el tiempo, y aun cuando se determine que no hubo infracción a la *lex artis* en la mediación, las personas preferirán muchas veces no suscribir acuerdos, porque aún se están generando efectos en la salud; además existe un sistema de seguros para los médicos involucrados que no necesariamente va a instar por un acuerdo en la mediación, por cuanto las pólizas respectivas muchas veces solo operan contra sentencia definitiva, debiendo el asegurado transitar todo el camino judicial necesario (representado por los abogados de la aseguradora), para concluir el reproche dirigido en su contra por decisión jurisdiccional; o porque se encuentra pendiente el pronunciamiento de alguna entidad estatal, por ejemplo el Ministerio Público respecto de la denuncia formulada por los mismos hechos ante dicho órgano respecto de los profesionales involucrados en la atención,<sup>35</sup> entre otras.

---

<sup>34</sup> De acuerdo con el artículo 48 de la Ley N° 19.966, la comparecencia de quien formula una solicitud de mediación es personal, sin perjuicio de que se pueda designar un apoderado expresamente facultado para transigir, y tratándose de los prestadores institucionales estos comparecen mediante su representante o de un apoderado debidamente facultado. Sin perjuicio de ello, las partes pueden ser asistidas o acompañadas por terceros. Por lo tanto, a diferencia de lo que sucede en sede jurisdiccional, en donde por la constitución del patrocinio y poder el representado desaparece para el proceso, en mediación, y como bien lo plasmó la ley, es fundamental la presencia de las partes directamente involucradas en el conflicto, por cuanto participan en la resolución de éste, obteniendo de primera fuente la versión de la contraparte relativa a los hechos materia de reclamo, adoptando las decisiones relacionadas a la negociación según sus impresiones del proceso.

<sup>35</sup> No se conocen cifras oficiales sobre los ingresos en materia de negligencias médicas al sistema penal en Chile. En efecto, según el Boletín Estadístico Anual del Ministerio Público para el 2012 <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/estadisticas/index.do> en la Tabla N° 3.1 sobre delitos ingresados por imputados conocidos por región y categoría de delitos entre 1 de enero de 2012 y diciembre del mismo año se señalan cuasidelitos, pero no hay un desglose dentro de cada categoría que permita saber si se trata o no de negligencias médicas.

Respecto de esta última posibilidad, es importante analizar los diversos escenarios jurídicos a los que puede recurrir una persona que considera haber sido víctima de una negligencia médica, lo que está estrechamente ligado a las características del conflicto de salud propiamente tal, cualquiera sea la vía por la que se opte en definitiva. Si nos centramos en una atención brindada en el sector público,<sup>36</sup> el ciudadano puede optar por el camino penal y formular la denuncia respectiva, a fin de indagar sobre la responsabilidad personal de los funcionarios que intervinieron. Dicha instancia es gratuita (por lo tanto, en cuanto a acceso es más expedita) e implica esperar un tiempo significativo (que habitualmente no coincide con el de la mediación (60 días prorrogables, hasta un total de 120) en el que se recaben antecedentes, a fin de que el Fiscal tome la decisión de formalizar. En el ámbito penal, para la configuración de la figura típica del artículo 491 del Código Penal se requerirá la existencia de una acción u omisión atribuible a un profesional médico en el desempeño de su función, esto es, que realice un acto médico con un resultado típico objetivamente imputable a una persona determinada, siempre que exista una infracción a la *lex artis*.<sup>37</sup>

---

<sup>36</sup> Tener presente que existen establecimientos públicos que no conforman las redes asistenciales y que están excluidos de mediación ante el CDE, como por ejemplo los Hospitales de las Fuerzas Armadas y de Orden (Hospital Militar, Hospital Naval, Hospital de la Fuerza Aérea, Hospital de Carabineros, Dipreca) y el Hospital Clínico de la Universidad de Chile. Sobre este último, dicha exclusión fue ratificada por la Contraloría General de la República, quien mediante dictamen N° 17.159 de 03.04.2009, establece que los procedimientos de mediación previstos en los artículos 43 y siguientes de la Ley N° 19.966 no son aplicables a los reclamos formulados en contra del Hospital Clínico de la Universidad de Chile por eventuales daños provocados a los pacientes. No obstante ello, resulta interesante el dictamen posterior, N° 44822, de fecha 15 de julio de 2011, en donde el ente contralor señaló que el Servicio de Salud Metropolitano Norte había suscrito con fecha 10 de junio de 2004 un convenio de prestación de servicios con el Hospital Clínico de la Universidad de Chile, en el que encargó al mencionado establecimiento la función de proporcionar a sus beneficiarios las prestaciones que allí se indican, para la atención de los pacientes que le sean derivados por el Servicio de Salud Metropolitano Norte. En consecuencia, tratándose de un daño que afecte a alguno de esos pacientes, este Consejo es competente para realizar la mediación correspondiente. A mayor abundamiento, cabe tener presente que el último dictamen mencionado ha sido confirmado recientemente por medio del pronunciamiento de la misma entidad de control N° 030993 de 28 de mayo de 2012.

<sup>37</sup> Sobre mediación en materia penal ver Ciruzzi, María: *Mediación penal en la mala praxis médica*, Ediciones Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2010, pp. 81 ss. quien plantea "... que el mecanismo de mediación o conciliación debería ser obligatorio en todos los casos de supuesta mala praxis médica, aun con carácter previo a formular una eventual denuncia penal por el delito de lesiones u homicidio culposo...". "...la mediación en este campo es la oportunidad dada a los pacientes y sus familias de ser escuchados. Frecuente y lamentablemente, en el contexto de la medicina moderna, la voz del paciente se encuentra silenciada, si no perdida, y la facultad del paciente de reivindicar sus propios intereses se encuentra avasallada. Esta circunstancia se patentiza -fundamentalmente- en el desnivel en las relaciones de poder dentro de un establecimiento de salud, y que proviene de diversas fuentes: la diferencia de conocimientos y experiencia entre la mayoría de los pacientes y el equipo de salud, el carácter altamente técnico y poco familiar de un hospital, y la identificación imperfecta de los intereses del paciente con los del grupo asistente. El estrés físico y emocional causado por una enfermedad sería también contribuye a una relación desigual. Los pacientes en el hospital usualmente se encuentran muy enfermos; las capacidades

Otra posibilidad es la vía civil (previa realización de la mediación, tema que trataremos más adelante, en cuanto a la obligatoriedad de esta), que tendrá por objeto hacer efectiva la responsabilidad extracontractual del Estado, fundada en la falta de servicio que ocasionó el daño, entendiendo por tal, la mala organización o funcionamiento defectuoso de éste, que se traduce en que el servicio no se presta, debiendo prestarse o se realiza en forma deficiente o tardía, derivándose de ello perjuicios. Es abundante la literatura sobre este tema, que jurisprudencialmente se ha ido nutriendo en forma permanente, no siendo un escenario de litigación fácil o llano para abogados no especialistas en el tema.

Por su parte, la mediación muchas veces se dará en forma paralela a la investigación penal y como antesala obligatoria del juicio civil respectivo. Pero ¿qué tienen en común estas tres vías (responsabilidad penal, falta de servicio y mediación por daños en salud)?: la necesidad de abordar la posibilidad *de una infracción a la lex artis*.<sup>38</sup> En efecto, sobre el particular durante el desarrollo de la mediación, a la luz de *criterios objetivos* (ficha clínica, informes de terceros, auditorías médicas, etc.) las partes, en un corto periodo de tiempo podrán esclarecer los hechos y evaluar sus *alternativas* respecto del caso y formular posibles *opciones de acuerdo* dentro de la mesa de mediación.

Sumado a todo lo expuesto, las cifras de acuerdos tenderían a ser mayores en modelos en que la mediación es voluntaria y no obligatoria, como requisito de procesabilidad (este punto lo trataremos en el acápite siguiente).

No obstante, que el porcentaje de acuerdos alcanzados parece ser acotado, el estudio demuestra que solo *10,7% de los reclamantes que no llegaron a acuerdo inician acciones judiciales civiles indemnizatorias, luego de pasar por un proceso de mediación*. Dicha cifra, desde ninguna perspectiva puede ser considerada reflejo de una alta judicialización y, por lo tanto, *la mediación habría cumplido plenamente el propósito que el legislador buscaba al momento de su consagración*. Pero la pregunta clave es ¿qué pasa con el 89,3% restante de los reclamantes que no ejercieron acciones civiles?, ¿por qué?

---

cognitivas, comprensivas y de juicio se encuentran afectadas por la enfermedad, algunos se vuelven extremadamente dependientes.

También sus familias se encuentran bajo estrés, cuya entidad depende del estado de salud del paciente y de la evolución de la enfermedad, o si el paciente mejora o empeora...”.

<sup>38</sup> Sobre este punto, es necesario consignar que la gran mayoría de casos relativos a falta de servicio en materia de salud estarán vinculados a la infracción de la *lex artis*, *pero no exclusivamente*, por cuanto hay casos que se ligan a otras infracciones que no necesariamente se refieran a esta, por ejemplo casos relativos a la seguridad del establecimiento de salud en la vigilancia de los pacientes. Para comprender el alcance de este concepto, ver página del Colegio de Médicos de Chile, [http://www.colegiomedico.cl/Portals/0/files/etica/art\\_interes/081112lex\\_artis\\_medica.doc](http://www.colegiomedico.cl/Portals/0/files/etica/art_interes/081112lex_artis_medica.doc), donde se contiene documento denominado “Consideraciones sobre *lex artis*, error y negligencias médicas” en el que señala que *la lex artis o estado del arte médico no es sino el conjunto de normas o criterios valorativos que el médico en posesión de conocimientos, habilidades y destrezas, debe aplicar diligentemente en la situación concreta de un enfermo y que han sido universalmente aceptadas por sus pares*.

Diversas hipótesis pueden plantearse: que el conflicto logró resolverse en sede de mediación, pero no obstante ello no se arribó a un acuerdo; que analizados los hechos acaecidos a la luz de criterios objetivos, se descartó errores de relevancia en la atención del paciente que permitan configurar el sustrato fáctico de una demanda civil indemnizatoria; que el reclamante debido a las obligaciones que conlleva un proceso llegue a la convicción de que es muy engorroso iniciar un juicio civil posterior; que el reclamante desee iniciar un juicio, pero sus costos desde el punto de vista económico no se lo permitan y no pueda acceder a una asesoría jurídica de calidad, etcétera.

Lo que sí podemos concluir basados en estas cifras, es que *no es posible vincular matemáticamente la tasa de acuerdo de mediación con el porcentaje de judicialización*,<sup>39</sup> ello por cuanto se comprueba que no todos los reclamantes sin acuerdo inician acciones judiciales, o dicho de otra manera, *la gran mayoría no inicia acciones legales*.

Por otra parte, y de acuerdo con la información analizada sobre judicialización de los conflictos, se aprecia que estamos ante una tendencia general de nuestro país y *no un fenómeno particular del área salud*. Ello es demostrado por las cifras del Consejo de Defensa del Estado, lo que resulta coherente si se consideran los niveles de ingresos del poder judicial año a año.<sup>40</sup>

---

<sup>39</sup> Ver Pizarro, Carlos: “Controversias Jurisprudenciales de la Responsabilidad de los Servicios Públicos de Salud”, en *Cuadernos de Análisis Jurídico, Colección de Derecho privado VI sobre Responsabilidad Médica*, Escuela de Derecho Ediciones Universidad Diego Portales, 2010, p. 190, en donde luego de ser analizada la obligatoriedad de la mediación y el porcentaje de acuerdos obtenidos, se llega a la conclusión de que “el objetivo de evitar la judicialización de la responsabilidad sanitaria no ha sido logrado luego de cinco años de implementación del sistema...”.

<sup>40</sup> [http://www.poderjudicial.cl/XLS/Estadisticas/Estadisticas2007\\_2010.xls?opc\\_menu=6&opc\\_item=2](http://www.poderjudicial.cl/XLS/Estadisticas/Estadisticas2007_2010.xls?opc_menu=6&opc_item=2). La tendencia muestra un aumento de los ingresos, año a año.

### c) Obligatoriedad de la mediación y acceso a la justicia<sup>41</sup>

La mediación por daños en salud, como ya lo anunciáramos es obligatoria, para el ejercicio posterior de acciones civiles, formulándose por muchos que ello implica entorpecer el “acceso a la justicia”.

Antes de llegar a ese punto es necesario aclarar los alcances de dicha obligatoriedad. Primero, lo obligatorio no es la realización de la mediación propiamente tal, sino *el trámite de solicitud de mediación*, bastando que el interesado una vez formulado este, concurra a manifestar su deseo de no perseverar en el procedimiento, emitiéndose el respectivo certificado de término. Por tanto, lo exigible es la solicitud de mediación, *mas no la voluntad de participar en el proceso*. En efecto, los mediadores dentro de su discurso de apertura contemplan esta característica del proceso, a fin de que las partes tomen y asuman la decisión de participar o no en este, ello porque necesariamente estamos ante un escenario colaborativo y sin decisión de participar en él no se podrá avanzar.

Aclarado ello, es importante abordar la afirmación relativa a que la obligatoriedad constituye un obstáculo para acceder a la justicia, *ello es así sí, y solo si considero que justicia es un concepto restrictivo y unívocamente vinculado a la decisión jurisdiccional de un juez sentenciador*. Ahora bien, si admito la posibilidad de que las personas resuelvan sus conflictos mediante acuerdos que recojan los intereses de ambas partes, el concepto de justicia permitirá otras conceptualizaciones. Sin embargo, y de acuerdo con mi experiencia como mediadora, en la práctica la gran mayoría de las personas que concurren a formular un reclamo de mediación *no quieren llegar a tribunales*, por cuanto pareciera ser que la real limitante del acceso a la jurisdicción no es la mediación, sino el costo efectivo del proceso y de la asesoría legal obligatoria pertinente para ello. Los reclamantes, en términos generales, esperan fundamentalmente saber qué fue lo que pasó, y si hubiese un error que configure una negligencia se tomen las medidas correspondientes para que ello no

---

<sup>41</sup> Es largo el debate sobre obligatoriedad de los mecanismos de resolución alternativa de conflictos, siendo un tema no pacífico en relación con la implementación de políticas públicas en esta materia. Por ello, resulta interesante la experiencia argentina en donde por la Ley N° 26.589 de 2010 sobre Mediación y Conciliación se estableció con carácter obligatorio la mediación previa a todo proceso judicial, exigiéndose como requisito de admisión de la demanda el acta extendida por el mediador interviniente. Quedan excluidas del procedimiento de mediación prejudicial obligatorio: acciones penales; de separación personal y divorcio, nulidad de matrimonio, filiación, patria potestad y adopción, con excepción de las cuestiones patrimoniales derivadas de estas; 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; procesos de inhabilitación, de declaración de incapacidad y de rehabilitación; amparos, *habeas corpus*, *habeas data* e interdictos; medidas cautelares; diligencias preliminares y prueba anticipada; juicios sucesorios; concursos preventivos y quiebras; convocatoria a asamblea de copropietarios prevista por el artículo 10 de la Ley N° 13.512; conflictos de competencia de la justicia del trabajo; y procesos voluntarios.

vuelva a suceder y se indemnice si ello fuera procedente. Por lo tanto, considerar obstáculo soluciones jurídicas que resuelven concretamente las necesidades de las personas implica ver los sistemas actuales de justicia solo en el papel y en los códigos, no en la realidad de nuestra sociedad. Pareciera ser *que los usuarios de sistemas de resolución alternativa de conflictos, en general, no acceden a la que se considera justicia en sentido formal*. Esas personas no forman parte del circuito jurisdiccional, y por tanto a ellas, en términos generales, no se les resuelve su conflicto vía juicio. Ahora bien, podríamos hacer una ficción y pensar que con gran cantidad de recursos todos los que quisieran podrían iniciar un juicio con las debidas garantías de ello, sin embargo, no necesariamente las personas quieren iniciar un juicio, por todo lo que conlleva y, segundo, no necesariamente el juicio es el mejor camino para la resolución de su conflicto, en cuanto a tiempo de la respuesta jurisdiccional y costo de ella.

**d) Ventajas comparativas de la mediación: tiempo, costos, flexibilidad de las soluciones y calidad de los acuerdos**

En cuanto a la duración del proceso de mediación, se confirma lo sostenido reiteradamente sobre su rapidez, ya que el tiempo promedio de una mediación alcanza los 63 días, en cambio un juicio demora 2 años y 84 días. Debido a la particularidad del conflicto de salud, en el sentido de que se vincula a daños ocasionados en las personas, *el tiempo prolongado de la resolución jurisdiccional muchas veces contribuye a aumentar la victimización de los afectados*, transformándose este aspecto en un elemento vital de la reparación.

En cuanto a los *costos* de la mediación, estos pueden abordarse de distintas perspectivas. Por una parte, hay que considerar el gasto efectivo de realización de una mediación o un juicio, con profesionales capacitados, infraestructura, asesoría legal, etc., y por otro lado, el coste de las indemnizaciones pagadas por las instituciones reclamadas. El artículo analizado se vincula a esta última idea en aras de evitar el desgaste del aparataje estatal, por no haber evaluado en mediación la posibilidad cierta de transacción previa al inicio del proceso jurisdiccional. Por ello se indica que el promedio de los montos indemnizatorios pagados en mediación alcanza a \$7.753.919 y en cambio en juicio alcanza a \$35.127.524. Obviamente, estas sumas se obtienen considerando todos los acuerdos de mediación en los que se acordó un monto indemnizatorio y todos los juicios condenatorios en los que se pagó, existiendo en ambos casos juicios o mediaciones en las que los montos fueron mayores o inferiores, dependiendo de la gravedad del asunto. Lo que sí es cierto, es que la mediación permite indemnizaciones de menor monto en relación con los daños de menor entidad, así por ejemplo los acuerdos han ido desde aproximadamente los \$20.000 hasta el tope legal establecido en la ley (3.500 UF).

Esta posibilidad se vincula a otra característica de la mediación, abordada en el estudio: *la flexibilidad de las soluciones a las que se puede arribar*, por cuanto se consideran *explicaciones, disculpas, prestaciones asistenciales, medidas intrahospitalarias*,

*indemnizaciones y todo aquello que las partes convengan*, a diferencia de los juicios que solo consideran la suma indemnizatoria, cuando la demanda es acogida.

Esta ventaja de la mediación, de ampliar la diversidad de soluciones, obviamente es a base del concepto de *interés*, que permite agregar valor a las posibles opciones de acuerdo, ya que no estamos ante una torta de tamaño fijo (solo suma indemnizatoria), lo que es aún más patente cuando hablamos de conflictos vinculados a daños que se busca reparar. En efecto, de acuerdo con los relatos de los reclamantes, en términos generales se espera que las reparaciones vayan ligadas a cambios, gestos o modificaciones que eviten hechos como los ocurridos a ellas, acentuándose muchas veces este interés de los reclamantes cuando su contraparte es una institución pública, que por sus características debiera acogerlos o preocuparse de su bienestar. Desde esta perspectiva, para los ciudadanos que se presentan frente a frente con la institucionalidad, la mediación permite re-equilibrar el poder y entregar a las personas la información en forma transparente, permitiendo la corrección de las falencias que se detecten y brindar las explicaciones que correspondan cuando se ha actuado en forma deficitaria. El mayor error de los detractores de la mediación, ya sea entre privados o en instituciones públicas, *es el creer que los reclamantes solo esperan una solución pecuniaria de sus conflictos*. Si dicha visión se tiene, es porque el sistema jurisdiccional en materia de daños solo permite esa vía y tanto es así que ya se encuentra incorporado en el discurso de las personas que las instituciones públicas responden solo mediante montos indemnizatorios, por ello es tan relevante analizar las cifras de los acuerdos alcanzados en mediación, las que nos demuestran que el 58% de ellos no implicó el pago de una suma de dinero (422 casos), no obstante tratarse de daños graves (más de dos tercios de los reclamos admisibles son casos de muerte o invalidez). Estas cifras desestigmatizan a los reclamantes frente a todos aquellos juicios de valor relativos a los propósitos de las personas a la hora de solicitar o impulsar un procedimiento de mediación.

Finalmente, y dentro de este acápite es importante destacar la *calidad* de los acuerdos, por cuanto se vinculan a los intereses y necesidades concretas de las personas en relación con el conflicto (y no exclusivamente a su actividad probatoria, ni a su mejor derecho) y la *sustentabilidad* de los mismos, por cuanto los casos de incumplimiento son excepcionales, lo que permite acuerdos eficaces.<sup>42</sup>

---

<sup>42</sup> Núñez, Raúl: *Negociación, mediación y conciliación como métodos alternativos de solución de controversias en materia civil*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2009, pp. 43-62, en donde se explicitan las ventajas de los ADR principalmente vinculadas al ahorro de tiempo y su consideración como medios menos costosos, lo que en conjunto hace que sean considerados como alternativas más eficientes respecto del litigio. Pero además hay otras ventajas: mayor participación de los afectados, lo que trae como consecuencia mayor credibilidad y confianza en el sistema, permitiendo mejores resultados y un mejor cumplimiento por parte de los involucrados. Además, se trata de medios más flexibles que favorecen la confidencialidad y la mantención de las relaciones a futuro.



**e) Otros aportes de la mediación vinculados a salud: detección y prevención de riesgos clínicos**

Con la mediación se restablecen canales de comunicación entre pacientes y familiares, por un lado, y establecimientos y funcionarios, por otro, lo que es de vital importancia, se logre un acuerdo o no, por cuanto se trata de usuarios que seguirán relacionándose con la red asistencial pública. Así, se institucionaliza la posibilidad de reclamo, recogiendo toda la información aportada por los reclamantes, en cuanto al otorgamiento de las prestaciones de salud.

Corrientemente en las audiencias de mediación se utilizan expresiones médicas y los mediadores ya manejan ciertos criterios y/o vocabulario vinculado al mundo de la salud, ello permite una mirada mucho más especializada del tema y un abordaje más preciso y técnico sobre el conflicto. Por ello, basados en dicha experiencia los mediadores pudieron elaborar una *categorización de los incidentes de salud con mayor recurrencia en los reclamos que día a día trabajaban en sus casos*, distinguiéndose: errores de diagnóstico; errores en la realización de procedimientos quirúrgicos o de enfermería; errores en la atención obstétrica; retardos en la atención; falta o deficiencia en la información entregada al paciente; deficiencia en la atención de urgencia; continuidad, pertinencia o especialización de quién brinda la atención; seguridad del paciente dentro del recinto hospitalario; errores en la utilización o retardo en la entrega de medicamentos; seguridad y oportunidad en los traslados y derivaciones de los pacientes; otros.<sup>43</sup> Esta tipología, permite clasificar cada uno de los casos ingresados y así cuantificar su ocurrencia, insumo útil para los establecimientos reclamados, por cuanto les permite detectar las áreas más sensibles de su quehacer.<sup>44</sup> Además, la categorización, en un lugar distinto al reclamado, evita que el hecho no llegue a conocimiento de las autoridades superiores del establecimiento. En efecto, son numerosos los acuerdos en los que la institución de salud se compromete a raíz de los hechos conocidos en mediación a modificar o mejorar su gestión en determinada área, creando protocolos o estableciendo nuevas medidas de seguridad para evitar la ocurrencia de hechos similares.

El Gráfico 3 consigna los resultados de la operación descrita en el acápite anterior y revela las tendencias que se presentan en cuanto al contenido de los reclamos que se formulan ante la Unidad de Mediación, liderando como incidente los errores de diagnóstico con 23,7%, luego siguen los errores en la realización de procedimientos quirúrgicos o de enfermería con 23,5%, posteriormente los

---

<sup>43</sup> Con posterioridad a la conclusión de este estudio se modificó la categorización, separando los errores de procedimiento quirúrgico de los de enfermería y se agregaron los reclamos fundados en infracciones a la ley de derechos y deberes.

<sup>44</sup> Martínez, F. y Ruiz, José: *Manual de Gestión de riesgos sanitarios*, Ediciones Díaz de Santos, Madrid, 2001, p. 8. La gestión de riesgos sanitarios representa un conjunto de acciones, que aunque no garantizan la ausencia del siniestro, tratan de agotar las posibilidades de ocurrencia, anticipándose a consecuencias no deseables en sucesivas repeticiones. Los errores tienen que traducirse en información para anticiparlos y prevenirlos en el futuro.

errores en la atención obstétrica con 15,4%, y finalmente los retardos en la atención con 15,3%.

Este análisis en el estudio se realiza también respecto de los juicios iniciados, detectándose errores de diagnóstico con 23,6%, errores en la realización de procedimientos quirúrgicos o de enfermería con 27,7%, errores en la atención obstétrica con 16,1%, y finalmente el retardo en la atención con 7%.

Los datos arrojan tendencias en los reclamos de mediación, pero lo más llamativo es que estas se repiten en los juicios iniciados, siendo los principales motivos de reclamo y de juicio *los errores de diagnóstico, de procedimiento y los temas obstétricos*. Llama la atención que el porcentaje de reclamos por retardo en la atención formulados en mediación desciende a casi la mitad en sede judicial. Ello nos demuestra que el conflicto mediable o judicializable comparte las mismas características centrales en cuanto a tipología. Casi el 50% de los reclamos y los juicios se refieren a errores de diagnóstico y errores de procedimiento, tanto en sede de mediación como jurisdiccional, *por tanto se vinculan al actuar de un funcionario, más que a la gestión del establecimiento asistencial*. Además, en materia judicial no existe una tendencia marcada respecto del resultado de los procesos, por cuanto los porcentajes de absolución y condena son similares.

**f) Necesidad de redefinición acerca del propósito de la mediación para justificar su implementación y políticas públicas tendientes a la resolución de conflictos de los ciudadanos**

Claramente a la luz del estudio, los propósitos desjudicializadores de la mediación al momento de su consagración se cumplieron, no recurriendo a los tribunales casi el 90% de los reclamantes que pasaron por la mediación.

Actualmente se discute la futura reforma procesal civil, y existe acuerdo unánime que la gran carga del sistema son las cobranzas judiciales. Desde esta perspectiva, podríamos pensar que si se logra minimizar este impacto (por ejemplo, judicializando solo los juicios ejecutivos en que haya oposición), los tribunales no debieran estar colapsados de casos. No obstante ello, ¿alguien podría afirmar que *todos* los conflictos de relevancia jurídica sean solo solucionados mediante las instancias jurisdiccionales contenciosas? Pareciera que ello hoy no es factible, por cuanto la conflictividad de nuestra sociedad exige del Estado soluciones acordes a las necesidades y tiempos, requiriéndose herramientas más eficaces y técnicamente más vinculadas al sustrato fáctico del caso a resolver.

*Por ello, creo que es indispensable abandonar la vinculación de métodos rad/desjudicialización. Puede ser que con ellos se eviten juicios, pero no es el fundamento de su utilización.* La mediación hoy constituye una poderosa herramienta de *cohesión social*, que permite a las personas acceder a la resolución de sus conflictos, de acuerdo con un estándar de calidad, haciéndolas sentirse parte de una comunidad a la que

aportan, beneficiándose a la vez de sus progresos.<sup>45</sup> La consideración de la mediación en las políticas públicas permite *acercar la justicia a las personas* y a los problemas reales de estas por acuerdos de calidad que recojan sus intereses, independiente de sus consecuencias desjudicializadoras.

El proceso de mediación es un aprendizaje para las personas y así lo demuestran los estudios de calidad de la atención de los servicios de mediación por daños en salud; en efecto, el 2008 en el índice de satisfacción general con el proceso de mediación el 86,3% de los reclamantes se manifiesta *muy satisfecho o satisfecho con el procedimiento de mediación* (según la investigación realizada el 2008 por la consultora independiente Demoscópica) y ello independientemente de haber llegado a acuerdo en esta sede. Por su parte el 2012 esta cifra respecto de reclamantes alcanza el 83,9%. Tanto el 2008 como el 2012 el 100% de los reclamados se sintieron muy satisfechos o satisfechos con el procedimiento de mediación.

Concluyendo, ya no parece adecuada la expresión “resolución *alternativa*”, que sugiere sistemas paralelos o contrarios a la jurisdicción, requiriéndose que estos métodos se inserten en un sistema multipuertas de acceso a la justicia, brindando a los ciudadanos la *posibilidad efectiva de resolver siempre sus conflictos mediante formas adjudicatorias, en caso de que las colaborativas fracasen*.<sup>46</sup> Ilustrativo sobre el punto resulta la reflexión de Marcela Fernández<sup>47</sup> en el Congreso sobre mediación y resolución colaborativa de conflictos: un aporte a la cohesión social, en donde se refiere a la valoración de las personas respecto de la experiencia de mediación ante las CAJ respondiendo a la pregunta *¿le gustó participar en la mediación?*, en 1999, 93% que sí; y en 2002, 94%. *Si yo le pregunto a alguien, ¿le ha gustado participar en un juicio?, difícilmente alguien va a decir: Sí, me encantó participar en un juicio, porque es una experiencia que no es agradable*. Y esto nos hace pensar entonces que la mediación dentro de esta lógica debería ser la puerta de entrada a la solución de los conflictos, independientemente de que siempre debe estar garantizado el acceso a la jurisdicción.

---

<sup>45</sup> Sobre este punto interesante resulta el artículo de Fernández, Marcela: “La mediación, un instrumento para la Cohesión Social. Aportes de las Corporaciones de Asistencia Judicial”, en Congreso Internacional, Mediación y resolución colaborativa de conflictos. Un aporte a la cohesión social, Ministerio de Justicia, Santiago 2011, pp. 65 ss.

<sup>46</sup> Riego, Cristián: “Políticas públicas orientadas a la implementación de la mediación previa a la intervención judicial en Chile”, en Congreso Internacional, Mediación y resolución colaborativa de conflictos. Un aporte a la cohesión social, Ministerio de Justicia, Santiago 2011, pp. 73 ss., en donde se destaca que la idea de alternativo sugiere el concepto de “en reemplazo”, del sistema judicial formal, lo que acarrea serios inconvenientes.

<sup>47</sup> *Ibíd.*

## BIBLIOGRAFÍA

- ❖ BARRÍA, Pedro y SAINT GEORGE, Corina: “El modelo mexicano de arbitraje médico: Un aporte a la calidad de la medicina y a la comunicación entre médicos y pacientes”, *Revista de Derecho* 17, Consejo de Defensa del Estado, 2007.
- ❖ BARUCH, Robert, y FOLGER, J.P.: *La Promesa de la Mediación. Cómo afrontar el conflicto a través del fortalecimiento propio y el reconocimiento de los otros*, Granica, 2006.
- ❖ CARAM, María Elena, EILBAUM, Diana y RISOLÍA, Matilde: *Mediación Diseño de una Práctica*, Librería Histórica, Buenos Aires, 1996.
- ❖ CIRUZZI, María: *Mediación penal en la mala praxis médica*, Ediciones Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2010.
- ❖ COBB, Sara: “Una perspectiva Narrativa de la Mediación. Hacia la materialización de la metáfora del narrador de historias”, en FOLGER, Joseph y JONES, Tricia, *Nuevas direcciones en mediación. Investigación y perspectivas comunicacionales*, Editorial Paidós, Argentina, 1997.
- ❖ DIEZ, Francisco y TAPIA, Gachi: *Herramientas para trabajar en mediación*, Paidós, Argentina, 2006.
- ❖ FERNÁNDEZ, Marcela: “La mediación, un instrumento para la Cohesión Social. Aportes de las Corporaciones de Asistencia Judicial”, en *Congreso Internacional, Mediación y resolución colaborativa de conflictos. Un aporte a la cohesión social*, Ministerio de Justicia, Santiago, 2011.
- ❖ FISHER, R.; URY, W. y PATTON, B.: *Sí... ¡de acuerdo! Cómo negociar sin ceder*, Grupo Editorial Norma, Colombia, 2009.
- ❖ MARTÍNEZ, F. y RUIZ, José: *Manual de Gestión de riesgos sanitarios*, Ediciones Díaz de Santos, Madrid, 2001.
- ❖ NÚÑEZ, Raúl: *Negociación, mediación y conciliación como métodos alternativos de solución de controversias en materia civil*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago.
- ❖ PEÑA, Carlos: *Notas sobre la justificación del uso de sistemas alternativos*, Corporación de Promoción Universitaria,  
<http://siteresources.worldbank.org/INTLAWJUSTINST/Resources/PenaAlternativeSystems.pdf>.
- ❖ PIZARRO, Carlos: “Controversias Jurisprudenciales de la Responsabilidad de los Servicios Públicos de Salud”, en *Cuadernos de Análisis Jurídico*, Colección de Derecho privado VI sobre Responsabilidad Médica, Escuela de Derecho Ediciones Universidad Diego Portales, 2010.
- ❖ REDORTA, Josep: *Cómo analizar los conflictos. La tipología de conflictos como herramienta de mediación*, Editorial Paidós, Barcelona, 2004.
- ❖ RIEGO, Cristián: “Políticas públicas orientadas a la implementación de la mediación previa a la intervención judicial en Chile”, en *Congreso Internacional, Mediación y resolución colaborativa de conflictos. Un aporte a la cohesión social*, Ministerio de Justicia, Santiago 2011.
- ❖ RODRÍGUEZ, Pilar: “La experiencia francesa en la búsqueda de una solución amigable de los conflictos médicos”, *Revista de Derecho* 19, Consejo de Defensa del Estado, 2008.
- ❖ SUARES, Marínés: *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Editorial Paidós, Argentina, 2005.
- ❖ URI, William; BRETT, Jeanne y GOLDBERG, Stephen: *Cómo resolver las disputas - Diseño de sistemas para reducir los costos del conflicto*, Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina, 1995.