

EXPERIENCIA DE LA MEDIACIÓN POR DAÑOS EN SALUD Y CONVENIENCIA DE SU EXTENSIÓN EN EL ÁMBITO PÚBLICO.

AUTOR: MARÍA SOLEDAD LAGOS OCHOA, mslagos@derecho.uchile.cl

La Constitución Política de la República de Chile en su artículo 19 N° 9 consagró “El derecho a la protección de la salud”, el que conforme al modelo de Estado subsidiario y la vieja distinción entre derechos civiles y políticos (directamente exigibles) y derechos económicos, sociales y culturales (no susceptibles de protección debido a su supuesto carácter programático), carecía de un contenido mínimo posible de ser reclamado por los ciudadanos. Este derecho adquirió una nueva fisonomía el año 2005 cuando se dictó la llamada Ley AUGE N° 19.966, asegurando la cobertura de un cierto número de patologías, pre definidas como prioridades sanitarias, sobre la base de determinadas “...garantías explícitas: a) Garantía de acceso, conforme a la cual todos los individuos deberán recibir atención y ser parte de una red de salud en su lugar de residencia; b) Garantía de oportunidad, según la cual habrá un límite máximo de tiempo preestablecido para asegurar tanto la primera atención de las personas, como la atención posdiagnóstico; c) Garantía de calidad, que asegura que las prestaciones seguirán patrones de exigencia técnica preestablecidos y construidos a partir de pruebas de evidencia médica y; d) Garantía de cobertura financiera, en virtud de la cual el pago de las prestaciones no será un obstáculo para recibir los servicios asociados al sistema AUGE...”¹

1.- CONSAGRACIÓN DE LA MEDIACIÓN POR DAÑOS EN SALUD.

Coherente a este escenario de efectivización de los derechos, el Mensaje de la Ley 19.966 de 22 de mayo de 2002, firmado por el entonces Presidente de la República Ricardo Lagos señala que “...para resguardar el derecho a la salud, no basta con su declaración, sino que se hace necesario establecer garantías explícitas de acceso, oportunidad, calidad y protección financiera y generar los instrumentos para el efectivo ejercicio de éstas, dotando a los usuarios de las facultades y mecanismos para hacerlas exigibles...”² No obstante ello, no se regulaba la responsabilidad sanitaria, ni menos se contemplaba la mediación por daños en salud como forma de resolución de conflictos. Por ello, el Primer Informe de la Comisión de Salud, emitido el 30 de abril de 2004, en segundo trámite constitucional incorporó al texto del proyecto un nuevo título denominado “De la responsabilidad en Materia Sanitaria”, y a las sesiones de dicha comisión asistió el Consejero del Consejo de Defensa del Estado de la época don Pedro Pierry Arrau, quien señaló que las demandas por responsabilidad médica en contra del Estado habían aumentado en forma explosiva en los últimos años, planteando la necesidad de “exigir el agotamiento previo de la vía administrativa, antes de deducir los recursos correspondientes, como requisito sine qua non para reclamar judicialmente”³. Para ello, a solicitud de la Comisión, el profesor preparó la propuesta destinada a incorporar el agotamiento previo de la vía administrativa, la que señalaba “...El ejercicio de las acciones jurisdiccionales para obtener la reparación de los daños ocasionados por los órganos de la Administración en materia sanitaria, requiere el agotamiento previo de la vía administrativa. El afectado deberá presentar la solicitud de reparación económica de los daños ocasionados, ante el respectivo Director del Servicio de Salud, especificando las lesiones producidas o las circunstancias de la muerte, en su caso, la presunta relación de causalidad entre éstas y el funcionamiento del servicio, la falta que se imputa y la evaluación económica de la responsabilidad patrimonial; acompañando todos los antecedentes que estime convenientes, dando de esta forma inicio al **procedimiento administrativo**, que se registrará, en todo lo no previsto por esta ley, por lo dispuesto en la Ley de Procedimiento

¹ Zúñiga (2011:53)

² Historia de la Ley 19.966 (2004: 9)

³ Historia de la Ley 19.966 (2004: 547)

Administrativo...”, “...El procedimiento administrativo terminará por el rechazo o la aprobación de la solicitud. En caso de aprobación, deberá señalar el monto de la indemnización que el Servicio de Salud dispone pagar, que podrá ser distinto al solicitado por el interesado. Determinará, además, si existe falta de servicio del órgano o si se trata de una falta personal del funcionario que haya incurrido en culpa grave o dolo. Esta última declaración no producirá otro efecto, respecto del funcionario, que la obligación del Servicio de demandar ante los tribunales ordinarios para obtener el resarcimiento de lo que haya pagado, donde deberá probar la culpa o dolo del funcionario. En todo caso, el funcionario afectado podrá siempre intervenir como tercero en el procedimiento administrativo...”, “...Antes de resolver la solicitud de reparación económica, deberá recabarse un informe del Consejo de Defensa del Estado, el que deberá pronunciarse proponiendo el rechazo o la aceptación de la solicitud, teniendo en cuenta los antecedentes del procedimiento, analizando la relación de causalidad y la existencia o no de falta de servicio. En caso de aceptación, propondrá la valoración del daño y la cuantía de la indemnización, considerando los criterios de la defensa del Estado en materia de responsabilidad extracontractual...”⁴

Sometido a votación el proyecto este acápite fue rechazado, quedando pendiente, la manera en que se agotaría previamente la instancia administrativa, con el ánimo de reducir la litigiosidad. Posterior a ello, a través del BOLETIN N° 2947-11 de junio de 2004, que contiene las modificaciones presentadas por el Presidente de la República al proyecto de ley, se introduce la **Indicación N° 100**, que incorporó en el Título sobre **Responsabilidad Sanitaria** un Párrafo II que se tituló “De la Mediación”, el que señalaba en su Artículo 41.- “...El ejercicio de las acciones jurisdiccionales para obtener la reparación de los daños ocasionados por los Servicios de Salud, Establecimientos de Autogestión en Red y Establecimientos de Salud de Carácter Experimental, para estos efectos, los “prestadores institucionales públicos”, en el ejercicio de sus funciones legales de otorgamiento de prestaciones de carácter asistencial, requiere que el interesado, previamente, **haya sometido su reclamo a un procedimiento de mediación a través de la Secretaría Regional Ministerial de Salud...**”⁵. La Comisión de Salud emitió un segundo informe, a cuyas sesiones asistió doña María Teresa Muñoz en representación del CDE, la que señaló “...que la mediación es una institución que ha sido analizada en su desarrollo en el derecho comparado, pues en Chile su recepción legislativa es aún incipiente, habiendo sido recientemente incorporada a la legislación que regula los conflictos de familia.

La mediación es percibida como una herramienta útil para la solución de conflictos derivados de relaciones permanentes entre las partes, tales como los problemas de familia, de vecindad y ciertos casos de conflictos laborales. Se trata, entonces, de contiendas que usualmente exceden el ámbito de lo pecuniario y en las cuales el mediador debe establecer cuál es el conflicto e instar a que sean las partes las que alcancen la solución...”

Continuó señalando que “...la mediación, en derecho comparado, no ha sido utilizada para solucionar conflictos del tipo que hoy día nos ocupa, para los cuales se recurre a instancias administrativas, especialmente tratándose de conflictos de escasa cuantía.

La abogada señora Muñoz manifestó que, para este tipo de conflictos, la mediación no constituye la herramienta más adecuada, toda vez que el usuario de un servicio de salud que ha sufrido un perjuicio requiere una solución de carácter pecuniario, para lo cual se presta mejor el arbitraje...”⁶

No obstante, esta opinión al analizarse la indicación N° 100, la Comisión “...valoró la incorporación de una instancia de mediación, por considerar que ésta constituye una herramienta novedosa y efectiva para alcanzar acuerdos en los conflictos de los afiliados y beneficiarios con los prestadores de salud. En especial, se tuvo en consideración los siguientes elementos: El hecho de que el proyecto de ley en informe

⁴ Historia de la Ley N° 19.966 (2004: 554-556)

⁵ Historia de la Ley N° 19.966 (2004: 791)

⁶ Historia de la Ley N° 19.966 (2004: 795)

otorga derechos –consagrados como Garantías Explícitas en Salud, definidas en el artículo 4º–, que pueden ser exigidos a los prestadores y a los aseguradores y cuyo incumplimiento da lugar a indemnización de perjuicios; el temor de que el AUGE incremente exponencialmente los litigios y se produzca un aumento de la judicialización de los conflictos en el ámbito de la salud; la inquietud por el hecho de que el problema anterior pueda exacerbarse por la acción de abogados que transformen estos conflictos en una industria generadora de ingresos; y que la mediación ha sido recientemente incorporada a la legislación nacional en el proyecto de ley sobre Tribunales de Familia...”⁷

Sin perjuicio de lo anterior, la Comisión efectuó diversas consideraciones críticas, siendo la más importante de ellas que el mediador, conforme a la indicación, sea un funcionario público. Sobre este punto, la Comisión coincidió en que semejante mediador no tendrá la independencia necesaria para promover acuerdos entre las partes en conflicto, ya que generalmente estará vinculado a una de ellas en calidad de dependiente. Como forma de soslayar este inconveniente, la Comisión propuso que el mediador sea nombrado de entre un grupo de profesionales altamente calificados, que integren una lista de mediadores, y que sean nombrados por el Ministro de Salud. Alternativamente, se planteó que el mediador sea designado por el Consejo de Defensa del Estado, de entre uno de sus miembros o designando a un tercero, funcionario o no, que dé garantías de independencia.

A este respecto, se estimó que el Consejo de Defensa del Estado es un organismo idóneo para este efecto, ya que, si bien es de carácter público, es independiente del Gobierno de turno.

El señor Ministro de Salud señaló sobre el particular “...**que los conflictos en el sector salud no se agotan en el ámbito pecuniario y alcanzan, a menudo, aspectos más personales, como el trato y la empatía hacia el usuario...**”. Finalmente, anotó que la mediación contribuiría a enfrentar no todos, pero sí un número significativo de conflictos que se generan a partir de la falta de confianza en la relación médico paciente, considerada en términos amplios. Por esta razón, se propone dar un paso adelante, consagrando la mediación en el proyecto, en los términos propuestos en la indicación del Ejecutivo...”⁸ Es así como el 4 de marzo de 2005, el Consejo de Defensa del Estado (en adelante CDE), comenzó a realizar mediaciones por daños en salud y por primera vez, este servicio por tradición litigioso (donde prima la resolución confrontacional), actúa como tercero imparcial en un conflicto (nuevo tratamiento a faltas de servicio), creándose para ello una Unidad de Mediación, entidad especializada conformada por un equipo interdisciplinario de profesionales (abogados, sociólogo, asistentes sociales y médico), quienes para adquirir los conocimientos teóricos y destrezas de la mediación, fueron debidamente capacitados en métodos RAD.

2.- CONFLICTO SANITARIO Y MEDIACIÓN POR DAÑOS EN SALUD.

La incorporación de la mediación implica visualizar los conflictos que se suscitan entre el ciudadano (pacientes y su familia) y quién presta la atención sanitaria (establecimientos de salud y sus funcionarios), desde una óptica colaborativa, abandonando la idea de que la única forma de resolución es la decisión de un tercero, que en base a las pruebas aportadas determina si existe o no responsabilidad, que amerite el pago de una suma de dinero, entendiendo esta como única y exclusiva forma de reparación.

La mediación se presenta como un espacio de “**diálogo**”, en el que ambas partes intentarán resolver una divergencia, y para ello es indispensable saber cuál es el conflicto⁹ que se está mediando, independiente

⁷ Historia de la Ley N° 19.966 (2004:797)

⁸ Historia de la Ley N° 19.966 (2004:797)

⁹ Redorta (2004:28) Para este trabajo, entenderemos el concepto conflicto como “...La diferencia de intereses percibida, o una creencia (belief) que las partes en sus aspiraciones normales no pueden alcanzar simultáneamente...”, aportado en 1986 por Rubin, Pruitt y Hee.

de la figura jurídica que pueda subsumir estos hechos. Este análisis es de vital importancia, porque la noción de conflicto trasciende a la categorización legal. En efecto, a través de la mediación se conocen casos que podrían dar lugar a que el ciudadano se dirija en contra del establecimiento de salud ejerciendo acciones jurisdiccionales por responsabilidad por falta de servicio y/o también podría accionar en contra del médico por cuasidelito de lesiones y en casos extremos, si se viera como dolo eventual el error cometido por el profesional de la medicina, podríamos estar ante la presencia de un delito. Sin embargo estas figuras no logran comprender, ni menos abordar la complejidad del conflicto sanitario ni sus matices ¿Por qué?

Principalmente, porque su lógica lineal causa-efecto no considera la posibilidad de multicausalidad, redundando en un análisis muy superfluo que no recoge la complejidad técnica y emocional del conflicto de salud. En mi labor como mediadora he podido comprobar como las partes se presentan inicialmente sosteniendo una posición rígida e inflexible inicial, generalmente de carácter material (“exijo una indemnización...”), sin embargo cuando uno pregunta, el por qué o el para qué de dicha petición, afloran los verdaderos **intereses**¹⁰ de las personas que se sienten afectadas (¿Qué espera ud. de este proceso? ¿Con que ud. diría que tuvo sentido o valió la pena emplear su tiempo y preocupación en esta mediación?), respondiendo en términos generales: Saber que sucedió; Que se adopten medidas para que lo vivido por ellos no le ocurra a nadie más; Que se restablezca su condición de salud; Que puedan recobrar su calidad de vida; Que se sancione a los responsables; Que se pidan disculpas, entre otras.

La solicitud de las personas de un monto indemnizatorio en una primera aproximación, responde a lo que el sistema brinda como forma de solución. La gente sabe que las entidades responden en términos generales a través de su patrimonio y además, también tienen conocimiento de que no hay penas corporales efectivas respecto de los profesionales de la salud, por ello consideran que hay que solicitar algo que le “duela” a la contraparte. Este tipo de solicitudes económicas son coherentes a las formas de solución dadas por el sistema tradicional de resolución jurisdiccional.

El conflicto sanitario **“no es exclusivamente pecunario”** y por ello, si queremos resolverlo, no podemos generar solo medidas indemnizatorias. La mediación permite que salga a la luz este contenido, que de otra manera no es visibilizado, solo así pueden emerger los intereses de ambas partes. Ello es muy relevante porque frente al reclamante hay una institución y profesionales, para los que reclamos y denuncias que se formulan en su contra, **sí significan algo** (a la generalidad de las personas, no le es cómodo, ni gratificante ser cuestionado), y por ello los profesionales de la salud cuando concurrían a la mediación, en los primeros años de la instauración de este mecanismo, exponían una posición inicial que generalmente se traducían en señalar que “la atención se había prestado correctamente, no siendo responsables de el daño alegado por la parte reclamante”. Sin embargo, con el devenir y la participación de los establecimientos de salud durante 10 años en estos procesos, ello ha ido modificándose y la gran mayoría de los representantes de los hospitales (en su gran mayoría abogados), plantean inicialmente “que para emitir una opinión deben previamente recopilar la información pertinente para analizar cómo se brindó la atención y la calidad de esta”. Este cambio, en el enfrentamiento posicional inicial por parte de la autoridad sanitaria, es un inmenso avance en la relación autoridad-ciudadano, concretando una comunicación horizontal y la posibilidad de que la institución revise su actuar, brindando las explicaciones que sean pertinentes y que no se hubieren dado en la oportunidad precisa.

¹⁰ Highton – Álvarez (2013 . 43). Los intereses constituyen sentimientos de las personas acerca de lo que es básicamente deseable, por lo que tienden a estar en el centro de los pensamientos y la acción de las personas, formando el núcleo de muchas de sus actitudes, metas e intenciones. Constituyen las necesidades prioritarias de cada una de las partes que deben satisfacerse para lograr un resultado equitativo y estable en las negociaciones. Aparecen dentro del concepto de intereses aspectos múltiples, pues no sólo se consideran las necesidades, sino también los deseos, preocupaciones y temores de las partes; y los intereses motivan a las personas y son el resorte silenciosos que subyace en el conflicto...”

Si analizamos los intereses de la autoridad sanitaria y/o de los doctores, preguntándoles ¿Por qué, no obstante ser voluntaria para ellos la concurrencia al procedimiento de mediación asisten?, nos encontraremos con sus intereses: Restablecer la comunicación, recuperando la confianza de los pacientes; Proteger el prestigio del establecimiento; Aprender de la experiencia para prevenir y evitar repetición de eventos adversos; Tener la oportunidad para explicar ausencia de responsabilidad en un daño; Oportunidad de reconocer un daño y contribuir a repararlo; y Eventualmente evitar un juicio.

La labor del mediador, aplicando las técnicas comunicacionales correctas, que se analizarán en el siguiente capítulo de esta ponencia, está orientada a lograr que estos intereses sean develados de manera tal que el conflicto pueda abordarse en su real dimensión, abriendo el abanico de posibilidades de reparación.

Sumado a esto, en materia sanitaria observamos una parte reclamante, pacientes y sus familiares que son “cautivos” del sistema público de salud, porque deben necesariamente atenderse en un establecimiento determinado de acuerdo a su domicilio (jurisdiccionalmente condicionado), tornándose crucial una buena relación ya que los intercambios serán permanentes no solo del afectado, sino además de su grupo familiar con el establecimiento de salud y sus funcionarios. Según caracterización de los usuarios (reclamantes y/o dañados) que formulan solicitudes de mediación, más del 50 % no sobrepasa el 4° año medio de escolaridad (Tabla N° 1) y un 52% de los interesados (reclamantes y/o dañados)¹¹ no son trabajadores remunerados activos (Cuadro N° 2)¹², esto es dueña de casa, desempleado, pensionado, jubilado, estudiante. Ambos porcentajes son muy similares y elevados, lo que permite establecer un perfil de deprivación socioeconómica de los reclamantes. Además, hay un quebranto emocional y la sensación de victimización de pacientes y familiares muy fuerte, escuchándose muchas veces que esto ocurre “por ser pobre”, siendo la mala experiencia de salud el resultado de la lectura profunda de desigualdades. Sumado a ello, surge una actitud elusiva frente a muerte y enfermedades, desconociéndose los límites de la medicina y muchas veces existen procesos penales pendientes que generan falsas expectativas en los reclamantes.

Por la otra parte, concurren abogados que representan a los establecimientos hospitalarios, pero que no tienen preparación en negociación y/o mediación y en general en resolución colaborativa; además se observan cambios de las autoridades cada 4 años, lo que genera muchas veces inestabilidad no solo de los funcionarios a cargo, sino además de las directrices de las entidades sanitarias; todo ello sumado a la realidad sanitaria nacional que en sí es compleja. Los establecimientos de salud cuentan con un número muy acotado de abogados que deben enfrentar las problemáticas de establecimientos muchas veces de gran magnitud (con más de 2.000 funcionarios, tratándose de Complejos Hospitalarios) y muchas veces el profesional que concurre a la mediación no cuenta con todo el apoyo de su institución.

Sumado a lo ya señalado, existe una fuerte asimetría informativa, ya que quienes atienden son expertos en medicina y los pacientes son legos, lo que se reproduce en la mediación y por ello el Mediador debe propender a un equilibrio de poder que haga factible y viable el desarrollo del proceso. El mediador frente a la desigualdad en la mesa de mediación instará a las partes a corregirla y para ello será necesario asesoría jurídica realizada por un abogado (no por el mediador) o análisis de la situación médica (con un médico que no forme parte de los reclamados); es decir el mediador debe contar con herramientas concretas que le permitan re-establecer los equilibrios. Esto es parte del proceso, es de suyo, no es una labor paternalista, ni asistencialista a través de la que se le

¹¹ La persona del reclamante y dañado pueden no coincidir, ello porque el reclamo puede ser deducido por cualquiera que considere haber sufrido un daño ocasionado en el otorgamiento de una prestación asistencial, no distinguiéndose que tipo de daño; por lo cual un reclamante (no paciente) puede deducir un reclamo por el daño moral que ha sufrido.

¹² Cifras proporcionadas por Unidad de Mediación, consignadas en presentación realizada ante la Superintendencia de Salud durante el Tercer Encuentro Jurídico de la Superintendencia de Salud, realizado el día 14 de junio de 2016, en la exposición de la suscrita sobre “MEDIACIÓN POR DAÑOS EN SALUD, desde una perspectiva Constitucional. Principales motivos de conflicto en salud en los que está involucrada la responsabilidad financiera del Fisco”.

dice la persona lo que debe hacer, sino que ella debe recabar la información necesaria para adoptar sus propias decisiones, a través de medios idóneos para ello.

Estas desigualdades en mediación deben corregirse, de lo contrario no es posible desarrollar el proceso, en los juicios también se presentan y se acentúan aún más porque el estándar de la BILATERALIDAD del proceso contencioso es absolutamente formal y solo exige para su realización que ambas partes cuenten con abogado y tengan las mismas posibilidades en el proceso de ejercer sus derechos y recursos, pero evidentemente lo más probable es que aquella parte que está en esta situación de quebranto emocional y muchas veces afectada por la deficiencia de recursos, no pueda contar con una asesoría de calidad que asegure el efectivo ejercicio de sus derechos. El juez no realiza una labor de chequeo respecto a la constatación efectiva, de que ambas partes cuenten con la asesoría suficiente para decidir sus estrategias respecto del juicio; en cambio sobre el mediador pesa esta labor, que si no se realiza y no se resuelven las deficiencias detectadas, no permitirá el desarrollo del proceso.

La mediación es básicamente un ejercicio de aprendizaje y comunicación, y ello solo puede concretarse en un escenario en que ambas partes cuenten con la información para adoptar decisiones respecto de sus conflictos. Aún cuando no se concretara un acuerdo, las partes estarán capacitadas para lidiar con futuras disputas, negociando por sí mismas o interactuando con un futuro mediador.

III.- PRINCIPIOS, CARACTERÍSTICAS Y ETAPAS DEL PROCESO DE MEDIACIÓN.

Conforme al inciso primero del artículo 43 de la Ley N° 19.966 “El ejercicio de las acciones jurisdiccionales contra los prestadores institucionales públicos que forman las redes asistenciales definidas por el artículo 16 bis del decreto ley N° 2.763, de 1979, o sus funcionarios, para obtener la reparación de los daños ocasionados en el cumplimiento de sus funciones de otorgamiento de prestaciones de carácter asistencial, requiere que el interesado, previamente, haya sometido su reclamo a un procedimiento de mediación ante el Consejo de Defensa del Estado...”¹³ El inciso segundo de la misma norma señala “...La mediación es un procedimiento no adversarial y tiene por objetivo propender a que, mediante la comunicación directa entre las partes y con intervención de un mediador, ellas lleguen a una solución extrajudicial de la controversia...”

La Ley N° 19.966 y su Reglamento no definieron etapas para la mediación, lo que implicó el reconocimiento de la necesidad de contar con un marco flexible para el desempeño del mediador. Algo fundamental de la mediación es la idea de **PROCESO**, que se va desarrollando conforme a etapas y determinados principios que la rigen. La noción de proceso es un elemento que los usuarios de los servicios de mediación (tanto reclamantes y reclamados) muchas veces desconocen y es necesario transmitírselos, explicándoles que no están frente a una OIRS o instancia de reclamo que solo generará una respuesta del reclamado (no es posible en la generalidad de los casos, resolver un conflicto de esta complejidad en una sola audiencia).

Conforme al Artículo 49 de la Ley N° 19.966: El mediador tendrá amplia libertad para sesionar con las partes, ya sea en forma conjunta o por separado, de lo cual deberá mantener informada a la otra parte. Asimismo, deberá mantener una actitud imparcial y velar porque se respeten los **principios de igualdad, celeridad, voluntariedad, confidencialidad e imparcialidad.**

Además, el Artículo 50, señala que en el caso de la mediación realizada ante el Consejo de Defensa del Estado “...el mediador deberá cumplir especialmente con el **principio de probidad administrativa**, para garantizar su imparcialidad...”

¹³ En el caso de daños en salud reclamados en contra de prestadores privados, la mediación debe realizarse por mediadores registrados ante la Superintendencia de Salud (inciso 2° del artículo 43 de la Ley 19.966), asumiendo las partes el honorario correspondiente.

Estos principios no son propios de la mediación por daños en salud, sino co-sustanciales a todo proceso de mediación en el ámbito público y que deberá desarrollarse conforme a las siguientes etapas, a saber:

III. a.- CREACIÓN DE CONFIANZA Y COMPRENSIÓN DEL CONFLICTO.

La mediación no comienza en la realización de la audiencia misma, sino desde que el usuario ingresa a consultar y formular su reclamo. Conforme al artículo 43 de la Ley N° 19.966 el trámite de la mediación es un requisito procesal previo obligatorio para el ejercicio de acciones jurisdiccionales posteriores; pero la participación en el proceso de mediación es total y absolutamente **VOLUNTARIA**. No es posible constreñir a alguien para colaborar en la resolución de un conflicto y ello es expresión de la autonomía de los ciudadanos. Esta voluntariedad se manifiesta durante todo el procedimiento de mediación. Para ambas partes y por ello en cualquier momento las partes pueden poner término al proceso.¹⁴

Conforme al artículo 44 Ley AUGE "...el interesado deberá presentar su reclamo ante el Consejo de Defensa del Estado, con indicación del nombre completo, cédula de identidad, edad, profesión u oficio, domicilio y demás antecedentes que permitan su identificación y la de su representante legal, en caso de que, según las reglas generales, deba actuar representado, el motivo del reclamo y, en lo posible, peticiones concretas en contra del prestador reclamado, acompañando todos los antecedentes que estime conveniente...", "...Ingresado el reclamo, se citará a las partes a una primera audiencia, fijándose la fecha, hora y lugar en que deberán comparecer..."

El ingreso de este reclamo se hace en un espacio acogedor, ante un profesional que reúne las competencias para solicitar al reclamante (familiar o paciente) que relate los hechos por los que lo formula, explicándole en qué consiste la mediación, para que tome la decisión de realizarla o no. Ello implica un estándar de calidad de atención usuaria, que considere trato; infraestructura; tiempo adecuado para la atención; manejo de confidencialidad; entre otros elementos. Esto es más que llenar un formulario, es acoger a quién formula el reclamo y chequear que la persona comprenda la información entregada.

Ya ingresado el reclamo y asignado el mediador, conforme al Artículo 47 de la Ley N° 19.966 "...En la primera audiencia, el mediador deberá informar a las partes acerca de la naturaleza y los objetivos de la mediación, de su duración y etapas y del carácter voluntario de los acuerdos que de ella deriven, y las ilustrará acerca del valor jurídico de dichos acuerdos..."

Como ya lo señalamos el mediador debe lograr **el tránsito de una posición rígida inicial a los verdaderos intereses de las partes** y para ello es necesario que logre generar un clima de confianza para que las partes puedan dialogar.¹⁵

Pero ¿Cómo lo hace? El mediador cuenta con una serie de herramientas que va desplegando durante todo el proceso. En esta etapa utilizará el **Discurso de Apertura**, para transmitir a los mediados en qué consiste esta forma de resolución de conflictos, siendo muy probable que no la hayan empleado anteriormente (conocimiento de los paradigmas no litigiosos); los principios que articulan este proceso

¹⁴ Dada la voluntariedad de la mediación, permanentemente la Unidad de mediación realiza reuniones con los directivos de los establecimientos de salud a fin de analizar los resultados de las mediaciones de cada establecimiento e identificar las mejoras en la coordinación de acciones para aumentar la calidad de la participación del personal sanitario en las sesiones de mediación, a fin de sensibilizar sobre las ventajas de la mediación, como forma de resolver conflictos sanitarios, en instancia prejudicial, de manera que los profesionales de la salud, asistan efectivamente a los procesos de mediación.

¹⁵ Es importante tener presente, que este ejercicio (ir de posición a interés), no se realiza en los juicios, de manera tal, que el demandante, en un caso de falta de servicio en materia sanitaria sostendrá desde el inicio hasta el término del proceso, que quiere una indemnización porque se hizo todo mal y el establecimiento o doctor señalarán que no procede ello, porque todo se hizo bien y el daño se produjo por otras causas. Esta dinámica de argumento posicional y contra argumentación, es absolutamente pobre frente a la complejidad de los conflictos de salud, de acuerdo a lo visto en el capítulo anterior de esta ponencia.

y como se desarrollará este. Además, deberá señalar las reglas de conducta, como necesidad de respeto mutuo, hacia el mediador y hacia el proceso, no interrumpir y escucharse.

Con este discurso el mediador legitima su papel de conductor; legitima el proceso como una forma válida de resolución de conflictos; y legitima a las partes por su asistencia y disposición voluntaria de participar en él, dándole una posibilidad al diálogo como mecanismo de solución. Terminado este, el mediador debe asegurarse que estas reglas hayan sido comprendidas por ambas partes, ya que el respeto de estos principios es la espina dorsal del sistema de mediación.

Con respecto al **deber de confidencialidad**, el artículo 51 de la Ley N° 19.966 lo desarrolla de la siguiente forma: "Para permitir el éxito del procedimiento todas las declaraciones de las partes y las actuaciones de la mediación tendrán el carácter de secretas.

En conformidad a lo establecido en el inciso anterior, tanto el mediador como las partes involucradas deberán guardar reserva de todo lo que hayan conocido durante o con ocasión del proceso de mediación. Este deber de confidencialidad alcanza a los terceros que tomen conocimiento del caso a través de informes o intervenciones que hayan contribuido al desarrollo o al éxito del procedimiento.

La violación de dicha reserva será sancionada con la pena prevista en el artículo 247 del Código Penal". La confidencialidad no solo se refiere a lo conversado en las audiencias conjuntas, sino también a los intercambios que se produzcan entre cada una de las partes y el mediador, de manera tal que este les solicitará siempre su autorización, para darle a conocer a la otra, información que le haya sido comunicada directamente a él por alguno de los mediados.

Por su parte el Reglamento de Mediación¹⁶ da un concepto amplísimo de este principio, señalando en el artículo 3°, que el mediador "...deberá guardar reserva de todo lo escuchado o visto durante el proceso de mediación y estará amparado por el secreto profesional..."

Las normas sobre confidencialidad y secreto en mediación han sido construidas sobre la base de los avances doctrinarios y jurisprudenciales, estando unidas inextricablemente ambas instituciones, en términos que todo lo que se postula en materia de secreto profesional es transmisible a la reserva y confidencialidad en mediación. Sin confianza no es posible la conducción e intervención de la mediación. Una vez más, nos encontramos con una diferencia respecto de los procesos jurisdiccionales que en su mayoría tienden a la publicidad. La mediación en cambio se desarrolla conforme a la confidencialidad necesaria para que se genere confianza, sin perjuicio de determinadas excepciones justificadas en atención a la protección de bienes jurídicos de mayor entidad.¹⁷

En cuanto al **principio de celeridad**, conforme al Artículo 45 de la Ley AUGE "...El plazo total para el procedimiento de mediación será de sesenta días corridos a partir del tercer día de la primera citación al reclamado; previo acuerdo de las partes, este plazo podrá ser prorrogado hasta enterar ciento veinte días, como máximo..."; "...durante el plazo que dure la mediación se suspenderá el término de prescripción, tanto de las acciones civiles como de las criminales a que hubiera lugar..."

Las partes cuentan con un espacio de tiempo acotado, que implica que los encuentros estén orientados a la resolución del conflicto y que se desarrollen audiencias útiles a este fin. Durante este tiempo se forma muchas veces una relación de trabajo entre los intervinientes, que estarán abocados a dar una nueva mirada a los hechos, pero considerando no solo el pasado, sino también el presente (siempre será determinante en una mediación por daños en salud el estado actual del paciente) y el futuro (posibles prestaciones o acciones orientadas a la recuperación o mejora de la calidad de vida).

¹⁶ Reglamento de Mediación por reclamos en contra de prestadores institucionales públicos de salud o sus funcionarios y prestadores privados de salud, N° 47 de 2005.

¹⁷ Las excepciones a la confidencialidad del mediador generalmente se fundan en evitar un daño a terceros que se encuentren en situaciones vulnerables o ante la amenaza de un peligro inminente.

Como ya mencioné, la mediación por daños en salud se desarrolla en un escenario de fuerte asimetría, no solo por la vulnerabilidad que genera en un paciente y su familia el deterioro de la salud; sino además por la brecha de información, frente a profesionales sanitarios. La participación de los médicos ha ido en ascenso, pero siempre sería positivo un mayor grado de compromiso. Muchas veces sucede que concurren abogados de aseguradoras dando explicaciones médicas que a la primera interrogante no pueden ser respondidas competentemente por el profesional de las ciencias sociales. Ello genera que comunicacionalmente, la participación del médico sea vista por el reclamante (paciente o su familia) como deficitaria y carente de compromiso.

La Unidad de Mediación, como ente técnico a cargo de los ajustes necesarios para el correcto otorgamiento del servicio, debe siempre estar atenta a este desequilibrio y contribuir con herramientas concretas y objetivas a disminuirlo. Para ello se ha recurrido a diversas medidas:

III.A.1.- Incorporación de profesionales médicos a la Unidad de Mediación: El doctor realiza diversas labores, entre ellas asesora a los mediadores en cuanto a clarificar los registros clínicos que existan sobre las atenciones brindadas, a fin de que el procedimiento se pueda conducir y orientar a determinar si ha habido o no errores en las atenciones brindadas. ¿Por qué es necesaria esta asesoría?. Fundamentalmente, porque la lectura de la ficha, antecedentes médicos, exámenes, etc. y su comprensión, que de alguna manera dan luz sobre lo sucedido cronológicamente, escapa muchas veces de la competencia del mediador, que generalmente será abogado o asistente social. Para guiar el proceso el mediador debe comprender los alcances médicos del caso en el que participa, a fin de determinar que deben hacer las partes para resolver el conflicto, y cuál es el elemento esencial de este, o dicho de otra manera, en que parte de la atención brindada debe focalizarse la mediación. Este estudio de la documentación efectuado por el doctor, puede ser introducido al proceso, a través de una audiencia privada, solo con la parte reclamante, a fin de que estos tengan mayor información sobre los hechos, de tal manera que cuando se reúnan posteriormente con el establecimiento reclamado, no rechacen a priori la explicación o versión del establecimiento reclamado, o bien tengan claras sus dudas acerca de la atención brindada. También, la intervención del doctor puede darse en una audiencia conjunta donde ambas partes conozcan, lo que un tercero ve en la ficha clínica. Muchas veces los abogados de la parte reclamada quieren escuchar el análisis de otro profesional para tomar la decisión de llegar a acuerdo o no. O finalmente, simplemente el mediador recaba la información y le pide al doctor que la estudie y le explique solo a él las implicancias técnicas del caso.

La utilización de cualquiera de estas modalidades o la que se estime necesaria, dependerá de la estrategia o decisión que tome el mediador respecto a cómo trabajar el caso concreto y contribuir a través de esta herramienta a nivelar la mesa de mediación. No existe una fórmula única, y se evaluará de acuerdo a lo que se pretenda, por ejemplo trabajar alternativas, criterios de realidad, etc. El doctor no interviene a favor de una u otra, sino que simplemente señala lo que consignan la ficha o los documentos que las partes aportan a la mediación. Las interpretaciones respecto del alcance de dichos registros dependerá de otros elementos técnicos que se analicen durante el proceso.

III.A.2.- Celebración de Convenios con la Corporación de Asistencia Judicial: Es importante tener presente que conforme al Artículo 48 de la Ley AUGE "...La comparecencia a las audiencias deberá ser personal, sin perjuicio de que las partes puedan designar un apoderado facultado expresamente para transigir. Los prestadores institucionales comparecerán a través de su representante legal o de un apoderado debidamente facultado. Sin perjuicio de lo señalado, las partes podrán ser asistidas o acompañadas por terceros...".

Esta es una diferencia más respecto de los procesos jurisdiccionales en los que conforme la ley 18.120 sobre comparecencia en juicio, se establece que cada parte o interesado en asuntos contenciosos o no contenciosos, debe ser patrocinada por un abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, so pena

de no proveerse y tenerse por no presentada las solicitudes que se hagan al tribunal sin el cumplimiento del mandato respectivo. En materia de mediación, la regla general es absolutamente la contraria, por cuanto se espera la comparecencia personal de las partes, sin perjuicio de que en todo momento pueden ser asesoras por abogados, por cuanto ellas son las protagonistas y las que en definitiva tomarán la decisión de llegar o no a acuerdo.

Sin embargo, como nos encontramos frente a una parte (ciudadano) y un establecimiento (representado en su mayoría por abogados) la asesoría jurídica, no obstante ser personal la comparecencia al proceso colabora a que los reclamantes cuenten con más información acerca de lo que pueden hacer en caso de que no logren un acuerdo, es decir el abogado les informará acerca de su alternativa de juicio (acotando desigualdades).

Coherente a esta realidad el Reglamento al referirse el **Principio de Igualdad**, señala que "...El mediador se cerciorará de que los participantes se encuentren en igualdad de condiciones para adoptar acuerdos. Si no fuese así, propondrá o adoptará, en su caso, las medidas necesarias para que se obtenga ese equilibrio..."

Se exige un papel activo del mediador para superar las asimetrías, de manera tal que toda actuación del mediador que tienda a recabar información y hacerla comprensible para el paciente, no viola el principio de imparcialidad, sino que asegura el principio de igualdad. Actuar con indiferencia o displicencia frente al desconocimiento del paciente y su familia, ciertamente implicaría una violación de este principio. Una herramienta que es utilizada por los mediadores y que proviene del modelo transformativo de mediación, es el "reconocimiento (cuando los individuos adquieren real conocimiento y empatía respecto de la situación y problemas del otro)" y el "empowerment (cuando los individuos recuperan el sentido de su propio valor, de su fuerza y de su capacidad para manejar los problemas de la vida)", que tienen por objeto lograr un equilibrio.

En cuanto al **Principio de la Imparcialidad**, el Reglamento de Mediación, señala en su artículo 4 que "...El mediador debe actuar con objetividad, cuidando de no favorecer o privilegiar a una parte en perjuicio de la otra y respetar el principio de probidad consagrado en la legislación..."

Para que se desarrolle la igualdad es indispensable que las partes tengan confianza en el mediador, y ello solo se producirá en la medida que consideren que su actuar se orienta a ambas partes, sin desmedro de alguna de ellas. Por ello es vital el Principio de Imparcialidad para el éxito del proceso. Nadie podría adquirir y mantener la confianza en un mediador a quien no estima imparcial y en resguardo de ella, el mediador no puede actuar como asesor de una o ambas partes. Por ello, las partes tienen derecho a solicitar la inhabilidad del mediador designado por el Consejo y este organismo podrá designar otro rápidamente (dentro de 3 días hábiles). El mediador, por su lado, podrá declarar de oficio su inhabilidad si considera que existen hechos o circunstancias que lo inhabiliten. Si no considera grave la causal, podrá exponer la situación a las partes y si éstas no se oponen proseguirá el procedimiento ante él. En caso contrario, el asunto será traspasado a otro mediador.

Finalmente, y vinculado estrechamente a la imparcialidad se consagra el **Principio de Probidad**, indicándose en el Artículo 50 de la Ley AUGE, que tratándose de los procesos de mediación realizados ante el Consejo de Defensa "...el mediador deberá cumplir especialmente con el principio de probidad administrativa, para garantizar su imparcialidad..." En su artículo 4º, el Reglamento define el principio de probidad señalando que "...Consiste en observar una conducta intachable y desarrollar un desempeño honesto y leal de la función de mediador, con preeminencia del interés de las partes y de la sociedad por sobre el particular".

Estos principios, imparcialidad y probidad permiten que el ciudadano y/o establecimiento que participan de un proceso de mediación frente a cualquier conducta que la consideren vulneratoria de la neutralidad

y/o que impliquen intereses personales del mediador por sobre los del proceso, puedan hacerlas valer y solicitar el cambio de mediador, en aras del buen desarrollo del proceso.

Finalmente, es importante hacer presente que la mediación por daños en salud es **gratuita** y eso es fundamental en cuanto a la posibilidad de acceso de la partes a un procedimiento de calidad que les permita resolver efectivamente un conflicto. No es posible acceder a la justicia, si los costos de ella son de tal entidad, que las personas no pueden solventarlos.

Todos estos elementos contribuyen a generar un clima de confianza, no solo en el mediador, sino fundamentalmente en la posibilidad de que a través de la mediación las personas puedan resolver efectivamente su conflicto. Una vez producido ello, el mediador deberá abocarse a comprender el conflicto que existe entre las partes, entendiendo la perspectiva de cada una de la partes, por lo que requerirá explorar, más allá de sus posiciones, sobre sus intereses y necesidades. Diversas técnicas comunicacionales, son útiles en esta etapa, básicamente la escucha activa, el parafraseo, preguntas exploratorias, resúmenes, etc., cuidando siempre el lenguaje analógico (posturas, gestos, distancias). Tras la confirmación de los relatos y miradas de las partes, el mediador ordena en forma jerárquica los diversos puntos comprendidos y elaborará su hipótesis de trabajo para intervenir este conflicto.

III.b.- INTERVENCIÓN DEL CONFLICTO.

Conforme al artículo Artículo 49 de la Ley N° 19.966 "...El mediador tendrá amplia libertad para sesionar con las partes, ya sea en forma conjunta o por separado, de lo cual deberá mantener informada a la otra parte...", "...El mediador deberá ayudar a las partes a llegar por sí mismas a la solución de su controversia, sin perjuicio de proponer bases para un acuerdo, en caso de ser necesario. Para ello procurará tomar contacto personal con las partes, podrá efectuar visitas al lugar donde ocurrieron los hechos, requerir de las partes o de terceros los antecedentes que estime necesarios y, a menos que cualquiera de las partes se oponga, solicitar informes técnicos a expertos sobre la materia de la mediación, cuyo costo será de cargo de las partes".

Dada la naturaleza del reclamo en materia de salud, el mediador deberá abordar el tema médico planteado por los reclamantes y generalmente, deberá abordar el error al que se le atribuye una infracción a la lex artis, y para ello utilizará los llamados **criterios objetivos**, esto es estándares independientes de la voluntad de las partes, los que en materia de salud vendrían a ser protocolos médicos, guías médicas, jurisprudencia de casos similares, intervención del médico de la unidad de Mediación como apoyo al proceso, etc. La idea de introducir estos criterios, es que los acuerdos se adopten en base a razones y no presiones y que las partes cuenten con la misma información, analizada con criterios de razonabilidad.

Además, el mediador deberá trabajar en audiencias privadas las alternativas de las partes, esto es, como cada una de ellas podría satisfacer sus intereses fuera de la mesa de mediación, y ello servirá para determinar si resulta o no atractivo un acuerdo con la contraparte. Evidentemente la alternativa juicio es una carga para el ciudadano, una empresa larga y costosa tanto en el área civil, como en la penal, si se quiere dirigir solo contra el médico que brindó la atención.

III.c.- APOYO A LA DECISIÓN DE LAS PARTES Y EVENTUAL ACUERDO.

Cuando las partes ya han evaluado todos los elementos de este conflicto y los han contrastado, el mediador alentará procesos reflexivos con el objeto de que decidan si desean o estiman que les conviene llegar a un acuerdo. Ello incluye la generación de opciones (soluciones que nacen dentro de la mediación), y que deben ser mutuo beneficio. La coordinación y colaboración de las partes es fundamental en esta fase y para ello podrán utilizarse diversas técnicas: tormenta de ideas, pregunta del milagro, equipo reflexivo, entre otras.

El mediador debe aplicar “filtros” objetivos (por ejemplo, topes indemnizatorios de la Resolución N° 142, de Salud y Hacienda)¹⁸ y subjetivos, considerando los reales intereses de las partes y la comparación entre las opciones de acuerdo propuestas, con las alternativas fuera de la mediación, para luego decidir qué hace.

En caso de que haya un acuerdo, el mediador recoge los puntos del acuerdo y se asegura que las partes lo comprendan en cuanto a contenido y efectos jurídicos. Luego se procede a la redacción del mismo, el cual debe ser equilibrado, fácil de cumplir, claramente comprensible para no dejar abiertas nuevas fuentes de conflicto. El acta surtirá los efectos de un contrato de transacción, el que conforme al artículo 34 del Reglamento “...contendrá una descripción sucinta de los hechos, de los términos del acuerdo, de las obligaciones que asume cada parte. Especialmente contendrá la declaración de renuncia expresa del reclamante a todas las acciones judiciales correspondientes...”

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

Así a modo de ejemplo, en un acuerdo reciente se estableció que el establecimiento de salud: “...1.- Se comprometía a revisar los procesos internos relativos a pacientes oncológicos y a generar las condiciones para que al ser dados de alta queden con una hora asignada destinada a entregar un esquema transitorio de tratamiento del dolor el cual deberá ser entregado por el médico de la sala correspondiente al Servicio de áreas Médicas y Quirúrgicas del Hospital. 2.-La revisión y adecuación de los procedimientos que digan relación con el alta de pacientes oncológico, de acuerdo a lo señalado en el párrafo anterior, así como la implementación de las nuevas medidas, que se ejecutarán en un plazo no superior a dos años, a contar de la fecha del presente acuerdo, y deberán quedar consignadas en un documento formal que dé cuenta de ello. 3.- Una vez realizadas las adecuaciones descritas, éstas deberán ser comunicadas por carta certificada a las reclamantes a su dirección enunciada en este acuerdo...”

Es importante tener presente, que no obstante la mediación por daños en salud, toma muchos elementos de la negociación colaborativa de Harvard (para la que el acuerdo es un propósito fundamental del proceso), dadas las características del conflicto de salud; la relación entre las partes; la posibilidad o no de que exista un error u/o infracción a la *lex artis*; y fundamentalmente nos intereses de las partes, muchas veces un proceso de mediación termina sin acuerdo, pero habiéndose “**transformado la relación entre las partes**”. Ello sucede muchas veces y el mediador y las partes logran percibirlo. El problema radica en que las políticas públicas, en el desarrollo actual de nuestro país exigen en su gran mayoría resultados cuantitativos y no cualitativos, de manera tal, que muchas veces la mediación es evaluada solo por el porcentaje de acuerdo y ello a todas luces no logra comprender la influencia del proceso de mediación en las personas.

Otro tema relevante, dice relación con el estándar que los establecimientos de salud utilizan para determinar si alcanzan a no un acuerdo. En efecto, muchos de ellos señalan que solo se puede suscribir

¹⁸Según el inciso 4° del art. 53 de la Ley 19.966, la reparación monetaria no debe exceder los topes fijados por una Resolución conjunta de los Ministerios de Hacienda y Salud. Se trata de la Resolución 142 Exenta, publicada en el Diario Oficial de 8 de abril de 2005, la que estableció los siguientes topes indemnizatorios: 1.- En caso de muerte, hasta 3.500 UF; 2.- En caso de gran invalidez, hasta 3.300 UF; En caso de invalidez total, hasta 2.500 UF; 4.En caso de invalidez parcial, hasta 2.000 UF; y 5.Otros daños (incapacidad temporal), hasta 1.000 UF.

Tratándose de acuerdos que impliquen pagos superiores a mil Unidades de Fomento (UF 1.000), deberían ser aprobados por el Consejo de Defensa del Estado (cuerpo colegiado de 12 miembros). En el caso que el acuerdo superare las tres mil Unidades de Fomento (UF 3.000), debería contar con la aprobación adicional del Ministerio de Hacienda.

un acuerdo en la medida que se encuentre claramente establecido que hay un error por parte del establecimiento, sin embargo esta interpretación implica darle al contrato de transacción una certeza que no es propia de dicha figura, la que presupone una “res dubia, o sea, la incertidumbre acerca de cual de las opuestas pretensiones es la que tiene verdaderamente fundamento jurídico”, o una “res litigiosa, o sea, la existencia o la posibilidad del litigio o, empleando los términos del Código Civil, la existencia de un litigio pendiente o uno eventual que, mediante la transacción, se quiere terminar o precaver...”¹⁹. Este acuerdo de transacción celebrado en una mediación tiene por objeto la resolución de un conflicto, y no exige como requisito previo la existencia indubitada de un error que tenga la entidad de una falta de servicio, sino que hay muchas otras deficiencias, que sin cumplir este estándar analizado objetivamente merecen ser resuelto a través de un acuerdo, el que además podrá reflejar en definitiva la “nueva relación entre las partes”, que evitará se susciten nuevos conflictos.

IV.- CIFRAS DEL SERVICIO DE MEDIACIÓN.²⁰

Los acuerdos entre los años 2005 y 2015 alcanzaron al 21,1%. Es decir, 1.773 pacientes y sus familiares que consideraron haber sido dañados durante o con ocasión de una prestación de salud, fueron reparados por el establecimiento donde ocurrieron los hechos (personas que quizás no hubieran podido acceder al sistema tradicional de justicia).

El servicio de mediación por daños en salud, recepcionó el año 2015, 1.065 solicitudes, de las cuales, casi el 40% corresponde a la Región Metropolitana, seguidas de la Regiones de Valparaíso y Concepción (12% y 10,5%, respectivamente). Las demás regiones, representan valores menores al 10%, siendo las más bajas Coyhaique y Punta Arenas (1,2% y 1,1% respectivamente). Del total nacional de casos ingresados, el 97% fue admitido a mediación (1.029 casos).

Las mujeres son las usuarias que mayoritariamente acuden al servicio de mediación, en un 66% de los casos (solicitan la mediación). El rango de edad de las personas que reclaman y con mayor prevalencia, lo componen las personas entre 30-44 años (37%, seguida de las personas entre 45-59 años, en un 32% de los casos). En menor proporción, las personas entre 18-29 años, con un 18%, y las personas mayores de 60 años, en un 13% de los casos.

En cuanto al sexo de la persona que ha sufrido un daño (el/la paciente), en un 57% corresponde a mujeres y el 43% a hombres. En casi el 30% sus edades fluctuaron entre 25-45 años, seguida de pacientes entre 46 y 60 años (22,1%). Los adultos mayores de 60 años, alcanzaron el 21,8%. En menor proporción, las personas dañadas corresponden a edades que fluctúan entre 10-24 años, 12,5%; menores de 2 años, 5%; y entre 2-9 años, 4,6%.

Al igual que años anteriores, se mantiene como daño con mayor prevalencia, la invalidez parcial, en un 37,2% de los casos; seguida de las secuelas físicas no constitutivas de invalidez y/o daño psicológico, con un 28,9%; muerte de los pacientes, en un 23,8% de los casos; invalidez total, 7,2%; gastos provocados por el daño, 2,2%; y, otros tipos de daño, 0,7%.

Los hospitales siguen siendo los establecimientos de salud más reclamados, con un 89,8% de los casos. En el 3,9% de los casos, se reclamó contra 2 o más hospitales y/o Consultorios; y, en un 6,3% contra Consultorios.

Las especialidades médicas involucradas, en un 39,6% correspondieron a especialidades quirúrgicas, siendo cirugía general y traumatología las más altas prevalencias (15,8% y 12,2% respectivamente); en

¹⁹ Vodanovic (1993 : 11).

²⁰ Cifras extraídas del Balance de Gestión Integral, año 2015 de la Unidad de Mediación por daños en salud, incorporadas en la Cuenta Pública del Consejo de Defensa del Estado, de marzo de 2015.

un 23,3%, especialidades médicas (medicina interna, 17%); en un 19,6% ginecología y obstetricia, siendo esta última la de mayor prevalencia (17,9% de los casos); y, en un 8% a pediatría. Las subespecialidades como oftalmología, psiquiatría, otorrino, odontología, presentan valores menores a 4%.

El año 2015 terminaron 1.027 mediaciones: casi en el 90% de los casos, por decisión de las partes (con y sin acuerdo); en un 8,5%, por expiración del plazo, es decir, después de los 60 y 120 días, según si hubo o no prórroga; en el 1,7%, por incomparecencia de una o ambas partes. De los casos terminados por decisión de las partes, 690 terminaron sin acuerdo y 228, con acuerdo, es decir, **el 24,8% logró negociar un acuerdo mutuamente satisfactorio para la solución del conflicto**. En el 49,6% de los casos, las reparaciones incluyeron una indemnización, sola o combinada con prestaciones asistenciales y/o petición de disculpas o explicaciones detallada de los hechos (de los cuales, el 32,5% de los acuerdos fueron alcanzados por reclamantes mujeres y 17,1% reclamantes hombres). En el 36% de los acuerdos la reparación consistió en nuevas prestaciones de salud (un 23,2% mujeres y 12,7% hombres); y, en el 14,4%, la reparación consistió en explicaciones y/o petición de disculpas por los hechos ocurridos o la información no entregada oportunamente (11,8% mujeres y 2,6% hombres).

Al desglosar los tipos de reparaciones, poco más del 50% de los casos que llegaron a acuerdo (50,4%) no incluyeron indemnizaciones. No obstante, en el 31,6% de los casos la reparación consistió solo en indemnizaciones.

Los montos indemnizatorios en 113 mediaciones por daños en salud sumaron \$ 920.587.458.- Siendo el de mayor monto \$ 55.000.000 (Región de O'Higgins), el menor monto \$ 28.000 (Región de Atacama) y el promedio \$ 8.146.792. Respecto del año anterior, el dinero indemnizado el año 2015 subió en casi 46 millones de pesos, en 21 casos más.

En cuanto a la distribución territorial de las mediaciones terminadas, la Región Metropolitana lidera el número de terminadas por voluntad de las partes con 342 casos (37,3%); seguida de la Región del Bío-Bío, con 132 casos (14,4%); y, la Región de Valparaíso con 118 mediaciones (12,8%). Las tres Regiones concentran el 64,5% de las mediaciones terminadas.

Es importante tener presente que durante 10 años el porcentaje de acuerdos no ha sufrido grandes variaciones y ello se puede deber a múltiples razones: porcentaje de siniestrabilidad de los establecimientos públicos, montos destinados a indemnizaciones sin variaciones de gran relevancia,²¹ etc., no obstante el mayor compromiso para con la mediación y cocimiento respecto de cómo opera este mecanismo. Paralelo a ello, tampoco ha aumentado el número de reclamos, que se ha mantenido estable en esta década.

V.- A 10 AÑOS DE SU CONSAGRACIÓN: EVALUACIÓN DE SUS RESULTADOS:

El año 2015 se cumplieron 10 años de la implementación de la mediación por daños en salud en Chile, y dicho lapso de tiempo permite realizar un balance de los principales resultados que dan cuenta de esta política pública, considerando entre sus principales efectos, algunos esperados (y que motivaron su consagración) y otros no, pero que de alguna manera vienen a demostrar el impacto de este mecanismo de resolución pacífico de controversias:

V.1.- Desjudicialización de conflictos sanitarios: Si consideramos las motivaciones prioritarias de la consagración de la mediación, esto es la desjudicialización de los conflictos sanitarios podríamos

²¹ Un elemento que conspira hoy contra mayores acuerdos en mediación es “los montos que se acuerde pagar como resultado de la mediación obligarán única y exclusivamente los recursos del prestador institucional involucrado” (ley 19.966). Contar con presupuesto específico para pagos de mediación en salud; disponer de incentivos para los establecimientos públicos de salud que lleguen a acuerdo en instancias prejudiciales; entre otras medidas podría modificar estas cifras.

entender que ella fue exitosa. En efecto, el año 2010 se realizó por la Unidad de Mediación un Estudio sobre efectos desjudicializadores de la Mediación por daños en salud,²² que abarcó el período 2005-2010, demostrándose que en las mediaciones que han terminado sin acuerdo, solamente el 10,7% de los reclamantes presentó una demanda en los Tribunales de Justicia (Tabla 4). Asimismo, del total de juicios analizados (386) en dicho período, solo 100 habían terminado, y de éstos 36% por sentencia o avenimiento, 38% por rechazo de demanda, 20% por abandono y 6% por otras causas. Cabe destacar que mientras en mediación se habían logrado 309 acuerdos indemnizatorios, en el mismo período de estudio, en tribunales solo 36 juicios habían logrado sentencia o avenimiento, o sea una solución al conflicto.

Es importante hacer presente que tratándose de métodos alternativos de resolución de conflictos, el solo porcentaje de acuerdos, no es suficiente para magnificar los efectos de la mediación. Ello se debe, principalmente a que la celebración de un contrato de transacción implica la consecuente renuncia de las acciones civiles y en un gran número de casos los reclamantes no necesariamente van a comprometerse en un acuerdo a no accionar posteriormente vía judicial en contra del reclamado, ya sea por la entidad de los daños (casos de muerte o invalidez definitiva) o por encontrarse pendiente una investigación criminal ante el Ministerio Público.

Sumado a esto, las cifras de acuerdos son mayores en modelos en los que la mediación es voluntaria y no obligatoria. ¿Cuáles son las razones por las que solamente 10,7% de los reclamantes que no llegan a acuerdo en mediación, presenta una demanda judicial? La respuesta, probablemente es multicausal y puede deberse a: 1) que la información médica que los reclamantes reciben en mediación les permite apreciar los hechos con otra mirada, concluyendo que no hubo responsabilidad en el daño, que no es claro que la haya, o, que de haberla, es muy difícil acreditarla en juicio; 2) que el objetivo primordial con que se concurría a mediación era obtener una explicación médica de lo acaecido; y 3) que aunque no se llegara a acuerdo, la acogida brindada en mediación por el mediador, el establecimiento de salud y sus funcionarios sanitarios fue estimada como reparación suficiente por el reclamante; 4) que la explicación dada por el establecimiento no fue satisfactoria y no obstante la convicción de considerar que se debiera seguir la vía jurisdiccional, ello es muy costoso; que existan acciones penales pendientes; etc. Pero, lo que está claro es que pareciera ser que un importante número de personas no concurre a la justicia tradicional y ello de alguna manera no se vincula exclusivamente con los resultados de la mediación, sino con el acceso a los tribunales de justicia.

V.2.- Celeridad de la mediación: El mismo estudio demostró que las mediaciones duraban en promedio 63 días, versus los juicios que duraban en promedio 814 días (2 años y 84 días). Es más, en los juicios que terminaron con sentencia, la cantidad de días ascendía a 1007 (2 años y 277 días), lo que viene a demostrar que la mediación por daños en salud es una forma de acceso rápida a la resolución de los conflictos.

V.3.- El empoderamiento de las partes y la creatividad de las soluciones: A diferencia de un juicio, que se desarrolla en un esquema suma cero (quien gana, gana todo y el vencido, pierde todo), en mediación con la ayuda del mediador, las partes exploran los intereses y necesidades comunes, sin quedarse simplemente en las posiciones, tratando de obtener una solución conveniente para ambas.

Esto implica una mutua actitud de empatía la cual es alentada por la persona que media, lo que resulta determinante considerando que muchas veces una de las partes se encuentra muy frágil emocionalmente, porque personalmente o algún familiar ha sufrido un daño gravísimo, muerte, gran invalidez u otro. Evidentemente estos aspectos emocionales no son considerados en un juicio, que se desarrolla bajo la

²² El estudio se encuentra publicado en <http://www.cde.cl/wps/wcm/connect/88070669-6e24-4095-9e30-c43fcf98d42/ESTUDIO+DESJUDICIALIZACION+version+definitiva+nov+2011.pdf?MOD=AJPERES>

lógica de la racionalidad. Las emociones son materia prima ineludible de la mediación y muchas veces los reclamantes por daños en salud graves, aunque no lleguen a acuerdo, quedan conformes por haber sido acogidos por la parte hospitalaria, lo cual es una preocupación especial de él mediador, que trabaja con el principio de la imparcialidad y equilibrio. Esto implica un rol activo de quien media, velando por los intereses y necesidades de ambas partes, generando que muchos acuerdos no consistan en una indemnización monetaria. A veces, el acuerdo incluso ni siquiera implica un beneficio concreto para quien reclama, sino que previene que otras personas puedan sufrir en el futuro el mismo daño en aras de la comunidad. Ello ha ocurrido cuando el hospital se compromete como medida preventiva a capacitar mejor a sus funcionarios; a establecer protocolos de atención inexistentes; a establecer medidas que contribuyen a la seguridad de los pacientes y a la calidad de la medicina que reciben; etc. En efecto, en muchas mediaciones hemos comprobado que es un interés compartido por ambas partes el mejoramiento de las condiciones de seguridad de los pacientes y de la calidad de la medicina.

En términos numéricos, hasta la fecha es una constante que más del 50% de los acuerdos alcanzados año a año no implican el pago de una suma de dinero, sino más bien se refiere a disculpas y/o explicaciones, prestaciones asistenciales u otras.

V.4.- Acogida a pacientes y familiares en un ambiente colaborativo y no confrontacional: Hay que considerar que la enorme mayoría de las personas que acuden a mediación presenta una condición socioeconómica desventajada, por lo tanto carecen de los medios para solventar un largo litigio.

Es evidente que las personas o familias que han llegado a acuerdo, entre marzo de 2005 y el primer semestre de 2016, si no hubiera existido la mediación por daños en salud, no habrían accedido a una solución rápida. Su oportunidad de resolver colaborativamente el conflicto que las afectaba, se las dio la mediación, la que se ha transformado en un medio real de acceso a una justicia cercana, rápida y oportuna. Este es el mejor logro de la mediación de este Consejo.

Por sí sola, la oportunidad que tienen pacientes o familiares, en un ambiente colaborativo, de tranquilidad y acogida, desformalizado, horizontal y no confrontacional, de encontrarse ante un médico o Director de Hospital o consultorio público, es un beneficio público invaluable. Al margen del resultado, se trata de un valor intangible no susceptible de ser cuantificado o medido precisamente por su carácter cualitativo. Generalmente, el paciente y/o sus familiares, reciben de médicos o de sus representantes, las explicaciones de los hechos que motivan la mediación, las cuales pueden ser entendidas y a veces aceptadas, restableciéndose, en ese caso, la dignidad de la persona que se sintió vulnerada en sus derechos de paciente ciudadano. La mediación crea un microclima no solamente de respeto, sino también de acogida, difícil de encontrar en otros ámbitos. Existe una relación de influencia mutua entre la aplicación de la mediación y el nacimiento de una nueva cultura de la paz.

V.5.- Categorización de incidentes de salud como aporte a prevención de riesgos clínicos: Desde el año 2012, la Unidad de Mediación decidió comenzar a categorizar los incidentes en salud involucrados en los reclamos recibidos, de acuerdo al relato del requirente. Cada vez que ingresa un reclamo es categorizado en 1 o más de estos rubros: Errores de diagnóstico; Retardos en la atención; Errores en la realización de procedimientos quirúrgicos; Errores en la atención obstétrica; Errores en la atención obstétrica; Deficiencia en la atención de urgencia; Falta o deficiencia en la información entregada al paciente, entre otros (Tabla N° 3). Ello permite analizar los aspectos en que el establecimiento se encuentra en mejor pie o en peor estado, en comparación con el promedio regional y/o nacional. Esta información ha sido entregada a algunos hospitales como forma de retroalimentación apreciándose, en algunos casos, gran coincidencia entre nuestra categorización y la percepción que tiene el hospital, acerca de donde se suscitan los conflictos en su establecimiento. Los hospitales valoran la información entregada como imprescindible para el diseño de una política de prevención de riesgos clínicos. El impacto de esta actividad informativa de la mediación del CDE puede apreciarse en el caso de un hospital

visitado en 2011, el cual presentaba 37% de reclamos por temas obstétricos (siendo la media nacional de 15,4%), establecimiento que terminó en el primer semestre de 2014 disminuyendo ese tipo de reclamos a 12%, por debajo de la media nacional de 13%.²³ A partir de la difusión de estos informes comparativos, la Unidad de Mediación ha recibido pedidos de entrega informes similares por diversos establecimientos. Esta información permite que la resolución de un conflicto que pudiera judicializarse se convierta en un fenómeno virtuoso, a través del que se logra detectar donde se están produciendo conflictos y cómo podemos resolverlos, tomando las medidas pertinentes, para evitar la repetición de hechos similares.

V.6.- Modificación de procedimientos, protocolos y políticas clínicas: En esta misma línea y como consecuencia del conocimiento de hechos que permiten detectar errores, hay numerosos acuerdos de mediación que han consistido en la modificación de protocolos clínicos y en general la implementación de ajustes o cambios respecto de la atención de los pacientes, y ello finalmente se traduce en la práctica de una medicina de mejor calidad, que no solamente contempla el aspecto técnico, sino muy especialmente el relacional y de acogida de pacientes y familiares.

V.7.- Creación de Unidades de Premediación y de Eventos Adversos en diversos hospitales: Como efecto de la realización de mediaciones y reuniones de trabajo de la Unidad de Mediación con diversos establecimientos públicos sanitarios, varios de ellos han estimado importante crear Unidades de Premediación u otras instancias, con el objeto de evaluar, ejecutar y monitorear los reclamos realizados ante la Unidad de Mediación del CDE y aprovechar la información obtenida en esa instancia.

Se trata de entidades colectivas creadas por resolución de los directores de los hospitales e integradas por directivos médicos y jurídicos. No tratándose de información reservada, podemos citar el caso del Complejo Hospitalario San José (Unidad creada en 2007), Hospital Clínico San Borja Arriarán (Comité Asesor de Mediación en Salud creado en 2012), y más recientemente Hospital Dr. Félix Bulnes Cerda (Comité de Eventos Adversos), Servicio de Salud Metropolitano Occidente (Comité Asesor de la Dirección del Servicio), Hospital San Juan de Dios, Hospital Dr. Guillermo Grant Benavente (Comité de Riesgos Clínicos) y Hospital Dr. Gustavo Fricke de Viña del Mar (Unidad de Responsabilidad Clínica creada en 2007), entre muchas otras.

V.8.- Índice de satisfacción de los usuarios de mediación:

La Unidad de Mediación del CDE ha efectuado encuestas de satisfacción de los usuarios de mediación, obteniendo excelentes resultados.

En el año 2008, el 65% de los encuestados reclamantes se consideró “muy satisfecho” con el proceso de mediación (sesiones) y 21,3% “satisfecho”, es decir, 86,3% manifestó una evaluación positiva. Asimismo, del total de encuestados reclamados, el 88% se sintió “muy satisfecho” y el 12% restante “satisfecho”. La misma encuesta aplicada el 2011, tuvo como resultado que 60,1% de los encuestados reclamantes se sintió “muy satisfecho” y 23,8% “satisfecho” con el proceso de mediación (sumando 83,9%), mientras que en los reclamados, 78% dijo estar “muy satisfecho” y 22% “satisfecho”. La misma encuesta aplicada el 2015, tuvo como resultado que 77,5% de los encuestados reclamantes se sintió “muy satisfecho” y 8,8% “satisfecho” con el trato recibido en mediación (sumando 86,3%), evaluando positivamente nuestro servicio

V.9.- Soluciones que pueden ser ganar-ganar, en vez de la sentencia que adjudica todo a una parte y quita todo a la otra (con lo cual el conflicto sigue latente), en las soluciones se integran los intereses de las partes, diversificando las formas de reparar, no solo indemnizatorias, sino también nuevas prestaciones, explicaciones y/o disculpas, medidas intrahospitalarias, etc., o la combinación de ellas.

V.10.- Estos 10 años ha permitido **formar mediadores(as) con alto nivel de especialización,** asegurando la calidad del servicio otorgado y el cumplimiento de los principios de la mediación

²³ En virtud del principio de confidencialidad nunca se asocian datos estadísticos con una entidad identificable, razón por la cual no se proporciona nombres de hospitales, ni menos de pacientes.

(confidencialidad, celeridad, etc.). En definitiva, un cambio de paradigma desde el sistema adversarial al sistema colaborativo.

VI.- CONVENIENCIA DE SU EXTENSIÓN EN EL ÁMBITO PÚBLICO:

La mediación como forma de resolución permite abordar los conflictos en su real dimensión y transformar las deficiencias en **experiencias virtuosas**. De esta manera la autoridad toma conocimiento efectivo de los errores del servicio y puede adoptar las medidas concretas para que ellos no ocurran nuevamente. La experiencia de la mediación por daños en salud, a diez años de su establecimiento logró demostrar que esta forma de resolución no se puede entender sólo como una herramienta para desjudicializar los tribunales de justicia; ella en sí es un mecanismo **ADECUADO** para abordar conflictos complejos multicausales, que no solo exigen el pago de una suma de dinero a modo de indemnización.

El Estado presta servicios en numerosas áreas, no solo en materia sanitaria y en todas ellas se suscitan conflictos, cuyas soluciones no logran satisfacer los intereses de los ciudadanos, los cuales van mucho más allá que lo meramente indemnizatorio, no considerándose la fisonomía del ciudadano actual, con más información y empoderamiento.

Si no se crean canales de comunicación apropiados para la resolución de estas diferencias, se genera un clima de desconfianza en las autoridades, que va carcomiendo la función pública y el prestigio de la administración del Estado. Todos los sectores en la actualidad son contestes en señalar que existe una profunda crisis de confianza en las instituciones y en los funcionarios públicos. Ello no es casualidad. No hay canales de comunicación horizontales que permitan a los ciudadanos plantear sus divergencias; ni tampoco hay espacios para que las autoridades den explicaciones. En este escenario ¿es posible esperar otra cosa?

Cuando se desarrolla un procedimiento contradictorio, no existe ninguna posibilidad de que la relación entre las partes se mantenga o se incremente durante el desarrollo de un juicio; ello solo desgasta a la administración y a los administrados.

Por ello no es casual, los altos índices de satisfacción usuaria que gozan en términos generales todas las experiencias de mecanismos de resolución de conflictos que se desarrollan en nuestro país, aun cuando el mediado no logre un acuerdo en el proceso de mediación ¿porqué? La mediación evita que haya ganadores y perdedores, lo cual redundaría en el mantenimiento y/o mejora de las relaciones entre las partes, produciéndose un **deuteroaprendizaje**, ya que "...al solucionar un conflicto, como subproducto de esto uno puede adquirir la capacidad de solucionar otros futuros conflictos en la misma área en la cual se presentó el anterior o aun en otras áreas diferentes. Esto ha recibido también el nombre de "transferencia de aprendizaje" o "conocimiento tácito". A veces las partes no son conscientes de este aprendizaje en el momento en que lo adquieren, aunque se ven las consecuencias, a posteriori, cuando enfrentan otro conflicto..."²⁴

La mediación corresponde a un paradigma colaborativo o cooperativo, haciendo realidad el acceso a la justicia en igualdad de condiciones para las partes. Si la mediación prospera, ellas resuelven su disputa con la guía del mediador, construyendo un acuerdo por sí mismas, el cual contempla las necesidades e intereses de ambas, lo que le da estabilidad.

En este sentido, un gran aporte de la mediación, como método de resolución ha sido la superación de los supuestos formales en que se sustenta el juicio. La mediación ha elaborado ricos conceptos teóricos, susceptibles de ser compartidos por ambas partes, fomentando así la inclusión, en vez de la exclusión a la que lleva el juicio, así por ejemplo, la pretensión de una parte en juicio no puede ser compartida por la otra, por cuanto no habría controversia; en cambio, para el desarrollo de la mediación, el interés de cada

²⁴ Suáres (2005: 53).

PONENCIA PRESENTADA EN EL XXI CONGRESO INTERNACIONAL DEL CLAD
(CENTRO LATINOAMERICANO DE ADMINISTRACIÓN PARA EL DESARROLLO),
REALIZADO EN CHILE (NOVIEMBRE 2016)

parte debe ser conocido por la otra (es indispensable para el éxito del proceso), con el fin de que este conocimiento le permita crear opciones o comprobar que es imposible llegar a acuerdo. Si se comprende la extensión y contenido de lo requerido por el otro, puedo intentar satisfacer, y en general, negociar los intereses en juego.

Es prioritario que el Estado desarrolle una política pública **de acceso efectivo a la solución de los conflictos**, que se suscitan entre los ciudadanos y la autoridad, generándose canales de comunicación que impliquen el desarrollo de relaciones horizontales, que en definitiva permitan mayor **cohesión social** y generen nuevas confianzas en una comunidad en la que prime el diálogo como forma de resolución.

BIBLIOGRAFÍA:

Constitución Política de la república de Chile (1980).

Cuenta Pública del Consejo de Defensa del Estado, de marzo de 2015, http://www.cde.cl/wps/wcm/connect/610b8254-ab3d-48e8-8b12-46b485723434/CDE_CP+5.pdf?MOD=AJPERES, 13-07-2016.

Historia de la Ley 19.966 que Establece un régimen de garantías de salud (2004), <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/lista-de-resultado-de-busqueda/19966/>, 13-07-2016.

Ley 18.120 que establece normas sobre comparecencia en juicio, de 18 de mayo de 1982.

Redorta, Josep (2004), “Como analizar los conflictos. La tipología de conflictos como herramienta de mediación”, Paidós, Buenos Aires, p. 28.

Resolución 142 Exenta, de los Ministerios de Hacienda y Salud, publicada en el Diario Oficial de 8 de abril de 2005, sobre topes indemnizatorios.

Suárez, Marínés (2005): “Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas”, Paidós, Buenos Aires, p. 53.

Vodanovic, Antonio (1993), “Contrato de transacción”, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Chile, p. 11.

Zuñiga Fajuri, Alejandra (2011), “El derecho a la vida y el derecho a la protección de la salud en la Constitución: una relación necesaria”, en Estudios Constitucionales, Año 9, N° 1, pp. 37 - 64.

TABLAS: Proporcionadas por Unidad de Mediación CDE.

Tabla N° 1: Escolaridad de reclamantes y dañados por año (2015-abril 2016)

Escolaridad	Reclamante				Dañado Principal			
	2015	2016	Total	%	2015	2016	Total	%
Educación básica incompleta	62	21	83	6,2%	117	34	151	11,4%
Educación básica completa	91	26	117	8,8%	104	20	124	9,4%
Educación media incompleta	133	35	168	12,6%	120	38	158	11,9%
Educación media completa	361	113	474	35,5%	267	85	352	26,6%
Educación técnica superior incompleta	41	11	52	3,9%	36	6	42	3,2%
Educación técnica superior completa	112	29	141	10,5%	68	20	88	6,6%
Educación universitaria incompleta	44	10	54	4,0%	37	6	43	3,2%
Educación universitaria completa	98	33	131	9,8%	68	20	88	6,6%

PONENCIA PRESENTADA EN EL XXI CONGRESO INTERNACIONAL DEL CLAD
(CENTRO LATINOAMERICANO DE ADMINISTRACIÓN PARA EL DESARROLLO),
REALIZADO EN CHILE (NOVIEMBRE 2016)

NS/NR	65	23	88	6,6%	79	29	108	8,2%
Sin educación formal	25	4	29	2,2%	136	35	87	6,6%
Total general	1.032	305	1337	100,0%	1.032	293	1325	100,0%

Tabla N° 2: Actividad de reclamantes y dañados por año (2015-abril 2016)

Escolaridad	Reclamante				Dañado Principal			
	2015	2016	Total	%	2015	2016	Total	%
Trabajador/a dependiente	381	122	503	37,6%	242	79	321	24,0%
Dueño(a) de casa	298	71	369	27,6%	209	51	260	19,4%
Trabajador(a) independiente	118	34	152	11,4%	91	26	117	8,8%
Desempleado(a)	66	22	88	6,6%	65	23	88	6,6%
Pensionado(a)	60	19	79	5,9%	118	34	152	11,4%
Jubilado(a)	40	12	52	3,9%	56	10	66	4,9%
Estudiante	27	14	41	3,1%	92	34	126	9,4%
Empleado Público	15	1	16	1,2%	10		10	0,7%
Abogado	1	1	2	0,1%		1	1	0,1%
FF.AA				0,0%	1		1	0,1%
Otro	26	9	35	2,6%	64	47	110	8,2%
No aplica				0,0%	84		84	6,3%
Total general	1032	305	1337	100,0%	1032	305	1337	100,0%

Tabla N° 3: Incidentes en salud a nivel Nacional (2012 a 1er trim. 2016)

Incidentes en salud	Nº	%
Errores de diagnóstico	1537	34,50%
Retardos en la atención	1463	32,90%
Errores en la realización de procedimientos quirúrgicos	864	19,40%
Errores en la atención obstétrica	606	13,60%
Deficiencia en la atención de urgencia	450	10,10%
Falta o deficiencia en la información entregada al paciente	429	9,60%
Seguridad del paciente dentro del recinto hospitalario	356	8,00%
Errores en la realización de procedimientos quirúrgicos o de enfermería	237	5,30%
Errores en la utilización o retardo en la entrega de medicamentos	222	5,00%
Errores en la realización de procedimientos enfermería	216	4,90%
Seguridad y oportunidad en los traslados y derivaciones de los pacientes	146	3,30%
Ley de Derechos y Deberes	122	2,70%
Continuidad, pertinencia o especialización de quién brinda la atención	46	1,00%
Otros	80	1,80%
TOTAL CASOS	6774	150,40%**

**La tabla presenta un suma total de porcentajes mayor a 100%, esto porque en un mismo relato puede identificarse más de un incidente

Tabla N° 4: Tipo de término y judicialización posterior (período 2005-2010)

	Mediaciones Terminadas		Sin acuerdo			
	Acuerdo	Sin acuerdo	Sin juicio		Con Juicio	
	N°	N°	N°	%	N°	%
Arica	17	56	54	96,4	2	3,6
Iquique	20	86	75	87,2	11	12,8
Antofagasta	18	101	98	97,0	3	3,0
Copiapó	22	74	68	91,9	6	8,1
La Serena	43	164	152	92,7	12	7,3
Valparaíso	75	441	368	83,4	73	16,6
Santiago	135	863	806	93,4	57	6,6
San Miguel	73	620	581	93,7	39	6,3
Rancagua	53	205	179	87,3	26	12,7
Talca	19	158	137	86,7	21	13,3
Chillán	27	89	77	86,5	12	13,5
Concepción	107	342	275	80,4	67	19,6
Temuco	34	151	131	86,8	20	13,2
Valdivia	21	89	74	83,1	15	16,9
Puerto Montt	40	121	104	86,0	17	14,0
Coyhaique	11	14	12	85,7	2	14,3
Punta Arenas	16	21	18	85,7	3	14,3
Total Nacional	731	3.595	3.209	89,3	386	10,7
	4.326					

No han ejercido acciones legales: **3.940**

Tabla N° 5: Evaluación de satisfacción usuaria año 2015*

	Índice Trato	Índice Información	Índice Celeridad
Muy Satisfecho	77,5%	69,6%	64,7%
Satisfecho	8,8%	15,2%	14,7%
Regularmente Satisfecho	1,0%	0,5%	3,9%
Insatisfecho	0,5%	0,5%	2,0%
Muy Insatisfecho	0,0%	0,5%	0,5%
No responde/ No aplica	12,2%	13,7%	14,2%
Total	100,0%	100,0%	100,0%

PONENCIA PRESENTADA EN EL XXI CONGRESO INTERNACIONAL DEL CLAD
(CENTRO LATINOAMERICANO DE ADMINISTRACIÓN PARA EL DESARROLLO),
REALIZADO EN CHILE (NOVIEMBRE 2016)

Tabla N° 6: Tipo de reparación en los acuerdos a nivel nacional (2005 a 1er trim. 2016)

TIPO DE REPARACIÓN ACUERDOS	AÑOS																								TOTAL*		
	2005		2006		2007		2008		2009*		2010*		2011		2012		2013		2014		2015		2016		n°	%	
DISCULPAS Y/O EXPLICACIONES	Disculpa y/o explicación de los hechos	5	12%	12	13%	23	20%	38	25%	32	19%	25	16%	33	20%	34	21%	39	21%	42	31	2	5,3%	316	18,6		
	Disculpa y/o explicación de los hechos+ medidas intrahospitalarias	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	2	14%	-	-	2		
PRESTACIONES ASISTENCIALES	Prestaciones asistenciales	22		30		21		25		45		45		63		39		61		50				64	10	475	
	Prest. asistenciales, + disculpas y/o explic. de los hechos	-		4		19		23		19		34		8		21		21		15				16	4	184	38,7
	Prest. Asistenciales.+ disculpas y/o explicación de los hechos + medidas	-	51%	-	36%	-		-		-		-		-		-		-		-		1		-	-	1	
	Prest. asistenciales +	-		-		-	34%	-		-		-	49%	-	45%	-	36%	-	44%	-	33%	1	36%	-	-	1	
INDEMNIZACIÓN	Indemnización	9																								433	
	Indemnización + disculpas y/o explicaciones	-		29		24		37		40		35		34		49		40		57				72	7		
	Indemnización + prest. asistenciales	7		4		11		13		17		5		7		6		6		5				9	6	89	
	Indemnización + prest. asistenciales + disculpas y/o explicaciones	-	37%	14		12		9		9		11		11		15		18		29				26	8	169	42,7
	Indemnización + medidas intrahospitalarias (incluye mejoramiento)	-		1		7		6		4		5		3		4		2		1				5	1	39	
TOTAL	43		94		117		151		166		160		159		168		187		199		228		38		1710		

Tabla N° 7: Daño principal según reclamante a nivel nacional (2005 a 1er trimestre 2016)

Daño principal	Nº	%
Muerte	2.898	28,0%
Invalidez total	806	7,8%
Invalidez parcial	3.381	32,7%
Otras secuelas físicas no constitutivas de invalidez y/o daño psicológico	2.703	26,1%
Gastos provocados por el daño	393	3,8%
Otros	167	1,6%
Total	10.348	100%

RESUMEN:

Este artículo aborda las razones que motivaron la consagración de la mediación por daños en salud en nuestro ordenamiento jurídico y la visión que se tenía originalmente respecto del conflicto sanitario y las formas de solución de este, limitándolo exclusivamente a lo pecuniario. Además se analiza el conflicto de salud considerando los intereses de los pacientes y sus familiares y establecimientos públicos hospitalarios y sus funcionarios, desde la mirada y experiencia de una mediadora. Se revisan los principios y etapas en las que se desarrolla una mediación, considerando la necesidad de confianza y comprensión del conflicto; la intervención del mismo; y el apoyo a la decisión de las partes y eventuales

PONENCIA PRESENTADA EN EL XXI CONGRESO INTERNACIONAL DEL CLAD
(CENTRO LATINOAMERICANO DE ADMINISTRACIÓN PARA EL DESARROLLO),
REALIZADO EN CHILE (NOVIEMBRE 2016)

acuerdos, considerando el efecto transformativo de la mediación. Se exponen las cifras y la caracterización de los usuarios del servicio y se hace una evaluación de los resultados de este mecanismo, luego de diez años de implementación. Finalmente, se evalúa la conveniencia de su extensión a otras áreas en el ámbito público, en aras de generar espacios de diálogo que nos permitan recobrar las confianzas en la administración del Estado y sus funcionarios, así como fortalecer la cohesión social.

PALABRAS CLAVE:

Efectivización de derechos - garantías de salud – mediación – resolución de conflictos – intereses – conflictos – responsabilidad sanitaria – diálogo – acceso a la justicia – horizontalidad – efecto transformativo de la mediación – confianza – cohesión social