



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Enseñanza Clínica del Derecho

MEDIACIÓN EN SALUD O JUICIO CIVIL

UN ANÁLISIS COMPARATIVO DESDE LA ÓPTICA DEL ACCESO A LA JUSTICIA

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Ignacio Vargas Michea

Profesor Guía: Leonardo Cofré Pérez

Santiago, Chile 2024

INDICE

RESUMEN	5
CAPÍTULO INTRODUCTORIO: DOS DÉCADAS DE LA LEY 19.966 - MEDIACIÓN Y JUICIO	6
CAPÍTULO 1.- NEGLIGENCIA MÉDICA, MEDIACIÓN EN SALUD Y SISTEMA DE JUSTICIA CIVIL... 17	
1.1.- CONFLICTO DE MALA PRAXIS MÉDICA	18
1.1.1.- CONCEPTO CIVIL Y REQUISITOS PARA SU CONCURRENCIA	18
1.2.- MEDIACIÓN DE LA LEY 19.966.....	22
1.2.1.- SISTEMA GENERAL Y LOS PROBLEMAS QUE PRESENTA	22
1.2.2.- SISTEMAS PARTICULARES Y LOS PROBLEMAS QUE PRESENTAN	28
1.3.- JUICIO - SISTEMA DE JUSTICIA CIVIL.....	32
1.3.1.- EL CONCEPTO DE SISTEMA DE JUSTICIA CIVIL Y SUS PRESUPUESTOS.....	32
1.2.2.- ESTADO ACTUAL DE LOS TRIBUNALES CIVILES	34
CAPÍTULO 2.- EL ACCESO A LA JUSTICIA A TRAVÉS DE LOS ADR Y LOS TRIBUNALES CIVILES.	39
2.1.- LOS ADR UNA PANACEA Y UNA ANATEMA.	40
2.2.- LA MEDIACIÓN DESDE LA LITERATURA DEL ACCESO A LA JUSTICIA Y SU ADECUACIÓN A LA REALIDAD CHILENA.....	46
2.3.- LA IMPORTANCIA DEL SISTEMA DE JUSTICIA CIVIL.	54
CAPÍTULO 3.- EL SISTEMA DE JUSTICIA CIVIL Y MEDIACIÓN EN SALUD: UN ANÁLISIS COMPARATIVO.....	61
3.1.- ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE MEDIACIÓN Y JUDICIALIZACIÓN DESDE EL SECTOR PÚBLICO.....	62
3.2.- ALGUNAS REFORMAS A LA MEDIACIÓN: MIRADAS DESDE EL ACCESO A LA JUSTICIA ...	73
CAPÍTULO 4.- CONCLUSIONES GENERALES.....	82
ÍNDICE DE TABLAS	86
BIBLIOGRAFÍA	91

*Sólo el que ha experimentado el colmo del infortunio puede sentir la felicidad suprema.
Es preciso haber querido morir, amigo mío, para saber cuán buena y hermosa es la vida*

- Alexandre Dumas

*Para quienes llevo día a día conmigo colgando en mi cuello,
A quienes les debo todo.*

*Agradezco a mi familia, amigas y amigo
que sin ellos esto tampoco hubiese sido posible*

RESUMEN

Actualmente el artículo 43 y siguientes de la Ley 19.966, comúnmente conocida como ley Auge o Ges, establece un trámite de mediación de carácter previo y obligatorio para aquellas personas que deseen demandar por daños en salud. En un inicio este sistema se estableció como una prevención a los posibles efectos que tendría la promulgación de la ley Ges, como un aumento desmedido en la litigación de demandas indemnizatorias. Sumado a ello la doctrina sostuvo que la mediación era un mecanismo idóneo para resolver estos conflictos dada la rapidez con la que se podía alcanzar una solución y la posibilidad de optar por una solución beneficiosa para ambas partes, entre otros. Han pasado casi dos décadas desde el establecimiento de este sistema y actualmente se encuentra plagado de problemas y con bajos resultados. En este contexto, el presente trabajo cuestiona la idoneidad de la mediación y la práctica que se ha desarrollado alrededor de ella desde la óptica del movimiento del acceso a la justicia, concluyendo que el sistema de justicia civil o juicio es la vía más idónea de resolución. Para ello, en primer lugar, se identifican los problemas existentes en ambos mecanismos, posteriormente se examinan los argumentos esgrimidos por la doctrina y su adecuación a la realidad chilena, finalmente se realiza un análisis comparativo en términos cuantitativos, cualitativos y desde la óptica del acceso a la justicia de la mediación y el juicio.

CAPÍTULO INTRODUCTORIO: DOS DÉCADAS DE LA LEY 19.966 - MEDIACIÓN Y JUICIO

“Algún aspecto positivo, no. En mi caso, yo creo que no. Lamentablemente, igual cuando estuve presente, escuché personas que estaban dentro, y creo que tampoco para ellos era algo positivo. No les vi bien, no les vi que estuvieran acorde; creo que para ellos fue una pérdida de tiempo. Porque considero que para mí fue una pérdida de tiempo. Creo yo que el sistema no ... o sea, puede ser un sistema que sí funcione, pero están las partes, las personas que estaban, quizás no están cumpliendo con profesionalismo. (Temuco, sin acuerdo, sin juicio)”. (Consejo de Defensa del Estado, 2022, p.55)”

La transcripción anterior corresponde a la declaración realizada por una persona en un estudio realizado para el Consejo de Defensa del Estado – en adelante, simplemente CDE o Consejo -, sobre el trámite de mediación en el ámbito de salud establecida por la Ley 19.966. Esta ley fue publicada en el Diario Oficial el 3 de septiembre de 2004, y es comúnmente conocida como ley Ges o Auge. Cuyo objetivo era mejorar el derecho a la salud en Chile y cumplir las obligaciones de carácter internacional contraídas por el Estado (Jordán, 2005, p. 99) mediante el otorgamiento de una mayor protección social a un listado de enfermedades o problemas de salud.

Además de estas garantías, se estableció un sistema de mediación previo y obligatorio en casos de daños ocasionados por los prestadores de salud. En un inicio este mecanismo extrajudicial no formaba parte del proyecto, sino que fue incorporado por una indicación del ejecutivo durante el segundo trámite constitucional. La modificación fue aprobada por el legislador de la época, ya que surgió la preocupación de que la promulgación de la ley Auge pudiera ocasionar un aumento significativo de los litigios indemnizatorios (Segundo Informe de Comisión de Salud, 2004, pág. 43)¹, generando una carga excesiva en los tribunales.

Desde su establecimiento, según diversos estudios realizados por la doctrina (Lagos Ochoa, 2013, p. 91) y las estadísticas proporcionadas por las instituciones relacionadas con la mediación, es decir, el CDE y la Superintendencia de Salud – en adelante, simplemente

¹ Véase Historia de la Ley 19.966

Supersalud o Superintendencia -, los reclamos por daños en salud han ido en aumento. Dicho aumento de casos ha generado que las negligencias médicas hayan tomado una relevancia inesperada en el país (Pizarro W, 2008, p. 559).

Tomando en consideración lo anterior, en principio es posible afirmar que las personas afectadas por una mala praxis médica disponen de dos vías institucionalizadas para resolver este tipo de conflictos. La primera, que es la más tradicional, corresponde al sistema de justicia civil a través del “Juicio”, esto es el proceso no reformado iniciado por la interposición de una demanda de indemnización de perjuicios. Por otro lado, la segunda vía corresponde al mecanismo autocompositivo de mediación ya referido.

Ahora bien, el hecho de que las personas poseen estas dos vías de resolución para los conflictos de negligencia médica, como lo ha ilustrado la doctrina en el último tiempo, no significa que no existan problemas en cada una de ellas. En algunos casos estos son compartidos o comunes, ya que provienen de un problema más general. Un ejemplo de esto podría ser la falta de conocimiento de las personas afectadas sobre sus derechos, lo cual constituye un obstáculo sistemático (Plesence & Balmer, 2019, p. 144). En sentido contrario, algunos problemas únicamente se encuentran en una vía, ya que proviene de las particularidades propias del sistema de justicia civil o de la mediación. Un ejemplo en este último mecanismo se ha mencionado la baja participación de los médicos en la mesa de negociación (Supersalud, 2023, p. 6), lo cual genera una pérdida de acceso a la información crucial para llegar a un acuerdo, obtener una explicación o inclusive unas disculpas (Liebman, 2011, p. 8).

Esto explica porque el carácter obligatorio de la mediación establecido en la ley AUGE no refiere a la realización de la mediación como tal (Lagos Ochoa, 2013, p. 22). Para la parte que presente el reclamo, únicamente es obligatorio llevar a cabo el trámite de solicitud de mediación. En cambio, para el prestador de salud reclamado, de acuerdo con el artículo 46 de la ley, comparecer a la mediación deviene en facultativo cuando su única consecuencia es que se entienda por fracasada. Además, no es necesario que el profesional asista personalmente, dado que, según lo dispuesto en el artículo 48, puede hacerlo a través de un representante debidamente facultado.

Dado este panorama normativo conceptual y práctico que entrega a las personas dos vías distintas para resolver sus disputas, no obstante, en ellas encontrarse una serie de problemas u obstáculos, surge la pregunta ¿cuál de estos caminos es el más idóneo para resolver un conflicto de negligencia médica desde una óptica del acceso a la justicia?

Esta pregunta tiene su origen en dos consideraciones. La primera refiere a las características diferenciadoras que presenta un conflicto de mala praxis médica, y la segunda tiene relación con la percepción de las personas sobre la mediación y el sistema de justicia civil. Al momento de observar este tipo de conflictos una primera cuestión que resalta es la desigualdad existente entre ambas partes. Como una primera desigualdad se podría mencionar el hecho que la mayoría de los casos la información técnica sólo la posee la parte reclamada o negligente, esto conlleva a quien la sufre tenga mayores dificultades para reconocer la mala praxis, en otras palabras, es posible que exista una carencia de capacidad legal (Pleasence & Balmer, 2019, p. 141).

Otra característica a tener en cuenta respecto de estos conflictos es que pueden ser enmarcados en un problema más amplio o “supra problema” (Carvacho et al., 2022, pp. 363 – 364) sobre el derecho a la salud, especialmente en términos de calidad, y considerando que tanto el sector privado como público presentan una cantidad de similar de casos. Por ejemplo, de acuerdo con los datos proporcionados por el Consejo y la Superintendencia, durante el año 2022 se registraron un total de 3.655 solicitudes de mediación, distribuidas de la siguiente forma:

Tabla N°1

Solicitudes de mediación correspondientes al año 2022

	Sector Público	Sector Privado	Total
Solicitudes Ingresadas	1.943	1.712	3.655
Porcentaje	53,16%	46,84%	100%

Fuente: (CDE, 2022, p. 2; Supersalud, 2022, p. 5).

Por último, es importante tener en cuenta que enfrentar una situación de mala praxis médica puede dar lugar a un conjunto de nuevos problemas. A modo de ilustración, consideremos el siguiente escenario: Debido a un procedimiento médico deficiente una

persona sufre una significativa reducción de su capacidad laboral. Esta reducción conlleva a una disminución de sus ingresos, lo cual le impide cumplir el contrato de arriendo de su hogar, ello finaliza en un desalojo en razón del incumplimiento contractual. A partir del ejemplo, es posible extraer dos conclusiones. En primer lugar, un problema de mala praxis puede estar vinculado a una seguidilla de otros problemas, es decir, un “*problem clustering*” (Carvacho et al., 2022, p. 365). En segundo lugar, los problemas civiles pueden significar uno de los momentos más difíciles en la vida de las personas (Pleasence & Balmer, 2019, p. 140).

La segunda consideración acerca del origen de la pregunta sobre la idoneidad de los caminos guarda relación con la declaración transcrita al inicio de este capítulo. Dicha cita forma parte de un estudio solicitado por el Consejo acerca la mediación en el sector público, realizado por el Centro de Estudios de la Justicia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, titulado “Efectos desjudicializadores de la mediación en salud 2011 – 2020”. Aunque será examinado en mayor detalle en el capítulo tercero de este trabajo, resulta necesario mencionar brevemente su sección cualitativa. Puesto que es el único o uno de los pocos estudios desarrollados en el marco de conflictos de daños en salud con este tipo de información, desafortunadamente no existe un homólogo en el sector privado, lo cual restringe cualquier análisis.

Dicho apartado del estudio se basó en 15 entrevistas individuales, distribuidas equitativamente en las macrozonas Norte, Centro y Sur del país. Si bien es cierto que la muestra podría no ser representativa, es importante tener en cuenta el factor de revictimización que implica abordar estos temas (Hozven, 2022, p. 67). De hecho, el propio estudio señala que la principal razón para no participar entregada por las personas fue no querer hablar del tema (Consejo de Defensa del Estado, 2022, p. 20).

Adicionalmente debe considerarse como factor obstaculizador el principio de confidencialidad establecido por el artículo 51 de la ley AUGE, el cual establece que los participantes de la mediación deben mantener reserva de las declaraciones vertidas durante el proceso, bajo sanción penal dispuesta en el artículo 247 del Código Penal.

Sobre el fondo del examen cualitativo, una de las conclusiones más interesantes es que pareciera haber una sensación de injusticia por parte de aquellas personas que no

pudieron alcanzar algún tipo de acuerdo (Consejo de Defensa del Estado, 2022, p. 77), especialmente es en este contexto donde nace la pregunta sobre la idoneidad sobre las vías institucionalizadas de solución.

En este sentido, la pregunta de investigación de esta memoria busca, en primer lugar, problematizar si la mediación en sí misma, y en los términos de previa y obligatoria establecidos por la Ley 19.966, es la herramienta más idónea para resolver los conflictos de negligencia médica. Este cuestionamiento no ha sido ajeno a la ley Auge, pues durante su tramitación la abogada del Consejo de Defensa del Estado participe de la comisión, consideró que este mecanismo no era el más idóneo. Dicho argumento se basó en que la solución del perjuicio requería un carácter pecuniario y destacó que estos asuntos no eran de interés exclusivamente particular, sino que también involucran un interés público (Segundo Informe de Comisión de Salud, 2004, pág. 42).

Sin embargo, hoy en día se puede afirmar, desde una mirada cuantitativa, que la mediación ha tenido cierto éxito en resolver los conflictos. De las mediaciones realizadas en el sector público, entre los años 2006 a 2020 sólo un 18,8% llegó a acuerdo. Mientras que el porcentaje de acuerdos en el sector privado entre los años 2005 a 2015 fue de un 12,1% (Hozven, 2022, p. 40), no obstante, sigue siendo porcentajes bajos de acuerdo. A su vez, una primera mirada permite advertir que el primer argumento de la abogada del Consejo no es del todo cierto, dado que según datos del mismo organismo correspondientes al año 2022 el 49,17% de los acuerdos no implicó el pago de dinero (CDE, 2022, p. 13), ahora bien, como explicaremos en el siguiente capítulo, este porcentaje puede verse reducido cuando se analiza a mayor profundidad los tipos de acuerdos. Lamentablemente la información sobre el tipo de acuerdo alcanzado no se encuentra incorporada en los datos llevados por la Superintendencia para afirmar si ocurre de la misma forma en el sector privado.

Aunque la mediación pareciere presentar ciertos beneficios, es fundamental no obviar la importancia y los aportes para la sociedad que plantea el sistema de justicia civil. En esta línea el segundo propósito de la pregunta acerca la idoneidad es referirnos a los tribunales civiles como la segunda vía institucionalizada a la cual las personas pueden acudir para resolver un conflicto de responsabilidad civil médica.

En relación con lo anterior, según lo evidenciado por diversos estudios y análisis doctrinarios, la justicia civil ordinaria enfrenta una profunda crisis en la actualidad, que abarca tanto una problemática de acceso como una pérdida de relevancia (Lillo, 2020, p. 3). El deterioro ha llegado al punto que el Colegio de Abogados de Chile A.G en un comunicado oficial declara, aludiendo a esta vía, que la justicia que tarda y es onerosa es justicia que se deniega (Colegio de Abogados de Chile A.G, 2023. p. 4).

La crisis desde el punto del acceso refiere a la dificultad que poseen ciertos grupos de la población para soportar un juicio ante los tribunales civiles, principalmente debido a los altos costos económicos y la extensa duración que implica el proceso. Según el estudio del Consejo, el tiempo de duración del proceso judicial en casos de daños por salud finalizado por una sentencia o un equivalente jurisdiccional es de 2 años y 8 meses en el sector público (Consejo de Defensa del Estado, 2022, p. 33). Lo anterior sería uno de los motivos que explican la crisis de relevancia del sistema de justicia civil, esta pérdida significa que esta vía está siendo menos utilizada por las personas, y quienes recurren a ella no sería para los fines primordiales del sistema (Lillo, 2020, p. 2). Por ejemplo, en el sector público del total de mediaciones realizadas el año 2020 sólo el 14,3% judicializó su conflicto (Consejo de Defensa del Estado, 2022, p. 33).

A pesar de estos problemas del juicio, entendido como sinónimo del sistema de justicia civil, posee una transcendencia social considerable, ya que a través de las resoluciones judiciales se pueden reforzar una serie de valores. Además, representa el medio por el cual los ciudadanos pueden hacer valer sus derechos y, por ende, asegurar el Estado de Derecho (Genn, 2012, p. 397). Estas consideraciones adquieren una relevancia aún mayor cuando nos referimos a los conflictos de negligencia médica, donde las personas afectadas en sus derechos probablemente seguirán requiriendo asistencia de salud de algún prestador, o en el peor de los casos, con el prestador involucrado.

Adicionalmente, es necesario tener en cuenta que el sistema normativo de responsabilidad civil cuenta con un doble propósito; uno específico de indemnización y otro general de disuasión (Hyman & Silver, 2012, p. 3). Como su nombre lo indica, la dimensión indemnizatoria busca reparar el daño ocasionado en el caso concreto, mientras que la dimensión disuasoria pretende enviar un mensaje de advertencia a aquellos que puedan

causar tales daños en el futuro. En relación con esta última dimensión, es importante destacar que los montos indemnizatorios en juicio suelen ser significativos, lo cual podría incentivar la adopción de medidas para evitar estos escenarios. Como muestra de ello se podría mencionar que el promedio de indemnización de 37 casos correspondientes al año 2017 en el sector público cuyo monto fue de \$94.753.169 de pesos (Consejo de Defensa del Estado, 2022, p. 39).

Tomando en consideración este escenario, se plantea como hipótesis que el mecanismo de mediación en sí mismo y en los términos de la Ley 19.966 no es la vía más idónea para resolver los conflictos de negligencia médica desde la mirada del acceso a la justicia. Por lo que, debiera ser el sistema de justicia civil la vía principal a la cual recurran las personas para solucionar estos conflictos. Lo anterior se traduce, por un lado, en el rechazo del trámite de mediación y, por otro lado, en la reivindicación de la posición de los tribunales civiles para esta clase de disputas.

El presente año, es decir, el 2024 se cumplen veinte años desde la promulgación de la ley Auge y, desde sus inicios, uno de los temas recurrentes ha sido la adecuación de la mediación previa y obligatorio con el acceso a la justicia. Respecto a este debate, pareciera haber cierta división en la doctrina, pues si bien la mayoría estima que no existe colisión, a su vez hay doctrina que afirma su presencia (Parra et al., 2018, pp. 15 – 16). Inclusive esta discusión fue conocida por el Tribunal Constitucional en la causa Rol N° 2.042 – 11 por medio de un requerimiento de inaplicabilidad del inciso primero y segundo del artículo 43 de la ley.

Finalmente, el Tribunal Constitucional en su voto de mayoría resolvió rechazar la solicitud de inaplicabilidad pues consideró que el mecanismo fue dispuesto por el legislador como una forma rápida de alcanzar una solución, protege la desigualdad entre las partes y acerca a la justicia a las personas. Además, sostuvo que no existía vulneración al acceso a la justicia, dado que la mediación suspende el plazo de prescripción de las acciones judiciales durante su tramitación (Cofré, 2020, p. 10). No obstante, hubo voto de minoría a favor de la inaplicabilidad basado en que los mecanismos alternativos de resolución de controversias debían estar bajo el alero del Poder Judicial.

Pareciere ser que el principal argumento esgrimido por el Tribunal Constitucional, respaldado por cierta corriente doctrinal (Gutiérrez, 2008, p. 133), es que la opción de recurrir a los tribunales se mantiene disponible en caso de que la mediación fracase, por lo tanto, no habría un problema de acceso a la justicia. Sin embargo, aunque este argumento pueda ser válido, también es cierto que la noción del tribunal sobre acceso a la justicia, entendido como la posibilidad de interponer una demanda, omite una serie de aspectos que ha planteado el movimiento del acceso a la justicia, el cual busca dar cuenta de los obstáculos de carácter empírico que dificultan la protección de los derechos (Cofré, 2020, p. 252), como es el caso de las barreras de acceso (Macdonald, 2010, p. 510).

Asimismo, es pertinente recordar el argumento esgrimido por la abogada del CDE en la tramitación legal de la mediación, que plantea la cuestión de si estos asuntos involucran un interés público, perspectiva compartida por Hozven (2022, p. 98). En dicho caso, pareciere que no debe ser aplicable un mecanismo privado de solución de conflictos de negligencias médica (Edwards, 1986, p. 671). Por último, es interesante la opinión, favor de la mediación, que la verdadera limitante a la justicia es el alto costo que implica ingresar a la justicia tradicional (Lagos Ochoa, 2013, p. 22).

Para probar esta hipótesis, y hacernos cargo de las opiniones de la doctrina recién referidas, se realizará un examen comparativo entre la mediación en salud y el sistema de justicia civil, tomando en cuenta aspectos conceptuales y prácticos de cada una de las vías. Para ello se hará uso de estudios cuantitativos y cualitativos acerca de cada una de las vías que permitan expresar el estado en que se encuentran. A su vez, se tomará en consideración algunas reformas que ha propuesto la doctrina para el mecanismo de mediación, debido a que las consideraciones reformativas para el acceso a la justicia deben basarse en las opciones reales que poseen las personas cuando lidian con sus problemas legales (Pleasence & Balmer, 2019, p. 141).

Debido a lo anterior, es necesario abordar una serie de interrogantes para dar respuesta a la pregunta central sobre la idoneidad. En primer lugar, es perentorio brindar una descripción más detallada de los objetos que serán comparados, es decir, qué es la mediación y qué es el juicio ante los tribunales civiles. A continuación, se debe responder cuál es el estado actual de ambos mecanismos, considerando los obstáculos o barreras que las personas

enfrentan al transitar por cada uno de ellos. En segundo lugar, se debe examinar cuáles son los argumentos esgrimidos por la doctrina sobre la utilización de los ADR, en particular la mediación y los beneficios que éstos reportan. Por otro lado, cuál es la relevancia del sistema de justicia civil para la sociedad en términos generales, y qué rol ostenta para este tipo de conflictos. Finalmente, es necesario analizar qué reformas ha propuesto la doctrina sobre la mediación y si éstas son coherentes con el acceso a la justicia al mejorar la idoneidad del mecanismo.

Con este trabajo se pretende ofrecer una perspectiva actualizada del acceso a la justicia sobre los conflictos de negligencia médica. En particular, se busca proporcionar un enfoque diferente a los obstáculos o problemas identificados por diversos análisis, tomando en cuenta tanto la doctrina nacional como extranjera en relación con este tipo de controversias. Asimismo, se busca contribuir con nuevos lineamientos para posibles reformas sobre la materia, es decir, la mediación en salud y el sistema de justicia civil. Al basarse este trabajo en información disponible existe una limitación a la investigación, especialmente en el sector privado, ahora bien, ello no impide alcanzar los aportes propuestos dado que la información actual es suficiente para reconocer los problemas en cada vía, examinar los argumentos acerca la idoneidad, las reformas y, en definitiva, el examen comparativo.

Por último, antes de enunciar la composición de este trabajo, es necesario explicar que este trabajo se funda en considerar a la mediación y al juicio como dos vías separadas, a pesar de que normativamente formen un único camino de solución complementaria. En este sentido, lo valioso de este enfoque radica en que facilita contrastar los argumentos sobre los beneficios o la idoneidad de cada vía con su estado actual, para posteriormente analizar dicho contraste a la luz de la normativa.

Por otro lado, este enfoque se fundamenta en que existen entre la mediación y el sistema de justicia civil una serie de diferencias normativas, conceptuales y prácticas. Por ejemplo, en términos normativos, la mediación se encuentra regulada por la Ley 19.966 y su reglamento establecido en el Decreto N°47 del Ministerio de Salud, mientras que el sistema de justicia civil está regulado por el Código Civil y el Código de Procedimiento Civil. La diferencia conceptual se haya en torno al entendimiento que cada vía atribuye al conflicto. Mientras que la mediación comprende al conflicto como una falla comunicacional, por lo

que las partes pueden alcanzar una solución a través de la comunicación eficaz y el entendimiento, el sistema de justicia civil asume que las partes no pueden resolver el conflicto por sí mismas y requieren la intervención de un tercero para que determine cuál de ellas tiene la razón.

Dado estas diferencias conceptuales, existen también una serie de diferencias de carácter práctico o empírico que influyen en cómo se aborda la solución del conflicto. Por ejemplo, los requisitos para iniciar o ingresar a cada mecanismo difieren significativamente, por un lado, la mediación en salud sólo requiere completar un formulario que se encuentra disponible en las páginas web del Consejo y la Superintendencia, para ingresar al sistema de justicia civil es necesario contar con patrocinio legal, cuestión no menor cuando se considerando, por ejemplo, la asimetría de información entre el usuario y la oferta de servicios legales (De la Maza, 2004, p. 110 – 111).

Inclusive el abanico de opciones de solución disponibles en cada uno de los caminos es distinto. Como mencionamos, y observaremos con mayor detenimiento, el mecanismo de mediación permite llegar a soluciones que, en principio, no implican el pago de dinero, por ejemplo, el acuerdo podría contener prestaciones asistenciales para reparar el daño causado. Por su parte, la vía judicial se limita al pago de una indemnización. Es importante destacar que estos argumentos irán adquiriendo más fuerza en la medida que las vías sean definidas con mayor precisión. Además, los problemas particulares asociados a cada una de ellas reforzarán en su debido momento que estamos tratando con dos caminos distintos. En último término, es importante aclarar que esta distinción no significa que el avance en una de ellas no conlleve un posible avance en la otra, sino muy por el contrario. Así como obtener asistencia jurídica puede aportar en la mediación, sin duda esta también aportará en un futuro juicio.

Aclarado lo anterior, este trabajo se compone de tres capítulos, el primero de ellos titulado “Negligencia médica, Mediación en salud y Sistema de justicia civil” tiene como objetivo definir estos tres conceptos, y descubrir el estado actual de cada vía que serán sometidas posteriormente a un examen comparativo. Para ello se destina una sección a cada uno de los elementos expresados en el título.

El segundo capítulo también se encuentra dividido en tres secciones, la finalidad de la primera sección es examinar la postura de la doctrina nacional e internacional acerca de la adopción de los métodos alternativos de resolución de conflictos. En la misma línea la segunda sección examina en los mismos términos el mecanismo de mediación. Por último, la tercera sección analiza la relevancia del sistema de justicia civil tanto para la sociedad como para el caso concreto, en todas ellas se realiza un enfoque desde el movimiento de acceso a la justicia.

Finalmente, el tercer capítulo tiene el objetivo de concretizar el análisis comparativo en términos cuantitativos y cualitativos con la información disponible del sector público como representativo del actual sistema de solución de conflictos en daños en salud. Además, se incorporan al análisis propuestas de reformas al sistema de mediación para posteriormente examinar comparativamente ambas vías, pero desde la óptica del acceso a la justicia concluyendo que, si bien la mediación presenta algunos aportes, el sistema de justicia civil es la vía más idónea para resolver este tipo de conflictos.

CAPÍTULO 1.- NEGLIGENCIA MÉDICA, MEDIACIÓN EN SALUD Y SISTEMA DE JUSTICIA CIVIL

“Prácticamente fui a puro hablar, porque ni siquiera me pescaron, porque yo no voy a estar a la misma altura de un abogado y de un cirujano. Es más que obvio que no voy a estar a la altura de ellos. Ellos se van a poder defender mucho más que yo, porque yo no sé mucho. La primera vez que caigo en el hospital y que me pase esto. No sé, yo ni siquiera sabía cómo referirme a ellos del puro nervio. Además, que en ese momento sí estaba afectada, porque no podía hacer nada. Estaba mi hija y no podía hacer nada (Puerto Montt, sin acuerdo, sin juicio).”

“Además, que en ese momento no había dinero como para que fuera a un juicio. No tenía. Además, tenía a mi hija enferma que fue un caso peor porque ese tiempo prácticamente casi se me muere mi hija acá en el Hospital (...) Yo creo que sinceramente me hubiese gustado llegar a juicio, pero no había plata (Puerto Montt, sin acuerdo, sin juicio)” (Consejo de Defensa del Estado, 2022, pp. 60 y 67).

Las palabras recién transcritas corresponden a dos declaraciones realizadas en el marco del estudio del Consejo de Defensa del Estado en el cual se realizaron un total de 15 entrevistas a lo largo del país sobre conflictos de negligencia médica. Lo interesante de ambas declaraciones es que ilustran la complejidad a la que enfrentan las personas en cada vía dispuesta para resolver su conflicto. En este sentido, el presente capítulo tiene como objetivo delinear estos dos caminos que serán sometidos al examen comparativo propuesto para profundizar en el entendimiento de esta complejidad.

Por ello el capítulo se encuentra dividido en tres secciones principales, la primera de ellas aborda que entendemos por “conflicto de mala praxis” y las características propias que le dan origen a estos conflictos. Posteriormente, la segunda sección se describe en profundidad el concepto de “mediación en salud” como la primera vía de solución, tomando en consideración su normativa, funcionamiento y problemas. Finalmente, la última sección se detalla el concepto de “sistema de justicia civil” y el estado actual de los tribunales civiles en el país.

1.1.- CONFLICTO DE MALA PRAXIS MÉDICA

1.1.1.- CONCEPTO CIVIL Y REQUISITOS PARA SU CONCURRENCIA

Comprender el concepto de negligencia médica nos permite reconocer los hechos que dan origen a estos conflictos y, aún más importante, identificar los posibles problemas o dificultades que pueden generarse al momento de su resolución. Ahora bien, antes de establecer una definición es necesario realizar dos aclaraciones. En primer lugar, este trabajo no se enmarca en una perspectiva únicamente civilista, por lo que la definición propuesta no tiene intención de ser exhaustiva, sino más bien suficiente para continuar con el análisis propuesto. En segundo lugar, el universo de casos que se pretende someter a examen está limitado por el ámbito de aplicación de la Ley N°19.966, quedando excluidos casos que aun existiendo una negligencia no deben someterse a una mediación previa y obligatoria.

Tomando en cuenta las prevenciones anteriores se podría definir a los conflictos de mala praxis médica o daños en salud como aquellos conflictos que surgen en el contexto de una prestación asistencial de salud debido a la desviación de *lex artis médica* cuando esta ocurre en el ámbito privado de la salud o por falta de servicio cuando acontece en el ámbito público (Barros, 2006, pp. 657 y 689). Comprender de esta forma este tipo de conflictos, es decir, en términos tan amplios permite integrar al análisis la diversidad de prestaciones y hechos que pueden darse en un contexto de prestación de salud.

De esta definición se derivan dos conceptos importantes para comprender el conflicto y cuestiones que serán tratadas más adelante, a saber; *lex artis médica* y falta de servicio. El primero refiere al estándar de conducta exigido a un profesional de la salud debido a su profesión, considerando las circunstancias en las que éste las ejerce. Al ser reglas de la profesión médica cualquier desviación de dicho estándar podría calificarse como una acción u omisión culposa (Pizarro W., 2017, p. 34). Por otro lado, la falta de servicio es entendida como una omisión en el servicio proporcionado por el Estado administrador, ya sea por no haberse realizado o habiéndose realizado este fue incompleto o tardío (Pizarro W., 2017, p. 162).

Finalmente, al ser este tipo de conflictos una manifestación del sistema general de responsabilidad civil se debe acreditar los mismos elementos para su concurrencia. Ello

significa que en el ámbito extracontractual privado debe probarse la existencia de una acción u omisión culpable que haya causado un daño (Barros, 2006, p. 656). Por ejemplo, en el ámbito público, el prestador causa un daño al no entregar oportunamente la asistencia médica a una persona que ingresa inconsciente. Por su parte, en el ámbito contractual deben probarse la existencia del contrato y la obligación, sumado a los requisitos del régimen extracontractual. Tal como sería el caso de una intervención quirúrgica en la que se haya olvidado extraer del cuerpo del paciente insumos utilizados para el efecto.

1.1.2.- PARTICULARIDADES DEL CONFLICTO DE MALA PRAXIS.

Si bien los conflictos médicos son expresión del sistema de responsabilidad, éstos poseen una serie de características que los distinguen de otros casos de responsabilidad por daños. Estas particularidades tienen, principalmente, su origen en las diferencias existentes entre las partes involucradas, que pueden analizarse desde tres perspectivas distintas; capacidad de información, capacidad económica y capacidad institucional o relacionada. Cabe advertir que, si bien estas características pueden distinguirse en abstracto, en la práctica se encuentran fuertemente relacionadas entre sí.

El concepto de capacidad de información se presenta en dos dimensiones, las cuales poseen su origen al encontrarnos en el ámbito de los servicios profesionales (De la Maza, 2004, pp. 110 – 111). La primera dimensión se refiere a la asimetría de información entre quien realiza el tratamiento o servicio médico y quien lo recibe. Ello significa, el médico, clínica u hospital posee mucho más conocimiento sobre las alternativas de tratamiento, el tratamiento escogido y cómo se llevó a cabo, mientras que el paciente o su familia, en términos generales carecen de toda esta información.

La segunda dimensión refiere a la capacidad de información, esta se relaciona con la posibilidad que posee cada parte para procesar nueva información recibida. En este sentido, los pacientes suelen tener mayores dificultades para comprender la información que les ha sido entregada en cualquier etapa del tratamiento al cual serán o fueron sometidos, incluyendo las posibles consecuencias negativas de someterse o no a dicho tratamiento.

Un ejemplo claro de regulación que ha surgido para abordar esta problemática en el contexto de la relación médico – paciente es la Ley 20.584, comúnmente conocida como la

ley de derechos y deberes del paciente, ya que aborda con mayor profundidad el concepto de consentimiento informado, cuya omisión puede originar responsabilidad médica (Pizarro W., 2017, p. 42). Además, sobre esta ley es interesante destacar el inciso final del artículo 37 el cual dispone: “Asimismo, las personas tendrán derecho a requerir, alternativamente, la iniciación de un procedimiento de mediación, en los términos de la ley N°19.966 y sus normas complementarias.”. Este artículo parece establecer al mecanismo de mediación es opcional para las personas en caso reclamar el cumplimiento de la Ley 20.584 (Escobar, 2019, p. 58). Sin embargo, no queda claro si esta opción o posibilidad de no optar por la mediación es aplicable a todos los casos de incumplimiento o únicamente en aquellos casos en donde no es posible configurar un conflicto de daños en salud.

Por su parte, la disparidad en la capacidad económica alude a la posibilidad que tiene cada una de las partes del conflicto de destinar recursos necesarios para resolver el problema. Aunque podría incluirse en este aspecto quien se encuentra en mejor posición para soportar los efectos negativos del conflicto, ello iría más allá de los objetivos de la responsabilidad civil y se asemejaría más a una cuestión de seguridad social, por lo que no será abordado en este trabajo.

Esta diferencia se acentúa aún más cuando se considera, por un lado, que la parte con menos capacidad económica ha sufrido un daño que puede requerir el uso de recursos para hacer frente al daño inicial o para prevenir daños adicionales como consecuencia de la negligencia. Por otro lado, debemos tener en cuenta la posible presencia del fenómeno de un “*clustering problem*”, el cual puede impedir que la persona destine todos sus recursos al conflicto de mala praxis, puesto que han surgido otros conflictos como consecuencia del primero. Este sería el caso, por ejemplo, de una persona que no puede cumplir un contrato ya que ha sufrido una disminución en sus ingresos a causa de la negligencia médica.

Por último, la capacidad institucional se refiere a la asistencia o apoyo, ya sea jurídica o de otro tipo, que pueden recibir tanto las personas naturales como jurídicas involucradas por parte de las instituciones existentes al momento de presentarse el conflicto. En este aspecto, destacan principalmente tres entidades: el Consejo de Defensa del Estado, la Superintendencia de Salud y la Fundación de Asistencia Legal de Colegio Médico – en adelante, simplemente FALMED -.

La situación del Consejo es bastante singular ya que puede considerarse como integrante de la red de apoyo del prestador público en un posible futuro juicio y parte de la red de apoyo de ambas partes al ser quien realiza la mediación en este sector, hecho que no ha estado libre de cuestionamientos (Gutiérrez, 2008, p. 120; Murden, 2019, p. 77). Esta última posición también la asume la Supersalud, no obstante, de forma menos activa únicamente como agente administración de la mediación. Por último, FALMED que presta asesoría a los prestadores de salud tanto en el ámbito privado como público.

Además de estos agentes con un rol predominante en esta clase de conflictos, es necesario considerar la oferta general de servicios jurídicos a los cuales las personas pueden acudir. Sin embargo, esta debe limitarse en atención a los destinatarios finales, el territorio que abarcan y los servicios específicos que ofrecen (GFK Adimark, 2015, p. 108). Si bien este punto no forma parte del marco de análisis de este trabajo, y como se verá más adelante, a pesar de no estar cubierta la asistencia y defensa jurídica en materias civiles tal como ocurre en el ámbito penal, las Corporaciones de Asistencia Judicial juegan un rol a destacar en cuanto a la consecución de acuerdos en las mediaciones. Indudablemente un examen posterior el cual contenga esta variante será provechoso para confirmar o refutar este trabajo, y aún más importante para el acceso a la justicia.

Finalmente, tal como mencionamos a inicios de esta sección, estas diferencias en la capacidad de información, económica e institucional presentes en el conflicto de mala praxis, si bien pueden ser distinguir conceptualmente, en la práctica se encuentran fuertemente relacionadas. Por ejemplo, la capacidad económica de una parte puede permitirle acceder a información relevante o a una oferta de servicios jurídicos especializada, lo cual podría aumentar o disminuir la desigualdad existente dependiendo de las circunstancias del caso. Ahora bien, la importancia de reconocer cada capacidad y su implicancia radica en que establece parámetros o criterios que posibilitan comprender de mejor forma quienes serán las partes en una posible mediación y/o juicio, y cómo éstas se podrían enfrentar a cada mecanismo (Lagos Ochoa, 2016, p. 6).

1.2.- MEDIACIÓN DE LA LEY 19.966

1.2.1.- SISTEMA GENERAL Y LOS PROBLEMAS QUE PRESENTA

Como es sabido, la mediación en salud fue establecida por la ley AUGE en 2004 como mecanismo previo y obligatorio. Además de este cuerpo legal, el mecanismo está regulado por su respectivo reglamento contenido en el Decreto Supremo N°47 del Ministerio de Salud – en adelante, simplemente “reglamento” -, y se encuentra relacionado con otros cuerpos normativos (Hozven, 2022, p. 26) como la Ley 20.584 ya mencionada.

En este sentido, el artículo 43 de la Ley N° 19.966 y, en los mismos términos, el artículo 1° del reglamento, definen a la mediación en salud centrándose en la solución de la controversia o el conflicto, a diferencia de la que se ha centrado en los intereses de las partes (Caram & Risolía, 1996, como se citó en Lagos Ochoa, 2017, p. 133), como:

“Un procedimiento, no adversarial, que tiene por objeto a que, mediante la comunicación directa de las partes y con la intervención de un mediador, ellas lleguen a una solución extrajudicial de la controversia”.

A continuación, el artículo 49 de la ley Ges estableció como principios rectores; la igualdad, celeridad, voluntariedad, confidencialidad e imparcialidad. Estos cinco principios se encuentran detallados en el artículo 4 del reglamento y se manifiestan de diversas maneras a lo largo de la normativa dando estructura al actual sistema de mediación en salud. Además de estos principios, el artículo 50 agrega el principio de probidad administrativa aplicable a los mediadores exclusivamente del sector público.

La igualdad como principio refiere al deber del mediador consistente en garantizar que las partes se encuentren en igualdad de condiciones para que puedan arribar un acuerdo. Esta obligación se traduce en la utilización de herramientas, como el “*empowerment*” (Lagos Ochoa, 2016, p. 10), para abordar las diferencias en las capacidades entre el reclamante y el prestador reclamado.

El principio de celeridad posee una doble expresión. La primera de ellas, de acuerdo con el reglamento, alude a que los trámites de la mediación deben ser impulsados de oficio por parte del mediador o los funcionarios del órgano respectivo. La segunda expresión está relacionada con el plazo de mediación dispuesto en el artículo 45 de la ley AUGE, el cual

establece un plazo máximo de 60 días corridos a contar desde el tercer día de la primera citación, prorrogable a 120 días previo acuerdo de las partes. En caso de no arribar a un acuerdo en tales plazos, la mediación se dará por fracasada conforme al literal c) del artículo 33 del reglamento y el artículo legal mencionado.

Como tercer principio rector encontramos en principio de voluntariedad, el cual doctrinariamente también puede ser entendido en dos niveles. El primer nivel corresponde a la voluntad de someter el conflicto a mediación, mientras que el segundo nivel es acerca de la posibilidad que tiene el partícipe de retirarse sin justificación en cualquier momento del proceso simplemente expresando su voluntad (Vargas Pavez, 2013, p. 131). Ahora bien, tanto el artículo 47 de la Ley N°19.966 como el artículo 4 del reglamento solo hacen mención al segundo nivel de voluntariedad, ya que el primero se encuentra sustituido por disposición legal.

Con respecto al principio de confidencialidad, tratado en parte en el capítulo introductorio, sólo cabe agregar una cuestión sobre sus límites y su importancia. En cuanto a los límites, según el artículo 51 de la ley Ges, este principio no afecta a los documentos e instrumentos que sean acompañados por las partes durante la mediación. Por otro lado, su importancia radica en que permite que el proceso de mediación pueda desarrollarse correctamente y en la eficacia del acuerdo, ya que recaerá en su decisión de las partes asumir la responsabilidad que deberán cumplir posteriormente (Lagos Ochoa, 2017, p. 135; Tarud, 2013, p. 120).

Por último, el principio de imparcialidad se refiere al comportamiento del mediador, el cual debe tener el carácter de objetivo, esto es, no favorecer o privilegiar a ninguna de las partes. A través de este principio, se busca preservar la confianza de las partes en el mediador para que la mediación se desarrolle de manera adecuada, especialmente teniendo en cuenta el resguardo del principio de igualdad (Lagos Ochoa, 2016, p. 10).

En base a estos cinco principios se da forma al proceso de mediación en salud en ambos sectores, y de esta manera se busca garantizar el éxito del dispositivo. Si bien ni la ley Auge ni el reglamento establecieron etapas o fases para la mediación, ésta puede ser dividida en tres fases; presentación de la solicitud, desarrollo y término de la mediación.

Tal como su nombre lo indica, la primera etapa corresponde a la presentación de la solicitud de mediación ante el Consejo o bien la Superintendencia, según si el prestador corresponde al sector público o privado, respectivamente. Esta solicitud contiene la individualización de ambas partes en conflicto y los hechos que la fundamentan. Además, como en el ámbito privado son las partes quienes nombran al mediador, la solicitud debe contener una propuesta de cinco mediadores de la nómina llevada por la Superintendencia. Una vez ingresada el órgano revisará su admisibilidad que implica verificar si el prestador reclamado corresponde a su ámbito de competencia.

Sobre esta etapa inicial se presenta un primer problema vinculado a la admisibilidad y aplicabilidad de la mediación, ya que conforme con los requisitos dispuesto en el artículo 43 de la ley AUGE, esta no rige para las negligencias ocurridas en los hospitales de Fuerzas Armadas, de Orden, Penitenciarios y el Hospital Clínico de la Universidad de Chile Dr. José Joaquín Aguirre. Es interesante y lamentable la situación de este último prestador, dado que a pesar de la publicación en el Diario Oficial de la Ley 21.621 que lo reconoce como parte integrante del Sistema Nacional de Servicios de Salud, su integración a las redes asistenciales sigue supeditada a los convenios que suscriba con el respectivo Servicio de Salud. Por lo que las negligencias causadas allí deberán cumplir con el trámite de mediación sólo si dicha prestación se dio bajo algún convenio celebrado, en caso contrario el mecanismo no sería obligatorio.

También se ha planteado como problema el hecho de que el examen de admisibilidad se limite únicamente a la competencia del órgano. Esto podría significar que, al estar basados en la percepción del usuario, los prestadores sean sometidos a mediación sin examen mínimo de veracidad sobre los hechos (Candía & Suazo, 2011, p. 302) lo cual genera un desincentivo para comparecer a la mediación. Al respecto, se ha contraargumentado que la mediación permite acceder a información relevante que posibilita comprender que la atención recibida no fue negligencia, y que el resultado negativo se debe a que la ciencia médica aun correctamente empleada no siempre es suficiente, por lo que subir el estándar ocasionaría perder dicha oportunidad. Ahora bien, cabe cuestionarse si se justifica este mecanismo en tales casos, donde no existe negligencia por lo que, en principio, bastaría con la entrega de información y orientación que no fue recibida oportunamente.

Como segunda etapa está el desarrollo de la mediación, que inicia una vez declarada admisible la solicitud y se extiende hasta que acaece alguna de las causales de terminación, periodo en el cual se encuentra suspendida la prescripción de las acciones civiles. En esta fase se identifican cuatro problemas diferentes; la revictimización del reclamante, la confidencialidad, ausencia del personal de salud y el plazo como un obstáculo para arribar a un acuerdo. Dado que el primer y el segundo problema ya fueron tratados, ahora abordaremos la ausencia del personal de salud y el plazo como un impedimento.

El problema de ausencia del personal de salud posee dos facetas. La primera refiere al problema de falta de asistencia del personal médico o involucrado en la controversia, e inclusive la incomparecencia total del prestador. Esto se debe, en primer término, al artículo 46 de la ley Ges, que permite designar a un apoderado para comparecer en la mediación. En este sentido es usual que sean abogados quienes se presentan como representantes de los hospitales, clínicas o aseguradoras (Lagos Ochoa, 2016, pp. 4 y 9). Por ejemplo, FALMED, según la información contenida en su “Memoria 2022” disponible en su página web declara haber actuado como representante en 324 (FALMED, 2022, p. 14) de las cuales sólo 12 llegaron a acuerdo (Consejo de Defensa del Estado, 2022, p. 63).

La segunda causa de esta desaparición dice relación con la falta de incentivos generales y particulares para que los prestadores lleguen a acuerdos, lo que resulta en una falta de interés en participar en la mediación. Para los prestadores de ambos sectores ocurre que no existe lo que la doctrina ha denominado la “sobra de la ley” (Fandiño, 2017, p. 489) ya que el mecanismo se encuentra apartado del Poder Judicial y, como se verá más adelante, las probabilidades de recibir una demanda son realmente bajas.

En el sector público, esto ocurre debido a que el artículo 53 de la ley establece que los montos acordados serán pagados únicamente con los recursos del prestador. Esto genera que directores de servicios de salud y hospitales busquen sujetarse al presupuesto para cumplir su función pública y obtener validación de su gestión (Hozven, 2022, p. 88). Se suma a lo anterior el hecho que cada cambio de autoridades genera inestabilidad en las directrices sobre la mediación (Lagos Ochoa, 2016, p. 5). Para el sector privado la falta de incentivos se da por la contratación de seguros de responsabilidad médica en los cuales se estipula que cubren exclusivamente las indemnizaciones decretadas judicialmente, por lo que se excluyen las

indemnizaciones alcanzadas en la mediación (Hozven, 2022, p. 89; Lagos Ochoa, 2013, p. 100).

Por último, la segunda faceta del problema se vincula con la ausencia de profesionales de salud en el rol de mediadores y/o la falta de conocimientos técnicos sobre el área del conflicto por mediadores de otras profesiones. Esta situación ha sido criticada tanto por la comunidad médica como legal (Candia & Suazo, 2011, p. 302; Lagos Tissie & Bravo, 2020, p. 215; Murden, 2019, p. 81) ya que dificultaría enormemente la labor del mediador y, por tanto, el desarrollo de la mediación.

Un segundo problema presente en la etapa de desarrollo de la mediación ha sido el plazo legal. Según los datos del sector público las mediaciones en promedio poseen una duración mayor a los 60 días legales. Por ejemplo, entre los años 2012 a 2017 el 52% de las mediaciones superaron este plazo (Murden, 2019, pp. 108 – 109), incluso entre 2006 a 2020 el 8,3% de las mediaciones terminaron por la expiración del plazo (Hozven, 2022, p. 40). En este sentido, puesto que la normativa no permite que las partes acuerden la suspensión del plazo de mediación, quedando encasilladas a los 60 o 120 días, lo que podría entorpecer el acuerdo cuando alguna de las partes enfrenta dificultades externas, como alguna enfermedad, que le impiden asistir (Hozven, 2022, p. 73) o asistir adecuadamente, es decir, centrada en la solución del conflicto. Lamentablemente, la Superintendencia no recopila datos con respecto a la duración de la mediación, ahora bien, no parecería extraño suponer que suceda este mismo problema en el ámbito privado de los prestadores de salud, especialmente cuando el prestador reclamado sí se presenta en la mediación.

Según los artículos 46 de la ley AUGE y el artículo 29 del reglamento si una de las partes no comparece en dos ocasiones la mediación se entiende por fracasada, salvo que presente una justificación dentro de los tres días siguientes. Esta circunstancia pone de manifiesto la fragilidad del mecanismo y plantea interrogantes sobre las posibles justificaciones que pueden ser esgrimidas. Sin embargo, el verdadero problema es que conlleva una pérdida en la confianza en el mecanismo y, más grave aún, transmite un mensaje a la persona reclamante que su problema no es relevante, cuestionando en definitiva su dignidad (Hensler, 2002, p. 95; Liebman, 2011, p. 141).

Sobre este punto, el sector privado parece tener un problema más significativo ya que, conforme a la información de la Superintendencia de Salud entre enero del año 2015 a marzo de 2023 el 36% de las mediaciones fueron cerradas porque el prestador decidió no participar o no respondió la solicitud de mediación (Superintendencia, 2023, p. 6). En comparación con el sector público donde sólo el 2,77% de las mediaciones realizadas entre 2006 a 2020 el prestador no se presentó (Hozven, 2022, p. 40). Esto ha causado que las personas que no lleguen a un acuerdo consideran a la mediación como una pérdida de tiempo y un desgaste emocional (Consejo de Defensa del Estado, 2022, p. 54).

Como última circunstancia corresponde al acuerdo entre las partes, en términos cuantitativos es la causal menos recurrente en ambos sectores. A pesar de que algunos autores consideran que las tasas de acuerdo no son bajas (Escobar, 2019, p. 63), esta apreciación estaría errada ya que se basa en un análisis de un periodo acotado y/o se enfoca en un solo sector prestacional. Por ejemplo, y como vimos anteriormente, según Hozven la distribución de acuerdos es la siguiente:

Tabla N°2

Razones de termino mediaciones ante CDE entre los años 2006 – 2020

Motivo	Expiración del plazo	Incomparecencia (reclamante/ prestador)	Decisión de las partes	Desistimiento o incompetencia	Acuerdo	Total
Casos	1.283	428	10.681	138	2.905	15.435
(%)	8,3%	2,77%	69%	0,89%	18,8%	100%

Fuente: (Hozven 2022, pp. 39 – 40)

Esta situación no varía considerando años más recientes del mecanismo según la información disponible del Consejo de Defensa del Estado y la Superintendencia de Salud. Con respecto al sector público durante el año 2022 finalizaron un total de 1.562 mediaciones de las cuales sólo el 19,3 % llegó a un acuerdo (Consejo de Defensa del Estado, 2022, p. 11).

Mientras que, en el sector privado, entre el 1 de enero de 2015 al 31 de diciembre de 2022² únicamente el 10 % alcanzó un acuerdo de algún tipo (Superintendencia, 2022, p. 6)

Tomando en cuenta la cantidad de problemas generales anteriormente examinados la baja tasa de acuerdo no es sorprendente. Adicionalmente deben considerarse los problemas particulares de cada sector que analizaremos en la siguiente sección. Sin embargo, pareciera que los problemas compartidos para ambos sectores son suficientes para colocar en grave cuestionamiento la idoneidad real del mecanismo para solucionar estos conflictos.

1.2.2.- SISTEMAS PARTICULARES Y LOS PROBLEMAS QUE PRESENTAN

La principal diferencia existente entre el sector público y el sector privado del sistema de mediación es el nivel de involucramiento de la institución u órgano del respectivo prestador y, la relacionado con lo anterior, el costo del mecanismo. Mientras que la mediación pública es llevada por el Consejo de forma gratuita, la mediación privada es un procedimiento pagado por ambas partes con el apoyo administrativo de la Superintendencia, en parte a esta diferencia se debe que la cantidad de información cuantitativa y cualitativa sea disímil entre ambos sectores.

Los costos del sector privado refieren a los honorarios del mediador que lleva a cabo la mediación, el problema es que constituyen una barrera económica para acceder al mecanismo y carecen de toda justificación. Si bien podría argumentarse que existe un tope de arancel regulado anualmente por una resolución de la Superintendencia³ la afirmación debe ser matizada considerando la oferta real de mediadores que existe en cada región del país. Además, en aquellas regiones que existe mayor oferta la selección de un mediador se da en un contexto de asimetría de información, ya que el reclamante desconoce cuál de estos es el más idóneo para llevar a cabo su mediación.

Inclusive, la nómina actual de mediadores de la Superintendencia se limita a proporcionar la información sobre los antecedentes académicos, honorarios y profesión de cada

² Lamentablemente los datos informados por la Superintendencia de Salud no se encuentran desagregados por año, por lo que no se cuenta con la cantidad de acuerdos alcanzados en dicho año. Véase (Superintendencia, 2022)

³ Conforme a la última información disponible en la página web de la Superintendencia de Salud el arancel máximo es de \$256.000 pesos correspondiente a las regiones Metropolitana y de la Araucanía, a ello debe sumársele \$76.400 pesos en caso de prórroga a 120 días

mediador, de las cuales existen más de 15 opciones, sin incluir información que pudiera ser beneficiosa para las partes en conflicto, y la competencia en la oferta, como la cantidad de mediaciones y/o el porcentaje de acuerdos en los que ha participado. Al no contar con esta información la elección de los cinco mediadores que deben ser escogidos al momento de presentar la solicitud se torna difícil.

Este funcionamiento se basa en la presuposición legislativa de que aquellos que deciden atenderse en el sector privado poseen los medios económicos suficientes para afrontar estos gastos. Sin embargo, esta suposición está lejos de la realidad chilena, por un lado, Fischer considera que un porcentaje de la población recurre al sector privado como única alternativa debido al precario estado del sector público (2022, p. 340). Ahora bien, es interesante la situación de los Establecimientos Primarios de Salud dependientes de las Corporaciones Municipales, las cuales son entidades de derecho privado por lo que en principio estarían sometidas a este costo. Sin embargo, el Consejo, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema, estima que igualmente dichos casos forman parte de su competencia, dado que forman parte de la red asistencial de salud, cumpliendo una función de carácter público (Hozven, 2022, pp. 50 y 51)⁴.

Por último, este problema se ha intentado superar alegando el “privilegio de pobreza” ante la Superintendencia por la negativa del mediador a llevar a cabo la mediación sin percibir sus honorarios. A pesar de ello, la Contraloría General de la República por medio de su dictamen 023078N14 resolvió que debía considerarse fracasada la mediación cuando una de las partes no estaba dispuesta a incurrir con los gastos. Es interesante señalar que en este caso la persona afirmó que no encontraba en condiciones para pagar, no su disposición al pago de los honorarios del mediador.

La segunda diferencia fundamental entre la mediación en el sector privado y público refiere al nivel de involucramiento que tiene el Consejo y la Superintendencia, y por ende la información disponible al respecto. Como se ha podido observar, el sector público posee mucha más información ya que el CDE tiene un rol activo en el mecanismo. Esta capacidad de recopilación de información ha dado lugar a un estudio realizado por el Centro de Estudios

⁴ Para mayor información véase Resolución Exenta N° 9861 de 2021 del Consejo de Defensa del Estado.

de la Justicia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile que contiene datos cuantitativos y cualitativos fundamentales sobre el periodo 2011 – 2020.

Dentro del apartado cuantitativo del estudio se destaca su información sobre el promedio de duración de las mediaciones, las cual vendría a corroborar la idea de que el plazo legal puede ser un impedimento al acuerdo, ya que el promedio de duración entre 2011 a 2019 fue de 75,72 días, el cual incrementa a 113,5 días considerando hasta 2020, aunque esta cifra podría estar influenciada por la pandemia del COVID – 19 (Consejo de Defensa del Estado, 2022, p. 26). El segundo dato relevante dice relación con el promedio de indemnizaciones acordadas pareciere ir en aumento. Considerando los periodos recién mencionados, los montos promedio alcanzaron los \$ 9.866.712 y \$ 10.418.771 de pesos, respectivamente (Consejo de Defensa del Estado, 2022, p. 42).

Al respecto de los montos indemnizatorios cabe considerar que el artículo 53 de la ley Auge y en conjunto con la Resolución Exenta N° 142 del Ministerio de Salud y Hacienda establecieron un sistema de aprobación del acuerdo según montos máximos a pagar en la mediación con relación al tipo de daño que se reclame. Lo problemático de esta normativa es que podría ocasionar que habiendo acuerdo entre los partícipes después de meses de negociaciones, este acuerdo no sea aprobado. Resultando en una pérdida de recursos para ambas partes, en especial para el reclamante y vulneración de ciertos principios de la mediación (Hozven, 2022, p. 86).

Por otro lado, dentro del apartado cualitativo se destaca la marcada diferencia en la percepción del mecanismo, dependiendo si las personas llegaron o no a algún tipo de acuerdo. Aquellas personas que lograron un acuerdo consideran que la mediación es un proceso rápido y reparador, mientras que aquellos que no lo alcanzaron sienten una sensación de injusticia, y asimetría en las condiciones. Además, se evidencia un desconocimiento sobre el mecanismo, el cual se adquiere muchas veces en la primera sesión de mediación (Consejo de Defensa del Estado, 2022, p. 77), Tomando en cuenta tales conclusiones y las cifras de acuerdo revisadas, se podría afirmar que cerca del 80% de los casos existe una sensación de injusticia en razón a los diversos problemas que hemos tratado.

En relación con lo anterior es interesante destacar la asimetría entre las partes, entendiéndola como la diferencia entre las capacidades que nos referimos a inicios de este

trabajo, dentro de la cual se enmarca la cita inicial de este capítulo, puesto que parece que no se estaría cumpliendo con el principio de igualdad, a pesar de su importancia radical para el funcionamiento de la mediación (Lagos Ochoa, 2017, p. 135). Inclusive, pareciera ser relevante para las personas la figura del abogado cuando está presente por parte de los reclamados. Sobre este punto se debe señalar que según el estudio aquellas personas que concurren con un abogado particular tienen un porcentaje menor de acuerdo, a diferencia de aquellos que concurren con un abogado de la Corporación de Asistencia Judicial o solos (Consejo de Defensa del Estado, 2022, p. 43 – 44). Esta información vendría a romper la creencia o caricatura de que los abogados solo piensan en el juicio (Fandiño, 2017, p. 486) y permitiría afirmar que la formación sobre los ADR es fundamental para llegar a un acuerdo (Briseño et al, 2014, p. 232).

Finalmente, cabe referirnos a qué tipo de acuerdos llegan aquéllos que consideran a la mediación como un procedimiento rápido y reparador. Según Hozven (2022, p. 41 – 42) el 48,7% de los acuerdos entre 2015 a 2020 no consistieron en una indemnización pecuniaria. Sin embargo, si consideramos un criterio de apreciación económica al analizar el contenido de los acuerdos, es decir, cuáles de las reparaciones pueden ser alcanzables por medios económicos, la cifra desciende al 15% correspondiente a la reparación de “explicación y/o disculpas”. Información que puede llegar a cuestionar la veracidad del argumento a favor de la mediación que entiende que estos conflictos son mucho más que una indemnización.

Información de este tipo es primordial para entender el real funcionamiento del mecanismo de mediación en salud. La información actual sigue siendo escasa considerando la cantidad de mediaciones anuales en ambos sectores de salud, cuestión que se intensifica en el sector privado. Contar con mayor información permitirá conocer más acerca de la idoneidad de la mediación, la cual pareciera complejo afirmar. Habiendo analizado la primera vía institucional, la siguiente sección examina la vía institucional restante para aquellas personas que no arribaron a un acuerdo, es decir, el juicio civil o sistema de justicia civil, que como se verá no está libre de graves complicaciones.

1.3.- JUICIO - SISTEMA DE JUSTICIA CIVIL

1.3.1.- EL CONCEPTO DE SISTEMA DE JUSTICIA CIVIL Y SUS PRESUPUESTOS

Establecer una definición del vocablo “juicio” tiene una problemática de ser entendido de diversas perspectivas y, por tanto, confundir al referirse a cuestiones diferentes. En primer lugar, podría esgrimirse un concepto procesalista como el procedimiento adversarial sometido al conocimiento de un tercero imparcial, denominado juez para que este dirima una disputa de relevancia jurídica (Peña, 1997, p. 111) o bien podría referirse únicamente a la decisión misma del tercero sobre el asunto el cual se encuentra contenido en la sentencia (Vial, 2006, p. 720).

Considerando lo anterior, en este trabajo se emplea el concepto de “juicio” como sinónimo a lo que la doctrina ha entendido como sistema de justicia civil, donde esta última se entiende como el conjunto de músculos y ligamentos que permiten que el esqueleto legal funcione (Genn, 2009, p. 4). Además, se considera la noción de justicia civil desde la triple dimensión de la justicia de Zuckerman (1999, p. 3 – 10), a saber; la verdad, proporcionalidad y celeridad de. Esto implica ver al juicio como un componente integral del Estado de Derecho y, al mismo tiempo, como un proceso específico que se desarrolla en los tribunales civiles, es decir, el juicio ordinario de mayor cuantía.

Esta forma de entender o definir el juicio no considera de forma explícita una cuestión fundamental para su funcionamiento, y esto es la figura de la persona o ciudadano que lleva voluntariamente su conflicto jurídico para que sea resuelto por el juez. En este sentido, la víctima o su familia que padecen la negligencia médica es el presupuesto para que el juicio cumpla su función.

Antes de que la persona lleve su conflicto al sistema de justicia civil, es necesario que concurren en él dos elementos. En primer lugar, es necesario que entienda y reconozca que sus derechos fueron afectados y, en segundo lugar, la persona debe contar con el consejo o asesoría legal que le permita conocer los posibles caminos que le permiten avanzar hacia una solución (Castillo, 2006, p. 315). La presencia de estos dos elementos se vuelve más compleja en los conflictos de mala praxis médica, puesto que la persona o familia afectada debe

reconocer que lo sucedido se debió a una negligencia médica o falta de servicio, en vez de un error médico (Pizarro, 2008, p. 541).

Sobre estos temas, afortunadamente, contamos con dos importantes estudios sobre la situación de las personas en relación a sus conflictos jurídicos. El primero de ellos corresponde al estudio realizado por la consulta GFK Adimark Chile el año 2015 denominado “Encuesta nacional de necesidades jurídicas y acceso a la Justicia”. Por otro lado, el segundo corresponde al estudio titulado “Necesidades jurídicas y cursos de acción del ciudadano ante las barreras de acceso a la justicia” del año 2021, realizado por el Centro de Estudios Justicia y Sociedad de la Pontificia Universidad Católica de Chile. La importancia de ambos estudios radica en que uno de los aspectos abordados se relaciona con el ámbito de salud, el cual abarca el respeto a los derechos de los pacientes y justamente las negligencias médicas (GFK Adimark. 2015, p. 50; CJS – UC, 2021, p. 51).

A pesar de las diferencias metodológicas entre ambos estudios, uno de los primeros hallazgos refiere al nivel de presencia de necesidades jurídicas o problemas justiciables en la población, y en concreto los conflictos de salud. Los resultados sobre este punto fueron los siguientes:

Tabla N°3

Presencia de necesidades jurídicas o problemas justiciables – conflictos de salud.

Categoría/Presencia	GFK Adimark 2015	CJS – UC 2021
Presencia total de necesidades jurídicas o problemas justiciables	44,5 % reconoce haber tenido necesidades jurídicas.	76,6 % enfrentó un problema justiciable.
Necesidades Jurídicas o Problemas Justiciables en Salud	8,4 % corresponde a problemas de Salud.	27,7 % corresponde a problemas de Salud

Fuente: Elaboración propia basado en (GFK Adimark, 2015, p. 28; CJS – UC, 2021, p. 52)

Es interesante destacar que en ambos estudios los conflictos de salud se posicionaron dentro de los conflictos con mayor frecuencia. Por un lado, en la encuesta de GFK Adimark

alcanzaron la cuarta posición⁵ (GFK Adimark, 2015, p. 28). Por otro lado, en el estudio realizado por el Centro de Estudios Justicia y Sociedad – UC alcanzó el tercer puesto⁶. Ahora bien, analizadas las necesidades jurídicas o problemas justiciables desde el problema en concreto de las negligencias médicas estas alcanzaron un 3,0 % y 7,4 % de presencia, respectivamente (GFK Adimark, 2015, p. 42; CJS – UC, 2021, p. 58).

Por último, en lo que respecta al consejo o asesoría en el estudio de GFK Adimark se les preguntó a las personas que afirmaron conocer donde solicitarla las respuestas sobre atenciones médicas más recurrentes fueron: FONASA; el Ministerio de Salud y la Superintendencia de Salud, con un 17 %, 9 % y 8 %, respectivamente (GFK Adimark, 2015, p. 107). Lo anterior puede significar que a pesar de que la oferta de orientación legal esté casi asegurada, por medio por ejemplo de las clínicas jurídicas de las universidades o bien de la Corporación de Asistencia Judicial (Castillo, 2006, p. 318), las personas en los hechos no concurren a las instituciones destinadas para estos fines, o bien lo hacen cuando ya han sufrido efectos negativos no deseados de sus actos jurídicos (Castillo, 2006, p. 320).

1.2.2.- ESTADO ACTUAL DE LOS TRIBUNALES CIVILES

La situación de crisis de la justicia civil ha sido una problemática extendida en varios ordenamientos jurídicos, una muestra de ello es el libro de Zuckerman titulado “*Civil Justice in Crisis: Comparative Perspectives of Civil Procedure*” (1999). En la misma línea, en el ámbito nacional existe consenso sobre esta situación crítica y la necesidad de una reforma (Riego & Lillo, 2015, p. 10). Como respuesta a esta necesidad la doctrina ha realizado diversos estudios enfocados en describir el funcionamiento de los tribunales, problemas que presentan y posibles soluciones al efecto. En razón de lo anterior, esta sección tiene como finalidad retratar el escenario de la justicia civil que encontrarán las personas que no han alcanzado un acuerdo y desean recurrir a ella.

Un primer aspecto sobre este panorama se relaciona con el aumento de ingresos de causas civiles que se ha experimentado en el último tiempo. Por ejemplo, entre el año 2000

5 Siendo únicamente superado por las dimensiones de economía y patrimonio con un 8,9 %, vivienda con un 10,3 % y penal con un 15,4 %.

6 Siendo únicamente superado por las dimensiones de Dinero y finanzas con un 30,2 % y Productos y Servicios con un 52,7 %

y 2005, el número de ingresos pasó de 630.000 a 985.000, es decir, lo que presenta un incremento porcentual del 58 % (García & Leturia, 2006, p. 350). Este incremento habría iniciado años antes y se atribuye a cinco factores principales, a saber; el desarrollo y crecimiento económico, conciencia y democratización ciudadana, explosión demográfica, modernización del Estado y aumento del número de abogados en el país (Mery, 2003, como se citó en Riego & Lillo, 2015, p. 29).

Este fenómeno tiene su correlato con el ingreso de demandas de negligencias médicas en el sector público. Según los datos del Consejo de Defensa del Estado se visualiza un incremento en la totalidad de demandas presentadas. No obstante, al analizar la proporción de demandas presentadas en relación al número de solicitudes de mediación, se observa que el porcentaje sigue siendo bajo, dado que desde 2005 hasta 2020, nunca ha superado el 15 % (Consejo de Defensa del Estado, 2022, pp. 32 – 33). Afortunadamente también se cuenta con esta información en el sector privado, según datos de la Superintendencia existe una tendencia al alza en cuanto a las solicitudes de mediación (Superintendencia, 2022, p. 5) Por ejemplo, en 2021 se presentaron un total de 1.188 y en 2022 un total de 1.712.

Respecto a este punto, en la doctrina ha surgido la pregunta ¿Qué tipo de causas están conociendo los tribunales civiles? La respuesta ha sido unánime en todos los estudios: los jueces están conociendo casi en su totalidad cuestiones ejecutivas. Por ejemplo, entre el año 2014 a 2016, el 92 % de los ingresos correspondieron a causas ejecutivas o gestiones preparatorias, mientras que el juicio ordinario, medio por el cual se tramitan las demandas de mala praxis, representó sólo el 6,4 %. Incluso de este porcentaje únicamente el 3% correspondería a demandas indemnizatorias (Lillo, 2020, pp. 125 – 126).

El problema con estas causas ejecutivas es que rara vez presentan una verdadera controversia jurídica, lo cual hace que la instancia jurisdiccional se convierta en una instancia meramente administrativa (Riego & Lillo, 2015, p. 27). Lo anterior sumado a la gran cantidad de ingresos generaría una congestión en la labor jurisdiccional de los tribunales, lo que significa que los jueces dedicarían menos tiempo a conflictos jurídicos para los cuales fueron preparados, como los conflictos indemnizatorios, tal como un caso de mala praxis.

Asimismo, se ha criticado que el juicio parece ser utilizado de forma abusiva, en otras palabras, como forma de presionar a la contraparte para mejorar la posición negociadora del

demandante, en vez de como una vía para resolver un conflicto específico (García & Leturia, 2006, p. 350). Lo cual guarda relación con los sujetos que están utilizando la justicia, que en su gran mayoría corresponderían a personas jurídicas de cobranza masiva (Lillo, 2020, p. 143). Esta problemática, desde una perspectiva económica, se explicaría al entender a la justicia como un bien privado, es decir, por cada litigante existe otro que queda excluido (Correa et al., 2001, p. 122).

Un segundo problema alegado refiere al diseño normativo del sistema civil, el cual se basa en una excesiva escrituración, que incluso aquellas actuaciones que pudiendo ser orales en la práctica también han pasado a ser escritas (Domínguez 2007, como se citó en Riego & Lillo, 2015, p. 20) y en la delegación de funciones. Estas dos características repercuten negativamente en el sistema, puesto que no solo aumentan la duración del juicio, sino que también alejan al juez de cuestiones cruciales del juicio como la prueba, pasando a ser un mero lector de la evidencia (Palomo, 2005, como se citó en Riego & Lillo, 2015, p. 20), pudiendo afectar la confianza en el mecanismo.

La existencia de estos dos problemas ha dado lugar a la cuestión con creces más criticada sobre el funcionamiento del sistema de justicia civil, que es la duración del procedimiento, basado en que aquella justicia que se retarda es justicia que se deniega (Zuckerman, 1999, p. 6). En términos cuantitativos la duración de un juicio de negligencia médica contando desde la interposición de la demanda hasta la sentencia definitiva u otro equivalente entre los años 2011 a 2020 fue de 963,14 días corridos, o sea alrededor de 2 años y 8 meses (Consejo de Defensa del Estado, 2022, p. 33).

Adicionalmente, es interesante destacar dos cuestiones cuantitativas. Por un lado, que pareciere existir un aumento en el promedio de duración del proceso judicial de mala praxis (Consejo de Defensa del Estado, 2022, p. 35). Si bien no se identifica la razón, esta información podría ser indicio de la congestión existente en la justicia ordinaria. Por otro lado, que la forma de término con mayor frecuencia es la aceptación o acogimiento de la demanda, con un 39,87 %, seguido con el rechazo de la demanda con un 26,63 % y por último el abandono del procedimiento con un 19,61 % (Consejo de Defensa del Estado, 2022, p. 36), estos datos son relevantes puesto que permite identificar de qué forma “finaliza” el conflicto.

En esta línea, cuando hablamos sobre la declaración de la existencia de una indemnización surge el interés por el monto indemnizatorio promedio en este tipo de juicios, según el estudio realizado por el Centro de Estudios de la Justicia de la Facultad de derecho de la Universidad de Chile el monto promedio entre 2011 – 2020 fue de \$ 74.575.698 pesos (Consejo de Defensa del Estado, 2022, p. 39), una cifra mayor a lo que ocurre en la mediación. Por ejemplo, el año 2023 el promedio indemnizatorio en los acuerdos fue de \$ 13.336.717 pesos en el sector público (CDE, 2023, p. 13). De todas formas, es importante matizar el monto en la vía judicial dado que el estudio sólo considera los juicios terminados antes de diciembre de 2020, por lo tanto, los años 2019 y 2020 presentan un número bajo de juicio, en concreto 6 y 1 respectivamente, por ello existe la posibilidad de que el promedio varíe.

El último problema que ha sido señalado por la doctrina es el alto costo que representa para una persona afrontar el juicio. En este sentido, si bien la información entregada por Jequier (2016, p. 97), en donde señala que el costo básico para litigar en 2013 sería de \$ 346.000 pesos basado en cifras del Ministerio de Justicia, es valorable y puede considerarse un indicio de esta realidad, sigue siendo insuficiente para identificar los costos reales de un proceso judicial, especialmente en un conflicto de negligencia médica. Por último, es interesante que, a pesar de esta falta de información, existe una percepción negativa hacia el juicio por los altos gastos que conlleva, por ejemplo, la contratación de un abogado o abogada (Correa y Barros, 1993 como se citó en Lillo, 2020, p. 123).

Ser víctima de una negligencia médica no solo implica enfrentar todas las consecuencias negativas que trae consigo, algunas de las cuales pueden ser irreparables, como la pérdida de una vida, sino también conlleva reconocer que las vías institucionales dispuestas para solucionarlas se encuentran plagadas de problemas y obstáculos. Las declaraciones que se encuentran al comienzo de este capítulo reflejan el deseo de encontrar una solución, donde diversos obstáculos han impedido que esta se obtenga.

Hasta este punto hemos resaltado varios aspectos negativos de cada vía. Únicamente a modo de mención hemos revisado; la exclusión de ciertos establecimientos prestacionales de salud, la crítica al bajo examen de admisibilidad, la ausencia del personal de salud tanto

el profesional reclamado como también en rol de los mediadores, la inexistencia de incentivos para el reclamado para llegar a un acuerdo y más. Por otra parte, el escenario del sistema de justicia civil se encuentra congestionado por causas ejecutivas, sumado al formalismo y la delegación de funciones, la duración del proceso complejiza o dificulta el acceso al sistema, duración que trae consigo un aumento de los costos necesarios para llevarlo adelante.

En este sentido, queda pendiente conocer cuáles son los argumentos favorables que pueden ayudarnos a convencer y/o motivar a una persona a recurrir a alguna o ambas vías, y aún más importante qué ha dicho el movimiento del acceso a la justicia sobre éstos. El próximo capítulo tiene como objetivo concretar este pendiente, examinando para ello que han expresado autores nacionales como internacionales en esta perspectiva. Finalmente, ilustrar como tales argumentos se adecuan a la realidad de la mediación en salud y el sistema de justicia civil.

CAPÍTULO 2.- EL ACCESO A LA JUSTICIA A TRAVÉS DE LOS ADR Y LOS TRIBUNALES CIVILES.

“*Los extremos se tocan*” (Soubllette, 2009, p. 148).

El refrán o la sabiduría popular, expresada en breves oraciones, aunque se han gestado en contextos sumamente diferentes al actual, siguen siendo una fuente de conocimiento o sentencias para los lectores y la sociedad. En este sentido, la realidad jurídica también ha formado parte de esta cultura. Por ejemplo, el refrán “*andar con el 131*”, cuyo significado era estar ebrio, tuvo su origen en la antigua ley de alcoholes de 1902 que sancionaba transitar por la vía pública en dicho estado.

Además de ser la base de algunos dichos populares, la realidad jurídica chilena también puede ser objetivo de este tipo de conocimientos. Muestra de ello podría ser el refrán “*los extremos se tocan*”, el cual sugiere que ningún estado de equilibrio es permanente, es decir, lo que inicialmente era justo puede transformarse en su opuesto (Soubllette, 2009, p. 149). Una cuestión similar puede ocurrir con los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, ya que bien utilizados pueden ser una gran herramienta para la justicia, pero forzar o torcer su uso puede traer consigo graves consecuencias, como transformarse en barreras de acceso a la justicia o funcionar como una justicia de “segunda clase”.

Por lo tanto, el propósito del presente capítulo es examinar estos mecanismos alternativos o más conocidos por sus siglas en inglés “ADR” (*Alternativa Dispute Resolution*), centrándose especialmente en el mecanismo de mediación, y posteriormente en el sistema de justicia civil, desde la óptica del movimiento del acceso a la justicia, teniendo en consideración aspectos abstractos y prácticos, con el fin de demostrar que los mecanismos alternativos para los conflictos de negligencia médica se han torcido en inidóneos.

Para ello, primero se abordarán los argumentos presentados por la doctrina nacional e internacional sobre los beneficios y desventajas de los ADR. Luego, en la segunda sección se examinarán los fundamentos específicos de la mediación y, finalmente en la tercera sección se explorará en los mismos términos el juicio, como sinónimo de justicia civil, en

donde se demostrará que el juicio no presenta problemas significativos de idoneidad para resolver estos conflictos.

2.1.- LOS ADR UNA PANACEA Y UNA ANATEMA.

Examinar los mecanismos alternativos de resolución de conflictos o ADR requiere, en primer lugar, esclarecer a qué métodos alternativos nos referimos al emplear tales conceptos, puesto que han sido referidos de diversas maneras para aludir a un variado abanico de mecanismos. Así, por ejemplo, Genn (2009, pp. 80 – 81) los clasifica como aquellos mecanismos que no requieren, en principio, intervención del sistema jurídico. Por otro lado, Peña (1997, p. 112) desde un punto de vista más sociológico, amplía el rango de análisis incluyendo mecanismos como la violencia, el mercado, entre otros. Inclusive recientemente se ha criticado el aspecto “alternativo” debiendo ser sustituido por “adecuado” considerando que los sistemas son complementarios con el sistema judicial y no excluyentes (Lagos Ochoa, 2022, p. 542).

Considerando la problemática anterior, el análisis propuesto se enfoca en examinar, por un lado, solo aquellos ADR que poseen una estructura identificable. Esto significa no sólo reconocer la concepción clásica de mediación, conciliación y arbitraje, sino que también otros mecanismos que, sin ser ampliamente reconocidos, poseen un grado de organización u orden. Lo anterior conlleva a excluir de la ecuación aquellas alternativas más sociales con el carácter de informales, como la violencia. Por otro lado, se limita a examinar únicamente aquellos argumentos generales aplicables a la totalidad o mayoría de métodos en cuestión esgrimidos en comparación al sistema tradicional de justicia.

El valor de este enfoque, que puede considerarse amplio, radica en el hecho de que posibilita incorporar mecanismos clásicos y modernos de resolución de conflictos, sin requerir un reconocimiento institucional, pero sólo en la medida que las reflexiones sobre los mismos signifiquen un aporte al debate general sobre los ADR como alternativas al sistema judicial. Dicho de otra forma, esta perspectiva permite focalizarse en la argumentación planteada por la doctrina más que en el objeto de dicha argumentación.

En un sentido metafórico, basándonos en parte en la figura de “*The Dispute Tree*” (Albiston et al., 2014, p. 108), es posible afirmar que la argumentación sobre los ADR puede

ser entendida como un árbol compuesto por dos ramas principales, que a su vez se han diversificado en discusiones más específicas. A grandes rasgos, la primera rama corresponde a la más antigua o clásica, y consiste en un fundamento de eficiencia, esto significa, que el empleo de estos métodos reduciría los costos y el tiempo necesario para la resolución del conflicto. La segunda rama se basa, por su parte, se basa en un razonamiento de mejorar la calidad de la decisión, en comparación con la sentencia judicial, donde cada ramificación correspondería un mecanismo concreto. Utilizando la triple dimensión de justicia de Zuckerman (1999), se podría establecer una analogía entre la primera rama y las dimensiones de costos y tiempo, mientras que la segunda rama tendría en algún sentido más relación con la dimensión de rectitud.

Siguiendo con esta metáfora, la primera rama se encontraba a comienzo sustentada en el supuesto que la utilización de los ADR traía consigo el efecto positivo de alivianar la carga de trabajo de los tribunales, por lo que significaría una mejora en el funcionamiento de la vía judicial. Este razonamiento de descongestión se encuentra en la historia de gran parte de la política de establecimiento de estos mecanismos en el ámbito nacional (Vargas Pavez, 2008, p. 197), regional e internacional (Lillo Lobos et al., 2014, p. 20; Nolan – Haley, 2018, p. 374).

Ahora bien, a esta argumentación debemos agregar tres consideraciones que, en definitiva, complejizan dicho efecto positivo. La primera consideración dice relación con el diseño de estos mecanismos, dado que, si se establecen como una etapa alternativa o previa, como ocurre en la mediación de salud, no impide que los conflictos lleguen a los tribunales, por lo que su efecto de descongestión resulta al fin de cuentas reducido o nulo. La segunda se relaciona con la comprobación de dicho efecto, puesto que para verificarlo debe realizarse un examen contrafactual de dos escenarios sobre el funcionamiento de los tribunales, uno sin los ADR y otro con ellos. Análisis que requiere información sobre el estado de la demanda y oferta jurídica, en ambos escenarios, y que no se ha realizado reduciéndolo a una mera contingencia.

La última consideración que agregar a esta argumentación es la realidad que se vive en el sistema de justicia civil, ámbito en donde la mediación de la Ley 19.966 vendría a disminuir la carga de trabajo de los tribunales. Cómo lo mencionamos en el capítulo anterior,

los tribunales se encuentran atochados de conflictos, pero no de conflictos de mala praxis médica, sino de causas ejecutivas o de preparación de la vía ejecutiva. Si bien en términos de complejidad jurídica los primeros sobrepasan a estos últimos, la cantidad de los segundos es de tal entidad que la descongestión se relativiza a tal punto que parece improbable que exista un efecto positivo generalizado para la justicia.

Una segunda ramificación de esta rama principal se sustenta en el argumento, extendido en casi la totalidad de la literatura sobre ADR, que en términos comparativos estos mecanismos conllevan menores costos económicos y emocionales, y también menor duración que el mecanismo judicial (Genn, 2009, p. 82; Vargas, 2001, p. 2). Esta ventaja comparativa tendría su origen en el hecho de que los métodos alternativos presentan un grado mayor de informalidad y flexibilidad lo cual disminuye o elimina costos que son obligatorios en juicio. Por ejemplo, la necesidad de contar con un o una abogada que represente legalmente a cada parte.

Esta ventaja comparativa implicaría un aporte en dos facetas del acceso a la justicia. Por un lado, y siguiendo las dimensiones de Zuckerman, habría mayor justicia ya que la resolución del conflicto tendría más posibilidades de llegar a tiempo y los costos para alcanzarla no serían tales para que pierda su sentido. Ambas dimensiones aplicadas a los conflictos de negligencia médica resultan especialmente importantes, dado que el daño inicial puede degenerar en daño adicional, por lo que una solución oportuna podría evitar o disminuir esta consecuencia negativa. A su vez los costos de la vía no pueden tener la entidad que transformen la solución en un absurdo, es decir, que los costos de la vía sean mayores que el resultado que se obtiene o pretende obtener.

Un segundo aporte de los ADR en relación con el acceso a la justicia estaría relacionado con el concepto de acceso, en el entendido de que poseen la aptitud de superar las barreras u obstáculos que excluyen o desalientan a ciertos grupos de la justicia. En tal sentido los gastos económicos y temporales para la solución se alzan como barreras objetivas (Macdonald, 2010, p. 511). Sin embargo, ambas facetas de esta ramificación deben ser evaluadas a la luz de las circunstancias concretas del diseño del mecanismo y el sistema tradicional de justicia, ya que, si el mecanismo por diseño o en la práctica acarrea un costo

adicional y/o retrasa la resolución, la superación de la barrera sería menor o en el peor de los escenarios elevaría aún más dicha barrera.

Al momento de observar estas contribuciones desde el diseño y la realidad de la mediación en salud, hay que diferenciar entre el sector público y privado. Para el sector público, su presencia es más clara en cuanto al costo, pues por su diseño no trae aparejado ningún gasto adicional para la víctima. Sin embargo, puede configurarse como una dilación de la resolución cuando habiendo llegado a acuerdo este no sea aprobado por el Consejo o el Ministerio de Hacienda, o bien cuando se entienda por fracasada la mediación por haber alcanzado el plazo legal máximo. Inclusive podría agregarse aquellos casos donde el representante del prestador de salud recibe la directriz de no llegar a acuerdo. Estas situaciones implicarían de ser una instancia de resolución, la mediación se transforme en una pérdida de tiempo, especialmente para la parte reclamante.

La cuestión para el sector privado es mucho más problemática, pues si bien por su regulación el acuerdo no requiere aprobación, conserva los otros dos escenarios complejos mencionados y, peor aún, utilizar el mecanismo significa un coste adicional para el futuro demandante. Lo anterior conlleva, por un lado, excluir a un grupo de personas de la mediación y, por tanto, crear una barrera objetiva que, como vimos en el capítulo anterior, no puede ser superada ni por el “privilegio de pobreza”. Sobre este punto la literatura sobre ADR no ha respondido la justificación del cobro, si supuestamente es el más mecanismo idóneo no debiera discriminar y limitar el acceso a la justicia (Murden, 2019, p. 73). Por otro lado, el cobro conlleva un incremento en los costes totales de resolución para aquellas personas que, habiendo recurrido a la mediación sin resultados, acuden al juicio, profundizando las barreras económicas existentes.

Sobre este aspecto es interesante volver a considerar la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2.042 – 2011, a la cual nos referimos en el capítulo introductorio, ya que justamente dicho caso se trató de buscar la inaplicabilidad de la mediación en un caso de negligencia médica en el sector privado, sin embargo, ni la argumentación del requirente ni en los considerandos del voto de mayoritario y minoritario se hace mención del costo que conlleva la mediación en este ámbito de los conflictos de salud.

En una primera lectura, la decisión del Tribunal Constitucional de rechazar el requerimiento podría ser considerada como fortalecedora del rol de los ADR como medios aptos para alcanzar la justicia (Vargas Pavez, 2013, p. 313). No obstante, una lectura más minuciosa del voto de mayoría muestra que la argumentación debilita la posición de estos mecanismos. Esto se debe a que el rechazo se centra en el hecho de que el trámite de mediación suspende la prescripción de la acción y, por tanto, deja intacta la vía judicial sin aludir a los obstáculos posibles de esta vía alternativa. Inclusive el considerando decimocuarto reproduce la intención del legislador de proteger a la parte más débil de la relación médico paciente, sin describir el modo en que se protege, pasando por alto una de las críticas más antiguas a los ADR sobre los problemas generados por el desequilibrio entre las partes (Fiss, 2007, pp. 131 – 132), cuestión existente en los conflictos de negligencia médica.

Lo anterior no significa que la sentencia del Tribunal Constitucional carezca de argumentación. Sino que simplemente existe una serie de consideraciones o elementos que el tribunal no incluye en la discusión constitucional del artículo 43 de la Ley 19.966, por ejemplo, el costo asociado del mecanismo en el sector privado. Ahora bien, no es claro que dado su rol institucional el tribunal deba incluir dentro de su razonamiento, y por tanto en la sentencia, la existencia de estos obstáculos o problemáticas sobre la normativa que se somete a su jurisdicción.

El razonamiento de la primera rama, la cual forma parte de la interpretación del Tribunal Constitucional, de alguna forma siempre centrada en el sistema de justicia tradicional posee una razón histórica. Como explica Genn (2009, p. 115), y en sentido similar Andrews (2012, p. 254), el movimiento sobre los ADR comienza a desarrollarse de forma paralela a la literatura que busca evidenciar los problemas de la justicia civil, que posteriormente se transformaría en la doctrina relacionada con el concepto de “crisis” del sistema de justicia civil. Por ello, en un principio los argumentos de los promotores de estos mecanismos se orientaban a responder y dar solución a esta crisis de acceso que vive el mundo del sistema civil de justicia.

Con el transcurso del tiempo los promotores de los ADR fueron incorporando a la argumentación aspectos positivos enfocados en el tipo de decisión de estos mecanismos, en

consecuencia, abandonando de alguna manera la fuerte referencia al sistema judicial, enfocándose en los beneficios intrínsecos de cada mecanismo. Este tipo de reflexiones daría origen a lo que en este trabajo identificamos como la segunda rama principal de nuestro árbol de ADR, aquella nutrida por la calidad (Correa et al. 2001, p. 124) o rectitud de la solución alcanzada por estas vías.

Así, por ejemplo, una ramificación fue el arbitraje que, permite que aquel que resuelve el asunto posea conocimientos especializados sobre el conflicto, que podrían inyectar calidad o rectitud a la resolución de este y, por tanto, hacerla más justa para las partes. En el mismo sentido los “*mini – trials*” posibilitan acercar la valiosa opinión de un tercero a las partes en conflicto y afrontar los aspectos débiles de su caso, si bien la decisión no es vinculante, aun así, es un aporte a la solución del conflicto (Edwards, 1986, p. 673). Sin embargo, cabe tener en cuenta que ambos ejemplos son aplicables sólo en casos donde las partes posean la capacidad para permitirse tales mecanismos.

Esta corriente de pensamiento, compuesta con mayor predominancia de la segunda rama principal, desde el movimiento de acceso a la justicia se le denominó como la “tercera ola” (Macdonald, 2010, p. 506) donde la premisa fundante es que en algunos conflictos la solución tradicional o judicial era inadecuada, por lo que debía resolverse la pregunta de cuáles eran las mejores instituciones para tales conflictos (Cappelletti, 1993, pp. 287 – 288). La respuesta dependerá de las características propias del Estado, ya que se deben considerar las necesidades jurídicas y la cultura de resolución de conflictos al momento de decidir el tipo de conflictos y la vía de resolverlo (Fandiño, 2017, pp. 481 – 483). Por ejemplo, la supuesta relación entre género y consecución de acuerdos (Urrutia, 2024, p. 112).

No resolver estas interrogantes o resolverlas incorrectamente implica que aquellos conflictos y mecanismos selectos, en principio, como idóneos en la práctica se transformen en una anatema para el sistema. En este sentido, el nuevo camino para el conflicto se convierte en un desvío del camino adecuado, significando para quienes lo recorren una ilusión de resolución (Fischer, 2022, p. 341) y un aumento de costes económicos, temporales y emocionales. El tipo de respuesta variará según el conflicto y la institución propuesta. Con relación a lo anterior, en la siguiente sección nos centramos en los argumentos propios de la mediación relacionados con el acceso a la justicia.

2.2.- LA MEDIACIÓN DESDE LA LITERATURA DEL ACCESO A LA JUSTICIA Y SU ADECUACIÓN A LA REALIDAD CHILENA.

La conexión entre la mediación y el acceso a la justicia corresponde a una de las ramificaciones de la segunda rama principal en nuestra metáfora del árbol de los ADR. Rama que está conformada, por un lado, por los argumentos que responden a las preguntas fundamentales de la sección anterior y, por otro lado, por las espinas o posibles dificultades de quien desea aferrarse a ella para resolver su conflicto. Si este segundo elemento tiene mayor presencia que el primero la rama se encontrará lo suficientemente torcida o espinosa impidiendo sostenerse en ella, y en definitiva alejando la justicia.

En Chile la respuesta se manifestó en un sistema de mediación fraccionado dispuesto en distintos cuerpos normativos relativos al conflicto específico (Lagos Ochoa, 2017, p. 118). Una cuestión interesante de esta incorporación paulatina del mecanismo es que el razonamiento ha variado, en algún sentido, entre las regulaciones. Por ejemplo, a diferencia de la Ley 19.968 que estableció la mediación para conflictos de familia el mensaje no hizo referencia a los argumentos de eficiencia y descongestión, correspondientes a la primera rama (Vargas Pavez, 2008, p. 188), mientras que la ley Auge se basó principalmente en estas consideraciones, olvidando en gran medida el razonamiento de la segunda rama, primordial para asegurar la idoneidad.

Otra diferencia interesante entre la mediación familiar y la mediación en salud es el conocimiento empírico recabado para sus establecimientos. En un inicio, dada la escasa información sobre el mecanismo para los conflictos de familia se desarrolló un plan piloto para identificar los posibles resultados (Vargas Pavez, 2008, p. 188), cuestión que no ocurrió en los conflictos de negligencia médica donde, además de suponer información, se homologaron las conclusiones de la Ley 19.968.

Ahora bien, tanto estas carencias, como la poca referencia al desarrollo de la segunda rama de nuestro árbol y la información empírica fueron siendo integradas por la literatura sobre la mediación y por diversos estudios sobre oferta y demanda jurídica. Dado que en el capítulo anterior nos hicimos cargo de esta última información, toca ahora referirnos a los argumentos o nutrientes dispuestos por la literatura especializada en mediación y examinar como estos se adecuan a la realidad jurídica chilena.

El primer argumento dice relación con la forma de comprender los conflictos. Para la literatura sobre los mecanismos colaborativos, como la mediación, estos pueden ser meras fallas comunicacionales entre las partes (Edwards, 1986, p. 123). En este sentido se busca crear una instancia de confianza en donde las partes cooperen para alcanzar una solución a través de la comunicación directa entre ellas (Lagos Ochoa, 2017, p. 130). Esto significa que los intereses de las partes no son contrapuestos o excluyentes, sino que existe una tercera opción que puede ser alcanzada por la mediación.

Esta forma de entender las disputas se sustenta en otra metáfora, denominada “iceberg del conflicto” (Barría G., 2005, p. 115), donde la parte visible del témpano refiere a intereses negociables como el monto de una indemnización, y la parte oculta refiere a cuestiones innegociables como ser tratado dignamente como paciente. El valor de la mediación radicaría en descubrir la faz escondida de las necesidades de las partes para arribar a una resolución más justa o adecuada para el caso en concreto.

La aplicación de esta argumentación en la Ley 19.966 se basaría en aquellos casos donde no existe una negligencia médica, sino una falta de información por parte de la víctima o la familia de esta sobre los hechos ocurridos. Retomando la información del capítulo anterior, en principio, este escenario correspondería al 15 % de los acuerdos en el sector público. Aunque es posible que la cifra sea aún menor considerando que el dato se encuentra compuesto por acuerdos que contengan disculpas y/o explicaciones, debiendo excluir los casos del último tipo.

Un segundo argumento acerca de la idoneidad de la mediación, íntimamente conectado con el anterior, es que está orientada a aquellos conflictos en que las partes están obligadas, de alguna manera, o la sociedad desea que se conserve su relación. Este efecto sería consecuencia, por una parte, de la mejora en la comunicación entre los involucrados y, por el otro, por haber descubierto y optado por la “tercera opción” que puede ser categorizada como una solución ganadora para ambos lados de la relación (Vargas, 2001, p. 5). Observado desde la perspectiva económica, se podría afirmar que esta opción se acerca más al óptimo de Pareto, ya que no mejora la situación de una parte en perjuicio de la otra (Correa et al., 2001, p. 16).

En un sentido similar, dado que la relación debe perdurar, una adecuada solución es aquella que permita esta conexión y evita, o por lo menos mitigue, conflictos futuros, que inclusive pueden tener una entidad mayor que el original (Vargas, 2001, p. 2). La capacidad de acallar dependerá de qué tan enraizado esté el acuerdo en los intereses reales de cada una de las partes y de ello su percepción de haber alcanzado la justicia.

Como segundo efecto positivo de recurrir a la mediación es que puede transformarse en una instancia de aprendizaje para las partes de cómo resolver los conflictos posteriores en los que se vean envueltas (Barria G., 2005, p. 107; Lagos Ochoa, 2017, p. 140). Por ello la mediación podría ser vista como un espacio de “*empowerment*” de la parte más débil de la relación y, por tanto, mejorar su capacidad legal (Cofré, 2022, pp. 238 – 239). Lo anterior dependerá en gran medida del tiempo que el mediador dedique al conflicto y en especial el que se destine para orientar y empoderar a la parte más “débil”.

Por último, esta argumentación de la rama de mediación de nuestro árbol de ADR también se basa en que este mecanismo son las partes las protagonistas. Dicho de otro modo, son las personas en conflicto quienes deben resolver a fin de cuentas el problema con la ayuda del mediador (Lagos Ochoa, 2013, p. 104; Vargas Pavez, 2008, p. 191) ya que sólo ellas conocen sus verdaderos intereses y la solución que consideran más justa (Bernal S., 2007, p. 11).

En suma, la argumentación a favor de la mediación se comprende en primer lugar por una comprensión de los conflictos como fallas de comunicación, cuestión que se apoya en la metáfora del “iceberg del conflicto”. En segundo lugar, la obligación o deseo de la sociedad a que la relación en conflicto sea conservada, efecto que se alcanzaría a través de la mejora en la comunicación y alcanzar la “tercera opción”. Finalmente, por el efecto positivo de que las partes son las protagonistas de la solución, y por tanto la solución alcanzada será la que consideran más justa.

Si bien este razonamiento sobre la mediación como herramienta útil para el movimiento de acceso a la justicia puede llegar a ser correcta, antes de afirmar su idoneidad es necesario examinar si estos argumentos se encuentran presentes en la realidad de la Ley 19.966, y en caso de ser así, cómo se desarrollan día a día. En otras palabras, es necesario cuestionarse si es efectivo que los intereses de las partes no son contrapuestos, si existe

realmente una “tercera opción” que puede ser alcanzada en la mediación. Será a partir de este examen, el cual realizamos a continuación, que se podrá determinar si la regulación vigente y la práctica en torno al mecanismo son verdaderamente idóneos para acceder a la justicia en conflictos de mala praxis médica.

En lo que respecta al primer argumento, el cual plantea que los intereses de las partes no son necesariamente contrapuestos y que los conflictos son en realidad fallas comunicacionales, parecer carecer de sustento, al menos en la mayoría de los casos, al examinar la realidad de la mediación en el ámbito de salud. En lo que respecta a los intereses, es evidenciable en las declaraciones de las 15 personas entrevistadas en el estudio “Efectos desjudicializadores de la mediación en salud 2011 – 2020” donde las víctimas buscan el reconocimiento del error y la reparación de éste (Consejo de Defensa del Estado, 2022, pp. 50 – 52).

Mientras que para los prestadores de salud no existe interés en soportar o ser responsables de los daños que ha sufrido la víctima o su familia, dado que no conlleva ningún beneficio llegar a un acuerdo para el hospital, clínica o médico/a tratante. Para este lado del conflicto, el arribar un acuerdo puede significar que el monto a indemnizar estipulado no sea cubierto por el seguro de responsabilidad civil contratado. Además, que para el sector público conlleva una reducción de su presupuesto y la obligación de realizar un sumario administrativo al funcionario cuestionado conforme al artículo 53 de la ley Ges.

Aunque es posible contraargumentar que la indemnización no es la única vía de solución, dado que podría acordarse de que el mismo prestador reclamado asuma los daños, pero mediante la realización de una nueva prestación enfocada en reparar y evitar daños futuros. Esta visión correspondería a la “tercera opción” y se basaría, como explica Barria en el dilema del prisionero de la teoría de juegos (2005, pp. 164 – 166). Aplicando este dilema al conflicto de responsabilidad médica la matriz de opciones quedaría reducida a dos escenarios porque la víctima “ya confesó” la existencia de los daños, dejando en manos del prestador la solución de conflicto.

Otra modificación necesaria es la referencia al “castigo” que enfrentarán ambas partes de la relación en caso de presencia o ausencia de cooperación. Utilizando una perspectiva común entre los defensores de los ADR (Genn, 2009, p. 25), este correspondería al ingreso

al sistema de justicia civil y/o una sentencia favorable, dependiendo del caso. Así la representación gráfica de estas alternativas en el dilema del prisionero quedaría de la siguiente manera:

Tabla N° 4

Dilema del prisionero en conflictos de responsabilidad civil médica.

	Prestador de salud coopera	Prestador de salud no coopera
Paciente coopera	<p>Si el acuerdo es una indemnización:</p> <ul style="list-style-type: none"> - El prestador se libera de un “castigo” judicial superior. - La paciente se libera del “castigo” judicial. <p>Si el acuerdo es una nueva prestación.</p> <ul style="list-style-type: none"> - El prestador reduce el coste de asumir los daños. - El paciente obtiene una “reparación” 	<p>En caso de no existir juicio:</p> <ul style="list-style-type: none"> - El prestador se libera de cualquier tipo de “castigo”. - El paciente o la familia soporta todo el daño. <p>En caso de existir juicio:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Existe la posibilidad de que el prestador sea “castigado” judicialmente. - Existe la posibilidad de que el paciente obtenga una “reparación”.

Fuente: Elaboración propia basado en el dilema del prisionero dispuesto en (Barría G., 2005.)

Esta tabla evidencia la inaplicabilidad del dilema del prisionero para la totalidad o gran mayoría de los conflictos de mala praxis médica, puesto que para el prestador no le es conveniente cooperar en la solución. A esto se debe agregar la inexistencia de una sanción para el reclamado por su carente disposición al acuerdo. Los únicos casos en donde podría tener una aplicación son en aquellos casos donde la negligencia es grosera, como por ejemplo el hecho de realizar una intervención quirúrgica en otra parte del cuerpo del paciente. Aunque en tales casos, puede que sea provechoso para la víctima acudir al juicio para obtener una indemnización mayor. Además, en cualquier caso, siempre está abierta la puerta de una

negociación directa entre las partes, por lo que la mediación en sí no presenta ningún atractivo.

El segundo componente del primer argumento alude a la mejora en la comunicación entre las partes, sin embargo, también parece tener complicaciones en el ámbito de salud. Como vimos, existe una fuerte asimetría en diferentes aspectos entre las partes, donde la diferencia en su capacidad de información dificulta la comunicación entre ambos, en tales casos el rol del mediador es fundamental para superar esta situación (Barría G., 2005, p. 138). Sin embargo, a pesar de la presencia del mediador en la mesa de mediación en la práctica el conocimiento técnico o médico sigue estando encapsulado exclusivamente en una parte, que justamente es la que no tiene incentivos para cooperar o hablar, que inclusive existe la posibilidad que ni se presente a la mediación.

Lo anterior conlleva por un lado que este tercero facilitador se encuentre casi al mismo nivel que la persona afectada en lo que respecta al conocimiento crucial para entender lo sucedido y poder llegar a un acuerdo. Además, se genera la problemática evidenciada en el capítulo anterior para los profesionales de salud, donde al no contar con conocimientos de la *lex artis* médica se dificulta la comunicación entre mediador y los profesionales de la salud.

Por otro lado, el segundo argumento de la idoneidad de la mediación sobre las relaciones que las partes deben o la sociedad desea mantener en los conflictos de responsabilidad civil médica es contingente. En la mediación se busca mantener la relación entre la persona afectada o su familia y el prestador de salud en concreto. En este sentido, se busca que los primeros puedan seguir acudiendo en el futuro al segundo cuando les sea necesario. Con ello se persigue que la salud de la persona afectada no empeore por no acudir oportunamente al proveedor anteriormente reclamado.

Ahora bien, este efecto de recuperación de confianza se daría únicamente en aquellos casos donde el reclamante o su familia pueda acceder o acudir a un único prestador, ya sea por razones económicas, geográficas u de otra índole. Puesto que en caso de existir otras opciones el escenario perjudicial para la salud de las personas no tendría cabida, aunque habría que examinar la propensión de las personas a cambiar el centro de salud al cual acuden, lo cual se vería incrementado en la medida que la persona tenga un mayor abanico de prestadores accesibles. Desafortunadamente, en la doctrina sobre mediación en salud no se

ha llevado a cabo este tipo de estudio, por lo que el perjuicio o castigo se convierte en una cuestión eventual y no en una certeza.

Relacionado con lo anterior, y con el resto de la argumentación entre mediación y acceso a la justicia, se complejiza la concretización de estas idoneidades dado que la relación que se ve dañada es entre el médico tratante y el paciente y/o sus familiares, esto se puede corroborar en las declaraciones de las personas cuando mencionan su interés en que se reciba una sanción por parte del personal de salud o agente directo del daño (Consejo de Defensa del Estado, 2022, p. 51), mientras que el reclamo planteado es dirigido en casi la totalidad de los casos a las personas jurídicas, como las clínicas u hospitales, alterando la lógica de la mediación. Dicho de otra forma, los integrantes de la mesa de mediación no son necesariamente las partes que tuvieron una relación anterior o tendrán una relación futura. Inclusive debemos tener en cuenta que el sector público el acuerdo que supere un nivel de indemnización deber ser aprobado por terceros no partícipes de la mediación. En estos casos la “justicia” o resolución del conflicto les quita protagonismo a las partes.

Como último aspecto a cuestionarse sobre este análisis es, por un lado, la posibilidad que posee la mediación para evitar conflictos futuros y, por el otro, el aprendizaje que conlleva para las partes. Sobre el primer punto se debe recordar la baja cantidad de acuerdos alcanzados por este mecanismo y el hecho de que la relación médico - paciente en parte importante de los casos el carácter de esporádica o intermitente. En esta línea, el efecto de evitar los problemas futuros se reservaría a aquellos casos donde existió acuerdo y se mantendrá una relación, como sería el caso de una enfermedad crónica y con un único proveedor accesible. Asimismo, cabe preguntarse si en estos últimos casos la relación que se busca preservar es la del médico tratante con el paciente o la persona jurídica donde ocurrió la negligencia, dependerá de tal respuesta y las personas que participen en la mediación si es idónea o no.

Por otra parte, es posible que el efecto de aprendizaje tenga mayor asidero en la realidad chilena, ya que, si bien puede que las partes no lleguen a un acuerdo o solución, por lo menos la víctima o su familia tiene conocimiento de la existencia de la mediación en estos conflictos. A su vez, los prestadores pueden comenzar a reconocer las áreas dentro de su funcionamiento con mayores tasas de reclamo, averiguar lo ocurrido y modificar su personal

u organización según corresponda (Lagos Ochoa, 2016, p. 16). No obstante, no es claro que esta segunda parte de la información pueda ser obtenida por otros medios distintos a la mediación, dicho de otra forma, la mediación no es la única vía para conocer las áreas más problemáticas de un prestador. Aún más, debería cuestionarse si es justificable soportar este mecanismo tan “espinoso” para generar dicho efecto.

En suma, se podría afirmar que los argumentos a favor de la idoneidad de la mediación no están del todo presentes en la realidad chilena. Puesto que los conflictos no parecieren ser fallas comunicacionales y no pareciere existir una “tercera opción”, dado que los intereses de las partes en el conflicto se evidencian contrapuestas. Asimismo, la mejora comunicacional propuesta parece no existir dada la fuerte asimetría entre las partes, considerando inclusive los conocimientos del mediador. Por otro lado, el beneficio de mantener la relación en conflicto se ve truncado al reducirse a casos específicos en donde no existe otra oferta de prestador de salud y cuando la relación dañada no necesariamente la misma que está en la mesa de mediación.

La realidad chilena en lo que respecta a los conflictos de salud es compleja y el sistema de mediación en salud es la muestra de aquello. La literatura centrada en la mediación en reiteradas ocasiones pasa por alto la importancia de que exista la posibilidad de que el conflicto sea resuelto por la vía del juicio, centrándose exclusivamente en los argumentos que acabamos de examinar. Dicho de otra forma, y retomando el dilema del prisionero propuesto anteriormente, se presupone la existencia del “castigo” o juicio. Sin embargo, tal como se ilustró en el capítulo anterior la vía judicial también presenta problemas, y como explica Barendrecht (2011, p. 4) es difícil que un mediador llegue a un resultado justo sin la posibilidad real de que un juez lo imponga.

Por ello, y siguiendo la metáfora de Genn “*Mediation without the credible threat of judicial determination is the sound of one hand clapping*” (2009, p. 125), la siguiente sección tiene como fin analizar y dar cuenta de la importancia del sistema de justicia civil para el acceso a la justicia y la sociedad en general. Adicionalmente, busca incorporar dicha argumentación a los conflictos de salud, determinando así si es allí donde se pueden escuchar “aplausos”, es decir, si allí pueden ser resueltos de forma más idónea.

2.3.- LA IMPORTANCIA DEL SISTEMA DE JUSTICIA CIVIL.

Mientras que el árbol de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos crecía a pasos agigantados, el antiguo árbol del sistema tradicional de justicia civil sufría duros embates por parte de la literatura. Estas críticas contribuyeron a lo que actualmente se conoce tanto en la literatura nacional y comparada como la “crisis” en la justicia civil. Según Lillo (2020, p. 3) este “marchitamiento” estaría compuesto, por un lado, por cuestiones sobre el acceso y, por otro lado, por una pérdida de relevancia en la justicia tradicional. Como su nombre lo indica, la crisis sobre el acceso se refiere a los obstáculos que poseen las personas para ingresar a la vía judicial. En este sentido, esta faceta estaría enfocada en la primera y segunda olas sobre el movimiento de acceso a la justicia (Macdonald, 2010, pp. 504 – 505). En tanto, la faceta de relevancia tendría su origen en la crisis de acceso sumado al movimiento de los ADR y se referiría a la disminución de la utilización de esta vía por la ciudadanía.

Este enfoque, centrado en los problemas u obstáculos, ha significado olvidar o dejar fuera de la discusión sobre la idoneidad para la resolución de conflictos, la importancia del sistema de justicia tradicional y los beneficios que reporta para la sociedad. Esto no solo refiere a su propósito como complemento obligatorio de los ADR, sino que también a cuestiones tan fundamentales como el derecho de tutela judicial, entendido como el derecho a ser protegido judicialmente en caso de una transgresión de sus derechos o intereses legítimos (Cofré, 2020, p. 251), la preservación del Estado de Derecho. Por este motivo, esta sección tiene por finalidad, además de examinar los problemas descritos en el capítulo anterior desde la óptica del acceso a la justicia, reivindicar la relevancia del sistema de justicia civil.

Un primer acercamiento para comprender el sistema de justicia civil es la aplicación de la triple dimensión de Zuckerman (1999, pp. 3 – 10), puesto que plantea un marco conceptual para evidenciar problemáticas que ha desarrollado la literatura del acceso a la justicia. Comenzando por la aplicación de la dimensión de celeridad, además de existir el interés general de que todo conflicto se resuelva rápidamente, existen para este tipo de conflictos graves consecuencias negativas para la sociedad si no son resueltos oportunamente. Para ilustrar esta problemática nos referimos al fenómeno del “*problem clustering*” (Carvacho et al., 2022, p. 362) donde una negligencia médica puede causar otros

problemas justiciables. Sumado a este fenómeno debemos considerar el escenario donde la víctima de la negligencia empeora su estado con el paso del tiempo hasta el punto de que los daños son irreparables, o en el peor de los casos su muerte. Bajo este panorama la indemnización va siendo cada vez más inoportuna, o carente de sentido, en la medida que vayan surgiendo nuevos problemas jurídicos y no posibilite frenar el deterioro progresivo de la salud de la persona.

La segunda dimensión de la justicia refiere a la proporcionalidad entendida como la relación entre los costos y beneficio percibido por la persona al acudir a la vía judicial. En los casos de mala praxis la relación se daría entre la indemnización obtenida y los gastos incurridos en el juicio. En base a este razonamiento habría menos justicia, y se volvería a caer en el absurdo, si recurrir a la resolución judicial es más costoso que el beneficio buscado. Dado aquello, en casos donde la entidad del daño es menor, por ello también su indemnización, el juicio perdería parte de su valor o interés. Por último, la dimensión de rectitud de la decisión, es decir, su cercanía con la verdad de los hechos es compleja puesto que los conflictos de responsabilidad médica se resuelven en base a la *lex artis* médica o la falta de servicio, ambos conceptos jurídicos indeterminados que oscurecen conocer si se actuó como se debía actuar.

Observando este primer acercamiento, basado en Zuckerman, desde la perspectiva del movimiento del acceso a la justicia surgen dos conceptos clave que ha sido tratados por la literatura, estos son; las barreras y las necesidades jurídicas. En lo que respecta a las barreras de acceso, a estas nos referimos brevemente al momento de analizar la mediación en el ámbito privado, mientras que el segundo concepto lo examinamos en el capítulo anterior mediante los estudios “Encuesta nacional de necesidades jurídicas y acceso a la Justicia” y “Necesidades jurídicas y cursos de acción del ciudadano ante las barreras de acceso a la justicia”, en donde hicimos hincapié en los conflictos de salud conformados por una parte por conflictos de responsabilidad civil médica. Estos conceptos se encuentran estrechamente relacionados de forma complementaria, en el sentido que el análisis de las necesidades jurídicas puede enriquecer la identificación y superación de las barreras con una mirada “bottom – up” (Pleasence & Balmer, 2019, p. 141), es decir, una mirada que centrada en los individuos y su capacidad para resolver problemas.

Esta relación de complementariedad, entre barreras y necesidades jurídicas fue recientemente analizada en un estudio titulado “Conflictividad Civil y Barreras de Acceso a la Justicia en América Latina. Informe de Salud” elaborado por el Observatorio de Conflictividad Civil y Acceso a la Justicia – OCCA – creado por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas – CEJA –, utilizando los datos de GFK Adimark Chile. Dentro de las cuestiones más destacables en cuanto a la realidad nacional encontramos; barreras de información, de eficiencia y económicas.

Como explica este estudio la barrera de información corresponde, por un lado, al conocimiento que poseen las personas sobre sus derechos y, por otro lado, el conocimiento sobre las instituciones y mecanismos existentes a los cuales acudir para solucionar el conflicto (Bocaro et al., 2021, p. 114). En esta línea, conforme a los datos de la encuesta nacional de GFK Adimark Chile, un 19 % de las personas encuestadas respondieron que en los conflictos de salud no sabe dónde acudir (Bocaro et al., 2021, p. 117). En segundo lugar, la barrera sobre la eficiencia alude a que el sistema incrementa la producción de sus servicios incurriendo en el menor costo posible, esta barrera se conecta con el tiempo requerido para que un conflicto sea resuelto. Al respecto, un 23 % de las personas optó por no hacer nada dado que demoraría mucho. Por último, la barrera económica refiere a los costos que se deben incurrir para resolver el conflicto, la cual está compuesta tanto por los costos de transacción (Correa et al., 2001, p. 74) y los costos del juicio propiamente tal. Sobre esta última barrera es la que menos presencia con respecto a las otras dos mencionadas, puesto que sólo el 5 % respondió que el costo fue motivo de su inacción (Bocaro et al., 2021, p. 154).

Por otro lado, según la información de estudio de “Necesidades jurídicas y cursos de acción del ciudadano ante las barreras de acceso a la justicia” realizada por el Centro de Estudios Justicia y Sociedad de la Pontificia Universidad Católica de Chile, un 82,8 % de las personas no buscó la intervención de un tercero (CJS – UC, 2021, p. 98). Con respecto a los motivos de su inacción, relacionado con las barreras mencionadas en el párrafo anterior, un 8,9 % expresó que tomaría mucho tiempo, un 8,7 % expresó que no sabía a qué hacer o a quien llamar, y finalmente un 4,6 % fueron los costos que se lo impidieron.

Esta información es de suma importancia ya que permite identificar cuáles son los principales problemas de las personas y enfocar la superación de estos en razón de su entidad,

en otras palabras, permitir dirigir mayores recursos a los mayores problemas, como la falta de información. Ahora bien, es necesario realizar dos acotaciones sobre estos datos. En primer lugar, la metodología utilizada por GFK Adimark Chile agrupa bajo la denominación de conflictos de salud aquellos que surgen por infracción de los derechos de los pacientes, negligencias médicas y otros (2015, p. 50). A pesar de que la información no esté desagregada en los dos primeros casos, aún se encuentran en el escenario analizado en este trabajo, es decir, con la mediación y el juicio como vías de solución institucional. La segunda acotación alude a que las barreras se encuentran estrechamente relacionadas, por lo que enfocar los esfuerzos en una sola no necesariamente la resolverá, por ello es necesario identificar su interrelación y como cada una influye en el aumento o disminución de la otra.

Antes de adentrarnos en el análisis de la importancia del sistema de justicia civil es necesario realizar una prevención acerca de los problemas al acceso a la justicia dispuestos sobre la justicia tradicional. El hecho de que el análisis propuesto finalice exclusivamente con el tratamiento de algunas barreras y algunas necesidades jurídicas no significa que estos sean los únicos problemas existentes por considerar, muy por el contrario. En la medida que el enfoque lo permita se puede complejizar el panorama, un claro ejemplo de ello es agregar a la discusión el acceso a la justicia de personas pobres que justamente también son aquellos que poseen menor acceso y calidad en las atenciones de salud. Sin duda, un estudio de estas características aportaría a la discusión sobre la idoneidad de la mediación, pero sobre todo el examen entre el acceso a la justicia y el derecho a la salud.

Como explica Ezurmendia (2022, pp. 47 – 48) ha habido un cambio de paradigma en el entendimiento de la justicia civil desde una mirada privada a una cuestión mucho más pública. Este cambio ha significado no sólo entender al sistema de justicia civil como una herramienta o instancia en donde los privados concurren para resolver sus conflictos, sino que también ha traído consigo entenderla bajo un rol mucho más amplio, influenciado por ejemplo por la horizontalidad de los derechos, pasando del encasillamiento en la disputa concreta a uno con mayor significación social.

Bajo este nuevo paradigma un primer aporte del sistema de justicia civil a la sociedad es la preservación del Estado de Derecho, en este sentido los tribunales a través de sus sentencias, además de reconocer el o los derechos u intereses legítimos de la persona en

concreto y resolver la disputa en base a ello, su sentencia reafirma la igualdad en la sociedad (Genn, 2009, p. 114). Lo interesante de esta perspectiva es que da a entender que los conflictos de mala praxis médica no sólo están protegiendo el derecho individual de toda persona a no ser dañada y que de serlo sea resarcida, sino que al mismo tiempo se está protegiendo de alguna manera el derecho a la salud de la sociedad en cuanto a su calidad.

En la misma línea, un segundo aporte que genera el sistema de justicia civil por medio de sus sentencias es el efecto disuasivo, el cual tiene como objeto enviar un mensaje al resto de la comunidad que busca desincentivar la conducta que ha sido sancionada por el tribunal (Correa et al., 2001, p. 18). Si bien este efecto puede verse mermado por la baja cantidad de asuntos que resuelve el tribunal en comparación a la cantidad de conflictos existentes, es posible que en los conflictos de mala praxis tenga mayor entidad por dos motivos. El primero de ellos corresponde a que seguimos en el campo de la responsabilidad civil y uno de sus objetivos es específicamente la disuasión (Hyman & Silver, 2012, p. 3). Como segundo motivo, y aún más importante, es necesario tener en cuenta que los destinatarios del mensaje no es la sociedad completa, sino un grupo reducido que puede realizar prestaciones de salud, como hospitales, clínicas y profesionales privados.

Además, y como tercera cuestión acerca de la importancia del sistema de justicia civil, debe considerarse la contribución de información que produce la sentencia para la comunidad, tanto para los potenciales litigantes como para la comunidad jurídica. Sobre este punto, si bien es cierto que el sistema de justicia chileno no funciona bajo la lógica del precedente como el *common law*, puede visualizarse la posibilidad de que las sentencias sobre negligencias médicas por la determinación del contenido de la *lex artis* médica y la falta de servicio se pase a un modelo de *ius constitutionis* (Ezurmendia, 2022, p. 61) y que también permitiría a otras personas identificar que han sido vulneradas en sus derechos y, por tanto, iniciar la búsqueda de una solución.

Estas tres consideraciones sobre el sistema de justicia civil enfatizan la pregunta si realmente en estos conflictos estamos tratando una disputa entre particulares, es decir, entre el paciente y el prestador de salud, o bien estamos frente a un conflicto con implicancia pública (Edwards, 1986, p. 672). El razonamiento recién expuesto parece dar cuenta que además de la indemnización como sanción y resarcimiento también existe una cuestión de

calidad del estándar de salud que reciben las personas. Bajo esta lógica desviar los conflictos a un sistema privado de resolución de conflictos, como la mediación de la Ley 19.966, significa renunciar a estos efectos positivos y dejar en mano de los particulares la calidad de la salud que estos reciben, cuestión problemática dado que es una decisión que afecta a toda la sociedad por lo que debiera ser resuelta por esta última.

En las tres secciones anteriores analizamos desde la óptica de la literatura del movimiento de acceso a la justicia los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, la mediación y, por último, el sistema de justicia civil. Como fue posible evidenciar los aportes de cada uno de ellos es significativo, por ejemplo, la vía autocompositiva solucionaría el conflicto a través de una tercera opción que mejoraría la situación general sin desmejorar la situación individual de alguna de las partes, y a su vez se podría conservar una relación de relevancia social, por otro lado, el juicio posibilita y resguarda el Estado de Derecho. Además, de alguna forma permitiría abordar el interés público comprometido en tales conflictos. Sin embargo, para ambas vías la mera implementación o existencia en el sistema normativo no conlleva necesariamente estos beneficios.

En este sentido, y conforme lo visto en este capítulo es posible observar un torcimiento de la mediación para los conflictos de mala praxis médica. Al respecto es interesante dar cuenta de un dato que no fue mencionado anteriormente, dispuesto en la encuesta nacional de necesidades jurídicas y acceso a justicia, el cual corresponde a que el 46 % de las personas que decidieron no actuar se debió a que consideraron que no había “nada que hacer” (GFK Adimark, 2015, p. 82). Una explicación de este comportamiento posible es que para las personas la institucionalidad existente es inidónea para resolver este tipo de conflictos (Bocaro et al., 2021, p. 118). Otra explicación posible dice relación con el velo de impunidad que se posa sobre la profesión médica, tanto por razones históricas (Parra Sepúlveda, 2014, p. 208) como por cuestiones científico-técnicas de la profesión (Parra Sepúlveda et al., 2018, p. 127).

Si bien ambas afirmaciones son explicaciones plausibles a este 46 %, la cuestión no queda del todo clara. Lo que sí ha quedado claro a lo largo de este capítulo es que la relación entre la mediación en salud y los argumentos esgrimidos para su implementación, basados

en el acceso a la justicia, no están presentes en la realidad chilena y, por tanto, es inidónea para resolverlos. Para concretizar esta afirmación el siguiente capítulo tiene por finalidad realizar el examen comparativo entre mediación y judicialización e ilustrar la idoneidad de la vía judicial en conflictos de negligencias médicas. Además, con el objetivo de que el examen no se centre exclusivamente en el pasado, se considerarán reformas que ha dispuesto la doctrina para solucionar los problemas de la mediación, de suyo mejorar su idoneidad y el acceso a la justicia.

CAPÍTULO 3.- EL SISTEMA DE JUSTICIA CIVIL Y MEDIACIÓN EN SALUD: UN ANÁLISIS COMPARATIVO

“En la puerta del horno se quema el pan”

En términos generales, la situación de aquellos que ignoran o no están familiarizados con el ordenamiento jurídico y desean resolver un conflicto de este tipo puede compararse con caminar completamente a oscuras, donde por más que se intente avanzar sin tropezar, es prácticamente imposible. En este sentido, existen diversas herramientas a las cuales las personas pueden, o debieran poder, acudir para transitar con mayor seguridad y facilidad, como sería contar con la orientación de un/a abogado/a que les guíe en su camino. Ya sea que se cuente con este tipo de herramientas o no sin duda caminar a oscuras, y con tropiezos, para quienes no están habituados puede significar una actividad atemorizante y agotadora.

Debido a lo anterior, se ha optado, entre otras cosas, por establecer distintos caminos o vías donde es posible obtener una solución, como sabemos tal es el caso de los conflictos de negligencia médica en donde se estableció el mecanismo de mediación como alternativa al juicio o sistema de justicia civil. Sin embargo, su regulación y la práctica que se ha dado alrededor de ella no muestra la idoneidad que se suponía que llevaría consigo. Esta situación puede describirse bajo el refrán “en la puerta del horno se quema el pan”, el cual advierte que aquellas situaciones que consideramos seguras o cuestiones que damos por hecho pueden terminar no siéndolo. En este sentido, en un inicio la mediación se propuso como la herramienta segura que permitiría a las personas transitar hacia la solución sin tropiezos, sin embargo, al igual que el pan colocado al inicio del horno y se ha quemado, la mediación se ha vuelto menos idónea.

En este sentido, este último capítulo tiene por objeto concretizar el examen comparativo propuesto y, por ende, la hipótesis planteada a lo largo de este trabajo, es decir, el carácter inidóneo de la mediación establecida por la Ley 19.966 para los conflictos de negligencia médica. Con este propósito, el capítulo se encuentra dividido en dos secciones. La primera lleva a cabo un análisis comparativo entre ambas vías institucionalizadas en términos cuantitativos y cualitativos, considerando el sistema público como representativo

del sistema de mediación en salud, al ser el único con información disponible. Por otro lado, la segunda sección tiene por objeto ampliar la discusión considerando propuestas reformativas de la doctrina para superar el estado actual transformándola en una vía idónea. Por último, y fundamental para esta tesis, se realiza un análisis comparativo desde la perspectiva del movimiento del acceso a la justicia.

3.1.- ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE MEDIACIÓN Y JUDICIALIZACIÓN DESDE EL SECTOR PÚBLICO.

A inicios de este trabajo nos embarcamos a examinar el estado actual de las dos vías institucionalizadas dispuestas para resolver un conflicto de negligencia médica, es decir, la mediación en salud y el juicio, como sinónimo del sistema de justicia civil. Para ello nos centramos en cuestiones doctrinarias y estudios empíricos que permitieran evidenciar la realidad que se vive en cada uno de ellos. Retomando estos últimos, en especial el estudio “Efectos desjudicializadores de la mediación en salud 2011 – 2020” del Consejo de Defensa del Estado, podemos analizar comparativamente ambas vías en base a tres perspectivas, estas son: la duración, monto de la indemnización y su utilización según del daño sufrido o reclamado.

Las primeras dos variantes, como sus nombres lo indican, refieren a la duración promedio y los montos indemnizatorios alcanzados en cada una de las vías, esta información se basó en 11.186 mediaciones terminadas y 1.224 casos judicializados durante el periodo en cuestión. Los resultados de dichos análisis fueron los siguientes:

Tabla N°5

Valores comparativos para duración de procesos de mediación y judiciales (2011 – 2020)

Año de término mediación	Tiempo medio (en días corridos) de mediación [a]	Tiempo medio (en días corridos) de proceso judicial [b]	Proporción del ahorro en tiempos de respuesta de mediación sobre opción judicial.
2011	69,41	1.237,23	17,82
2012	69,59	1.112,58	15,99

2013	73,29	1.000,18	13,65
2014	74,50	996,81	13,38
2015	75,75	966,73	12,76
2016	77,30	824,65	10,67
2017	79,66	774,40	9,72
2018	78,33	648,50	8,28
2019	80,31	366,00	4,56
2020	113,59	194,00	1,71
Promedio	78,34	963,14	12,29
periodo (2011 – 2020)			
Promedio	75,72	964,83	12,74
periodo (2011 – 2019)			

Fuente: Estudio “Efectos desjudicializadores de la mediación en salud 2011 – 2020” (Consejo de Defensa del Estado, 2022, p. 26)

Tabla N°6

Valores comparados de montos indemnizatorios en mediación y juicio, en pesos (2011 – 2020)

Año de término mediación	Promedio de montos a pagar en indemnización en mediación	Promedio de montos a pagar por indemnización en sede judicial	Ratio o proporción de ahorro en gasto público por indemnización
2011	5.651.637	57.003.008	10,09
2012	7.653.848	79.417.075	10,38
2013	5.237.698	60.000.680	11,46
2014	8.951.927	81.645.306	9,12
2015	8.205.378	47.436.505	5,78
2016	9.139.070	73.895.990	8,09

2017	10.706.770	94.753.169	8,85
2018	13.188.753	149.293.819	11,32
2019	13.139.556	22.539.872	1,72
2020	16.068.175	15.000.000	0,93
Promedio periodo (2011 – 2020)	10.418.771	74.575.449	7,16
Promedio periodo (2011 – 2020)	9.866.712	74.774.698	7,58

Fuente Estudio “Efectos desjudicializadores de la mediación en salud 2011 – 2020” (Consejo de Defensa del Estado, 2022, p.29)

Como es posible observar, existe una diferencia sustancial entre la mediación y el sistema de justicia civil en ambas variantes cuantitativas. Por un lado, basados en la duración se estimó que la mediación fue aproximadamente 12 veces más rápida que el sistema tradicional de justicia. Por otro lado, en términos de montos indemnizatorios alcanzados, el juicio civil supera por 7 veces a los montos indemnizatorios acordados durante la mediación (Consejo de Defensa del Estado, 2022, pp. 41 – 42). Ahora bien, es necesario tomar en consideración que los resultados de los últimos años pueden verse modificados en una medición posterior dado la existencia de juicios que no han sido finalizados aún.

De acuerdo con la información dispuesta en la Tabla N°2 es posible afirmar que se comprueba la argumentación clásica sobre la relación entre los ADR y el acceso a la justicia, en otras palabras, aquella argumentación que entiende a los mecanismos alternativos como capaces de mejorar o aumentar la justicia en su dimensión temporal y proporcional (Zuckerman, 1999, p. 6) y también cómo instrumentos que permiten superar las barreras objetivas a la justicia. Sin embargo, como planteamos anteriormente el aporte al acceso la justicia debe ser matizado considerando la regulación de la mediación y la práctica que se ha desarrollado en torno a ella. En este sentido, sólo quienes alcanzan un acuerdo podrían beneficiarse de esta situación, que como vimos en términos de porcentuales no superan el 20 % de las mediaciones.

Lo anterior implica que para la gran mayoría de las personas la mediación en salud se transforma más en una demora que en una verdadera oportunidad para solucionar su conflicto. Tal sería el caso para aquellos cuyo fracaso se debió a la expiración del plazo máximo legal o cuando una de las partes decidió no perseverar una vez avanzada la mediación. Adicionalmente, este razonamiento podría aplicarse a los costos necesarios para resolver el conflicto, ya que los gastos económicos y el desgaste emocional de la mediación se suman a los costos generales de resolución. En otras palabras, representa un gasto adicional para quienes recurren al juicio y un gasto con baja utilidad real.

En cuanto a los resultados del análisis comparativo sobre los montos indemnizatorios se puede evidenciar la lógica del funcionamiento y la supuesta utilidad de este mecanismo para cada una de las partes en este tipo de conflictos. Por un lado, los prestadores reclamados se beneficiarían al pagar montos más bajos de lo que presumiblemente pagarían de haberse acogido la demanda de indemnización de perjuicios, mientras que los afectados podrían obtener una reparación más rápida u oportuna, ahorrándose los costos necesarios para el juicio, pero renunciando a una posible mayor indemnización o, como lo expresa Genn (1997, pp. 184 – 185), renunciando a sus derechos. No obstante, el atractivo de este funcionamiento podría verse reducido, por un lado, por la baja tasa de acuerdos debida a la serie de problemas existentes en la mediación, a los cuales nos referimos en el primer capítulo. Por otro lado, desde la perspectiva de las personas afectadas, por alta tasa de resultado favorable para el demandante en sede judicial, correspondiente al 64,6 % (Consejo de Defensa del Estado, 2022, p. 36).

Sumado a ello, al desagregar el porcentaje de un resultado favorable en el sistema de justicia civil, se confirma en cierta medida el argumento contra el incentivo de la mediación considerando que las partes mantienen la posibilidad de negociar directamente para resolver el conflicto. Esto se evidencia en el 4,1 % y 7,5 % correspondiente a Transacciones y Avenimientos, respectivamente, ocurridos entre el 2011 – 2020 en el sector público (Consejo de Defensa del Estado, 2022, p. 36) Ambos resultados podrían referirse a aquellas situaciones en las que el prestador no desea llegar a un acuerdo, asumiendo el riesgo de una futura demanda y una vez interpuesta, al ser real la amenaza de condena, busca arribar un acuerdo.

Ahora bien, es necesario considerar que un alto porcentaje de un resultado favorable de una demanda por responsabilidad civil por negligencia médica no puede ser explicada por una única variante. Por ello, dependerá de las características propias de cada caso, y en especial de la prueba disponible que permita acreditar o desacreditar la negligencia. Incluso esta complejidad o mejor dicho imposibilidad de asegurar un resultado favorable en la justicia clásica corresponde a uno de los motivos de la baja judicialización, correspondiente al 13,47 % entre el periodo 2011 – 2020 (Consejo de Defensa del Estado, 2022, pp. 31 y 65).

La tercera cuestión comparativa de carácter cuantitativo interesante, que entrega luces sobre cuál de las dos vías consideran más idóneas, es la tasa de acuerdo o judicialización según el tipo de daño reclamado. Al respecto del mecanismo alternativo se consideró el universo de mediaciones realizadas y la tasa de acuerdo, mientras que para el sistema de justicia civil se consideró la cantidad de mediaciones sin acuerdo y la tasa de judicialización. Los resultados de tal análisis fueron los siguientes.

Tabla N°7

Tasa de acuerdo y judicialización según daño reclamado

Daño Principal	Total, de reclamos terminados en el CDE	Tasa de acuerdo en mediación	Total de reclamos terminados sin acuerdo en el CDE	Tasa de judicialización
Muerte	2.054	13,9	2579	20,2
Invalidez total	720	14,8	625	13,3
Invalidez parcial	3.906	25,2	3.040	10,6
Daño psicológico	3.161	23,4	2.496	10,9
Gastos provocados por el daño	274	24,5	212	5,2

Pérdida de ingresos	44	13,2	39	0,0
Otros	127	28,9	94	16,0

Fuente: Elaborado en base al Estudio: “Efectos desjudicializadores de la mediación en salud 2011 – 2020” (Consejo de Defensa del Estado, 2022).

Basados en lo anterior, este estudio concluye que existe una relación inversamente proporcional entre la tasa de acuerdos alcanzados en la mediación y la tasa de judicialización en cada categoría del daño (Consejo de Defensa del Estado, 2022, p. 73). A su vez, esta información permite dar cuenta de una posible tendencia de las personas a judicializar en aquellos casos donde la entidad del daño es mayor, como lo sería el caso de la muerte o invalidez total. Comportamiento que podría explicarse, desde una perspectiva económica, basado en un análisis de costo y beneficio, donde una posible indemnización supera con creces los posibles costos del juicio (Hyman & Silver, 2012, p. 540).

Observada esta información desde la perspectiva del movimiento del acceso a la justicia podría afirmarse que para los conflictos donde el alcance del daño es mayor, las barreras al sistema de justicia civil son superadas con mayor facilidad. Mientras que aquellos casos “menores” en términos de daños, las barreras pueden ser un gran impedimento, por lo que se buscaría resolver en la mediación. Este razonamiento no es para nada ajeno en la doctrina nacional (Lagos Ochoa, 2017, p. 25; Palomo & Delgado, 2016, p. 95). Lo problemático de este escenario es que se podría estar frente, y como lo ha denominado la doctrina nacional e internacional, a una “justicia de segunda clase” (Cappelletti, 1993, p. 288; Vargas J. E., 2001, p. 7), dado que sólo para el primer grupo se encuentran habilitadas ambas vías.

En términos generales, es posible afirmar que la mediación en salud presenta una menor duración y es utilizada principalmente en aquellos casos en donde la entidad del daño no es mayor. En cambio, la vía judicial presenta un mayor monto en la indemnización y es utilizado en mayor medida en las categorías más graves de daño, es decir, la invalidez total y muerte. Sumado a ello, existe un porcentaje no menor de casos en donde las partes llegan a una transacción o a un avenimiento una vez iniciada la vía de la justicia clásica, lo cual

podría explicarse bajo la lógica estratégica de los prestadores a evitar pagar o bien a pagar el menor monto posible. Estas circunstancias sin lugar a duda afectan a aquellas personas que padecen daños de entidad menor y experimentan mayores barreras para acceder al sistema de justicia civil, ya que no existen grandes incentivos para el prestador a alcanzar un acuerdo en la mediación.

Antes de iniciar el análisis comparativo desde una perspectiva cualitativa resulta interesante y necesario, examinar dos cuestiones sobre el análisis cuantitativo anterior el cual se basa; en la duración del proceso, los montos indemnizatorios alcanzados y la tasa de utilización en relación con el tipo de daño reclamado, además de las probabilidades de soluciones del conflicto, y estas son, el concepto de ahorro utilizado en la Tabla N°2 y la conveniencia de la situación actual del sistema de responsabilidad civil médica.

El concepto de “ahorro” utilizado en la utilizado en la última columna de la Tabla N°3 la cual refiere al promedio de montos indemnizados en cada una de las vías, se emplea en para identificar lo que supuestamente el Estado habría economizado en la resolución de estos conflictos a través de la mediación, considerando el hecho que el monto de la indemnización determinado en el sistema de justicia civil es mayor. Si bien lo anterior no deja de ser cierto, es posible cuestionarse si en términos generales existe un ahorro para el Estado, tomando en cuenta que la mediación en salud presenta una baja tasa de acuerdos y existe una escasa utilización del sistema de justicia civil. En este sentido la pregunta que surge es, ¿Cuánto le cuesta al Estado no resolver este tipo de conflictos? o en términos de este trabajo, ¿Qué costos conlleva para el Estado este nivel de acceso a la justicia? (Farrow, 2014, p. 27). La respuesta a esta pregunta debe tener presente que existen problemas individuales, como lo sería el fenómeno de un “*problem clustering*” (Carvacho et al., 2022, p. 362), así como los problemas colectivos, por ejemplo, la pérdida de confianza en la institucionalidad. Si bien este es un enfoque mucho más amplio del concepto que el utilizado en la Tabla N°2 resultado necesario cuestionarse qué seguimos perdiendo al no resolver los conflictos y, aún más importante, no resolverlos de la forma más idónea.

El segundo cuestionamiento dice relación con la conveniencia del estado actual del sistema de responsabilidad civil en esta clase de conflictos. Como se ha podido observar a lo largo de este trabajo ambas vías de solución presentan problemas de diversa índole, los cuales

en su conjunto parecieran estar beneficiando, en su gran mayoría, la posición de los prestadores de salud. Esto se debe, entre otros motivos, en que no existe una sanción o repercusión negativa por no participar en la mediación. Por otro lado, el riesgo de una demanda es realmente bajo, y la posibilidad de una negociación directa basada en el ahorro de costes para ambas partes se mantenga abierta reduce significativamente los incentivos para mediar, lo que reduce verdaderamente la mayor idoneidad que se propugna de la mediación para estos conflictos.

Aún más alarmante es la situación en el sector privado, ya que como se ha advertido en todo este trabajo la información sobre su funcionamiento es sumamente escasa. Por ejemplo, en el año 2022 se presentaron ante la Superintendencia un total de 1.7127 solicitudes de mediación, de las cuales no se dispone de información detallada debido a que los boletines estadísticos emitidos por esta institución no desglosan los datos, sino que simplemente la agregan a los que ya han sido recopilados. Es digno de destacar el esfuerzo de Murden (2019, p. 132) que, a través de la Ley de Transparencia se obtuvo mayor conocimiento, sin embargo, la Supersalud no cuenta con información específica, sino sólo de carácter general. En este sentido, si algo sabemos del sistema privado de mediación de la Ley 19.966 es que conocemos poco o nada sobre su funcionamiento. Esta situación afecta cualquier análisis que tenga como objetivo dar cuenta o mejorar la situación actual, por lo que se hace necesario comenzar a levantar el velo existente en el sistema privado.

Habiendo realizado estas consideraciones, es necesario abordar el análisis comparativo de naturaleza cualitativa, el cual se enfrenta a una situación similar al apartado cuantitativo, ya que también existe escasez de información sobre la percepción de las personas respecto a las formas institucionalizadas de resolver estos conflictos. La información también disponible proviene principalmente del estudio “Efectos desjudicializadores de la mediación en salud 2011 – 2020” al cual nos hemos referido en múltiples ocasiones, y de la Encuesta Nacional de Necesidades Jurídicas realizada por la consulta GFK Adimark Chile y del estudio titulado “Necesidades jurídicas y cursos de acción

⁷ Es interesante destacar, y en parte alarmante, que, según la información de la misma Superintendencia de salud, pero del año 2023 las solicitudes de mediación incrementaron a 1.745 para el año 2022 (Superintendencia, 2023, p. 5), lo cual no coincide con la información dispuesta al 31 de diciembre dicho año (Superintendencia, 2022, p. 5)

del ciudadano ante las barreras de acceso a la justicia” del año 2021, realizado por el Centro de Estudios Justicia y Sociedad de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Dado que ya examinamos la información de esta última fuente, nos referiremos brevemente a ella.

Como sabemos estas últimas fuentes de información refieren a las respuestas proporcionadas por las personas cuando se les preguntó sobre su accionar y el motivo de este frente a una necesidad jurídica específica. Si bien parte estos datos ya fueron mencionados en el primer capítulo es importante retomarlos dado que ofrecen luces sobre la percepción de las personas acerca de las vías para resolver sus conflictos. Aunque, por cuestiones metodológicas del estudio las opiniones no se refieren únicamente a los problemas de negligencia médica siguen siendo una primera aproximación a una visión “bottom – up”. Los resultados en esta área fueron los siguientes:

Tabla N°8

Accionar de personas frente conflictos de salud.

<i>GFK Adimark 2015</i>	<i>Nada</i>	<i>Conversar</i>	<i>Amenazar</i>	<i>Denuncia</i>	<i>Consejo Legal</i>	<i>Demanda</i>	<i>Método Colaborativo</i>
	49%	33%	2%	6%	2%	1%	3%
<i>CJS – UC 2021</i>	<i>Nada</i>	<i>Búsqueda de información</i>	<i>El problema se resolvió</i>	<i>No sabe o No responde</i>			
	54,1%	27,0 %	17,1 %	1,8 %			

Fuente: Elaborado en base a (GFK Adimark, 2015, p. 81; CJS – UC, 2021, p. 88).

Sumado a esta información se les consultó a las personas que optaron por hacer “Nada” el motivo de tal determinación, las respuestas en los conflictos del área de salud fueron las siguientes:

Tabla N°9*Motivo para “No hacer nada” en el área de salud.*

GFK Adimark 2015	Muy caro	No sabe dónde acudir	Demora mucho tiempo	Nada que hacer	No fue tan grave	Miedo	Otros ya hacían algo
	5 %	19 %	23 %	46 %	3 %	7 %	0 %

CJS UC 2021	Problema Solucionable	Costo, Distancia, Tiempo	No sabía que podía llamar	Miedo temor parecer conflictivo	o a Problema Resuelto – No necesitaba consejo
	27,1%	29,9%	33,9%	26,2%	22,4%

Fuente: Elaborado en base a (GFK Adimark, 2015, p. 84; CJS – UC, 2021, p. 91).

Como se dijo anteriormente, a pesar de las diferencias metodológicas entre ambos estudios, es posible concluir que alrededor de un 29% ha visto su accionar impedido por barreras instrumentales y sustantivas (Carvacho et al., 2022, pp. 374 – 377). Adicionalmente un porcentaje importante de personas estarían afectadas a barreras sistemáticas, en concreto un 33,9%. Si bien los resultados no están referidos a una vía en particular una interpretación posible es que estos refieren en su mayoría al sistema de justicia civil puesto que es más conocido que el mecanismo de mediación de la Ley 19.966 y existe más información al respecto, sin embargo, al no estar claro esta sería una interpretación meramente contingente.

Por otro lado, la segunda fuente de información, es decir, el estudio del Consejo de Defensa del Estado también concluye cuestiones cualitativas similares con respecto a las vías de solución de un conflicto de mala praxis médica. En las declaraciones transcritas de personas acerca del sistema de justicia civil se observa una percepción negativa del mismo, dado los costos económicos y sociales que implica ingresar en él. En sentido similar encontramos el estudio realizado por Lillo (2020, p. 124), a lo anterior se suma el riesgo asociado a una sentencia desfavorable. En cambio, se visualiza una percepción positiva debido a los posibles montos indemnizatorios que pueden ser alcanzados en el sistema de justicia civil (Consejo de Defensa del Estado, 2022, pp. 65 y 68).

De una forma similar, en base a las declaraciones de las personas sobre el mecanismo de mediación, se observa una consideración negativa en varios aspectos, lo cual no es sorprendente dadas las problemáticas tratadas en el capítulo primero de este trabajo. Un ejemplo de ello es que para quienes no alcanzaron un acuerdo consideraron la mediación como una pérdida de tiempo y un desgaste emocional. Además, se advierte un problema de sensación de asimetría o desequilibrio entre la parte reclamante frente a la parte reclamada, quien usualmente es representada por abogados o médicos. Finalmente, relacionado con el punto anterior, existe una visión negativa de los mediadores por su comportamiento pasivo frente a diversas situaciones ocurridas en el desarrollo de la mediación (Consejo de Defensa del Estado, 2022, p. 54 – 57) como el abandono del prestador en la mediación.

En esta línea de razonamiento, si bien ambas vías de solución son percibidas de forma negativa por las personas, las razones varían de forma notable entre cada una. Mientras el sistema de justicia civil es considerado de la misma manera que dio origen al concepto de “crisis” (Genn, 2009, pp. 28 – 29; Palomo & Castro, 2016, p. 3), es decir, costoso e ineficiente. La mediación en salud, en cambio, se le estima negativamente debido a una serie de problemas que contradicen la idoneidad para resolver estos conflictos. Inclusive, uno de los argumentos más importantes para justificar la implementación de los ADR, y en especial de la mediación, era el carácter inidóneo de la solución alcanzada por la vía judicial.

Al respecto, es interesante destacar el caso de algunas personas en los cuales que, basándonos en sus declaraciones, estaban interesadas en que se reconociera el error y recibir unas disculpas, sin embargo, al no llegar a un acuerdo optaron por demandar. Aunque las declaraciones sean sucintas contradicen la presunción del carácter inidóneo del juicio para estos casos. Una segunda cuestión sobre este punto es el hecho que las indemnizaciones perseguidas son percibidas como un acto reparatorio y como un reembolso de los gastos incurridos en el tratamiento negligente. Por último, pareciera existir un grupo de personas cuyo interés se basa en que el personal de salud que intervino sea sancionado (Consejo de Defensa del Estado, 2022, pp. 50 - 52), sin embargo, es seriamente cuestionable que la mediación sea el mecanismo adecuado para cumplir con tal interés.

En definitiva, las diferencias entre la vía del juicio o sistema de justicia civil y la justicia a través de la mediación se encuentra tanto en cuestiones cuantitativas como

cualitativas. El escenario de cada una de éstas es complejo, pero en términos de idoneidad especialmente crítico es el escenario del mecanismo alternativo establecido por la Ley 19.966. Lo anterior se debe a que la forma que está implementado no reduce considerablemente las barreras al acceso a la justicia, inclusive las aumenta. Sumado a ello, el entendimiento de los conflictos no se adecua del todo a la dinámica e intereses de los actores involucrados. Ahora bien, con el fin de concretizar esta naturaleza inidónea no basta exclusivamente con examinar el estado actual, sino que también es necesario revisar las posibles reformas que se han planteado para superar dicha situación, y por ello mejorar comparativamente el acceso a la justicia, ambas cuestiones son el centro de la siguiente sección.

3.2.- ALGUNAS REFORMAS A LA MEDIACIÓN: MIRADAS DESDE EL ACCESO A LA JUSTICIA

Antes de iniciar el examen de las reformas es necesario prevenir que el objetivo de esta sección, tal como expresa su título, es analizar un grupo de propuestas de reforma que se han planteado acerca de la mediación por daños en salud. La razón de aquello es que una revisión exhaustiva de todas las propuestas sobrepasa y escapa del enfoque planteado en este trabajo. Por último, y por las mismas razones, queda excluido del análisis las reformas al juicio o sistema de justicia civil considerando la gran cantidad de doctrina existente al respecto.

Habiendo aclarado lo anterior, esta sección se centra en seis propuestas que pretenden solucionar distintos problemas en el funcionamiento de la mediación, de las cuales la primera mitad se encuentra orientada al sistema privado y la otra mitad al sistema general. En cuanto a las primeras, estas son; aceptación del privilegio de pobreza, aumento en los requisitos para ser mediador y la eliminación del sistema privado. Por otro lado, las propuestas para el sistema general refieren a; la suspensión por acuerdo de las partes del plazo legal, la eliminación o atenuación de la confidencialidad y la eliminación del carácter obligatorio del trámite de mediación. Cada una de ellas es analizada a continuación describiendo en qué consisten, su autor/a y posibles dificultades de implementación, según corresponda.

Con respecto al primer grupo, la primera propuesta a analizar se denominada “aceptación del privilegio de pobreza” fue plantada por Fischer (2022, p. 345) y consiste en

que los mediadores inscritos en la nómina de la Superintendencia de Salud deben aceptar el privilegio de pobreza, por lo tanto, no cobrar los honorarios por la realización de la mediación en dichos casos. Sumado a ello, y para que la repartición de casos sea equitativa se propone un sistema de turnos *pro bono* obligatorio como requisito para permanecer en la nómina. Esta reforma vendría a solucionar el problema de acceso a la mediación a aquellas personas que atendándose en el sistema privado no poseen recursos para costear los honorarios de los mediadores, ya sea porque desde un comienzo no poseían tal capacidad económica o bien ella ha sido causada por la misma negligencia y sus consecuencias.

En principio esta reforma es positiva o beneficiosa puesto que podría solucionar un problema concreto del sistema privado para cierto universo de conflictos de mala praxis médica, por lo que habría un aumento en la utilización de la mediación, sin embargo, esta podría presentar dos problemas en caso de su implementación. Un primer problema dice relación con aquellas regiones en donde la cantidad de mediadores es baja, para aquellas zonas el turno significaría una carga de trabajo concentrada e inequitativa en comparación a otras circunscripciones del país, lo cual podría desincentivar la oferta de dicho servicio. Un segundo problema sería la pérdida de libertad de las personas para seleccionar un mediador, si bien la información sobre estos es exigua sigue siendo positivo que las partes puedan designar a una persona de confianza para llevar a cabo la mediación. Sumado a ello, en caso de una futura implementación, el rol de la Superintendencia debiera ser mayor para resguardar o fiscalizar el cumplimiento del turno en cada una de las regiones.

Una segunda reforma al sector privado, que ha sido elevada por diversos autores (Candia & Suazo, 2011, p. 302; Lagos Tissie & Bravo, 2020, p. 215; Murden, 2019, p. 81), refiere al aumento de requisitos para ser mediador, concretamente se alude a poseer conocimientos en las ciencias de la salud. Este nuevo requisito buscaría potenciar la comunicación y comprensión entre las partes a través del mediador, ya que este último podría entender mucho mejor el conflicto y lo expresado por el prestador reclamado. Además, tendría el efecto positivo de reducir la asimetría o desequilibrio entre el reclamante y el reclamado al conocer, en alguna medida, la *lex artis* médica.

Ahora bien, el establecimiento de una modificación de estas características plantea una serie de interrogantes de cómo asegurar la existencia de dicho conocimiento y cuál es el

estándar que se busca, sumado a ello debe considerarse que algunos conflictos pueden producirse en áreas altamente técnicas de las ciencias médicas. En otras palabras, es necesario responder preguntas del siguiente estilo; ¿el rol de mediador se limitará exclusivamente a profesionales de la salud o bien podrían asumirlo otras profesiones, pero con acreditación académica de sus conocimientos? Además, el aumento de los requisitos debe procurar que la oferta de este servicio aumente, o por lo menos se mantenga. En cualquier caso, su implementación requeriría un plazo de vacancia legal para que los antiguos mediadores puedan cumplir con los nuevos requisitos y/o los nuevos mediadores comiencen a incorporarse en a la nómina de la Superintendencia.

Como última propuesta reformativa para el sector privado, encontramos la eliminación de este, en otras palabras, la unificación en un único sistema de mediación en conflictos de negligencia médica que puedan surgir a lo largo del país. Esta reforma es planteada por Hozven con el objetivo, por un lado, de incorporar a los prestadores en un inicio excluidos del mecanismo de mediación, como es el caso de los Hospitales de las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad. Por otro lado, poner fin a los problemas de competencia entre el CDE y la Superintendencia, y eliminar la discriminación que sufren aquellas personas atendidas en el sector privado (Murden, 2019, p. 74; Fischer, 2022, p. 341), quienes tienen una barrera económica para acceder a la mediación al estar obligados a pagar por ella. Otro aspecto positivo de esta propuesta es que al ser un sistema único facilitaría la obtención de información necesaria para conocer el funcionamiento del mecanismo, y por ello posibilitando la adopción de medidas generales para superar los obstáculos. En suma, la reforma no pareciera tener mayores complicaciones, salvo el aumento de la demanda de mediación en ciertas regiones, especialmente para la región Metropolitana que acumula un gran porcentaje de solicitudes en ambos sectores.

El segundo grupo de propuestas de reforma corresponde a aquellas orientadas al sistema general de mediación o, mejor dicho, aquellas que afectan tanto al sector privado como público. La primera de ellas corresponde a la suspensión del plazo legal mediante el acuerdo de las partes. Esta propuesta fue planteada por Hozven (2022, p. 97), y posteriormente por en el “Estudio de efectos desjudicializadores de la mediación en salud Periodo 2011 – 2020” (Consejo de Defensa del Estado, 2022, p. 79) puesto que, como vimos

en el primer capítulo, es posible que el plazo sea un obstáculo para alcanzar un acuerdo, en el sentido que la regulación actual no se puede adecuar a las complicaciones que puede vivir alguna de las partes que le impida asistir a la mediación, como lo sería una complicación de salud de fuerza mayor.

La segunda reforma, también dispuesta por Hozven, refiere a que debiera cuestionarse la confidencialidad del mecanismo de mediación, ahora bien, no especifica si se refiere a una eliminación o atenuación. La razón de este autor es que identifica que en estos conflictos contienen un interés que va más allá del particular (2022, p. 98) por lo que se debiera tener mayor información sobre el desarrollo y solución de estos. Siguiendo este razonamiento ello permitiría moderar la discrecionalidad en cuanto a las indemnizaciones adoptadas en los acuerdos y obtener información para futuras políticas relacionadas con la salud. Esta propuesta si bien es sumamente interesante, la cual podría generar valiosa información para la sociedad en beneficio de la política pública en salud, puede ser a su vez perjudicial. Puesto que podría traer consigo un desincentivo en la participación de la mediación. La doctrina acerca de los ADR, y especialmente sobre mediación, ha sido clara con la importancia de la confidencialidad para arribar acuerdos (Lagos Ochoa, 2017, p. 135).

Finalmente, la última propuesta refiere a eliminar el carácter obligatorio de la mediación establecido en la Ley 19.966, transformando la mediación como una vía voluntaria accesible para quienes deseen alcanzar un acuerdo. Este tipo de modificación ha sido planteada en el ámbito nacional (Hozven, 2022, p. 95; Murden, 2019, p. 67) y también ha estado presente en la doctrina internacional como crítica a la fuerte presión a la participación en este tipo de mecanismos en el *common law* (Hensler, 2002, p. 99). La balanza entre la obligatoriedad y la voluntariedad de los ADR sin duda es uno de los temas más debatidos por la doctrina (Fandiño, 2017, p. 484), entre las ventajas que se han esgrimido para sostener el carácter obligatorio se encuentran; el aumento de casos beneficia a la economía de escala que se desarrolla en el sistema de mediación, la superación de barreras psicológicas y, a largo plazo, la utilización voluntaria del mecanismo (Vargas Pavez, 2008, p. 194).

No obstante, los argumentos a favor de la obligatoriedad puedan ser ciertos, resulta cuestionable que sean suficientes para contrarrestar los efectos negativos que se analizaron en el primer y segundo capítulo de este trabajo. Además, se debe tener en cuenta que este

mecanismo lleva más de 15 años funcionando en el país, y tal como fue posible observar en la primera sección de este capítulo, cuantitativamente no presenta mayores beneficios para ambas partes que su reducida duración en comparación con el sistema de justicia civil, mientras que cualitativamente no se visualiza que las necesidades jurídicas de las personas estén resueltas, sino que por el contrario ha hecho surgir otras. Dado lo anterior no pareciere que una reforma de estas características tenga un efecto negativo, incluso en este escenario es posible que la demanda por mediación se reduciría a aquellos casos donde realmente se desea utilizar el mecanismo.

A pesar de que en este conjunto de reformas las primeras cinco abordan problemas específicos de la Ley 19.966, algunas enfocadas en el ámbito privado y otras el sistema general de mediación, y la última propuesta no está dirigida a una dificultad particular, sino que busca superar una serie de problemas de una forma más general o simple, lo cual no implica que sea incorrecta, todas comparten un mismo contexto. Este contexto corresponde al movimiento del acceso a la justicia (Cofré, 2020, p. 252), por ello resulta interesante examinarlas individualmente o en su conjunto, según corresponda, bajo la óptica de este movimiento a fin de determinar su aporte para superar la naturaleza inidónea de la mediación en conflictos de mala praxis.

Una primera aproximación que permite evaluar estas propuestas en términos de acceso a la justicia en conjunto con la mediación es el análisis realizado por Barendrecht sobre las tres principales estrategias dispuestas por la literatura de este movimiento, las cuales son: la asistencia jurídica, el aumento de accesibilidad de los procesos y el *empowerment* (2011, p. 3). Adoptando este enfoque, es posible afirmar que la mediación guarda mayor afinidad con las últimas dos estrategias, es decir, la accesibilidad de los procedimientos y el empoderamiento. Con respecto a la primera estrategia, la cual estaría potenciada por las reformas que incentivan la utilización del mecanismo autocompositivo, daría cuenta de una vía con menores barreras a la justicia.

Por otro lado, las reformas cuyo contenido podría significar una disminución de la utilización de la mediación no serían beneficiosas para ninguna de ambas estrategias, en especial para el *empowerment* ya que significaría una disminución de su alcance. Tal sería el caso de las propuestas referidas a la atenuación de la confidencialidad y la eliminación del

carácter obligatorio del mecanismo. En este sentido, pareciera ser que estas reformas apartan la mirada de la mediación como una vía idónea para resolver estos conflictos y comienzan a tomar otras consideraciones, como lo sería el interés público comprometido en estos conflictos. Esta perspectiva, por un lado, se condice bastante con la estimación negativa de Barendrecht acerca de la posibilidad de mejorar el acceso a la justicia a través de la mediación, y, por otro lado, al efecto positivo que el correcto funcionamiento de la justicia tradicional facilita la consecución de acuerdos (2011, pp. 18 – 19).

A pesar de ello en la realidad jurídica chilena, a diferencia de la mediación, el sistema de justicia civil se presenta como un instrumento adecuado e idóneo para contribuir de manera efectiva en el acceso a la justicia en la resolución de los conflictos de responsabilidad por daños en salud. Esto se debe, en primer lugar, a que hemos visto los presupuestos del mecanismo autocompositivo no se ajustan a la realidad en los conflictos de la salud en Chile. Por ejemplo, el hecho que la relación presente en la mediación no es aquella que se encuentra dañada o bien porque la “tercera opción” que beneficia a ambas partes no pareciera existir. La única solución que pudiera tener esta característica sería recibir una “disculpa” por lo ocurrido, no obstante, se transformaría en un absurdo el mecanismo si esta fuera su justificación.

En segundo lugar, si bien se podría afirmar que, en comparación al juicio o al sistema de justicia civil la mediación en salud presenta menores barreras objetivas y daría respuesta a las necesidades de las personas. Sin embargo, esta afirmación resulta válida exclusivamente cuando se analiza cada vía de forma aislada, lo que puede generar la impresión de un atractivo en el uso del mecanismo, examen que desatiende el diseño normativo y la realidad práctica. Esto significa que para aquellos que no resuelven su conflicto en la mediación, que según los datos son la mayoría del universo de casos, los costos incurridos se suman a los costos totales de resolución, tal como es el caso que el tiempo invertido en la mediación a fin de cuentas sólo aplaza el tiempo que es necesario invertir en el juicio.

Para concluir este sucinto análisis comparativo y arrojar luz sobre la idoneidad sobre el acceso a la justicia de la vía judicial frente la mediación es relevante realiza un breve análisis a qué entendemos por “Justicia”, es decir, ¿Qué es aquello a que lo cual buscamos acceder? Adentrarnos en este tipo de cuestionamientos ciertamente podría llevarnos a una

amplia gama de definiciones que la filosofía ha ofrecido sobre el signo “Justicia”, sin ir más lejos Aristóteles distinguía entre diversos tipos. Sin embargo, en este contexto, la pregunta se encuentra más enfocada en los objetivos de la justicia en relación con el Estado que en la justicia misma.

Orientada la pregunta de esta manera, una de las mejores respuestas doctrinales que ha sido ofrecidas es la de Damaska en su libro “Las caras de la justicia y el poder del Estado: Análisis comprado del proceso legal” en donde se distingue entre dos tipos de Estado; uno de carácter reactivo y otro activo, en donde cada uno de ellos comprende la administración de justicia de forma diferente (2000, p. 125). La primera visión, correspondiente al Estado reactivo, el cual busca mantener una relación mínima con la sociedad, entiende a la administración de justicia como un foro de resolución de disputas. Por ello su función se limita a proporcionar un escenario el cual las partes en conflicto puedan acudir voluntariamente para resolverlos, de ahí su naturaleza como “reactivo”. Por otro lado, la segunda visión se refiere al Estado activo en el cual existe una mayor estrechez entre la vida social y las políticas estatales, siendo esta la única herramienta de superación de problemas sociales. En este tipo de Estado la administración de justicia se independiza del conflicto en sí mismos y se le reconoce como un mero síntoma de un problema de mayores implicaciones (Damaska, 2000, pp. 136 – 137 y 148 – 149).

Aunque la correlación no es perfecta, entendida de esta forma la “Justicia” y como se han ido desarrollando las vías institucionalizadas para la solución de un conflicto de negligencias médicas en este trabajo, se podría afirmar que la mediación alude se acerca más a la justicia de un Estado reactivo, mientras que el sistema de justicia civil se asemejaría más a uno de carácter activo. Ello vendría dado especialmente por el velo de confidencialidad con el que cubre la mediación a las disputas y, por otro lado, la posibilidad que tiene la justicia tradicional en contextos de responsabilidad civil para influencia a la sociedad, especialmente en contextos de daños por salud. Esta identificación entre cada vía y un tipo de Estado se encuentra vinculada a la comprensión de este tipo de conflictos, ya que pueden ser vistos como una disputa entre particulares o como un “supra problema” (Carvacho et al., 2022, pp. 363 – 364) relacionado con la calidad de la salud en el país.

Un ejemplo emblemático de esto fue el caso Poblete Vilches y otros, vs. Chile resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el cual comenzó como un caso de negligencia médica y culminó con la declaración de una violación al derecho a la salud por el Estado. En este caso el Sr. Vilches habría ingresado al Hospital público Sótero del Río por una insuficiencia respiratoria, durante su estadía se le habría practicado una intervención estando inconsciente y sin consentimiento de sus familiares. Inclusive en el expediente médico se habría falsificado la declaración de la esposa del Sr. Vilches (CIDH, 2018, p. 16). Además de esta negligencia el Sr. Vilches habría sufrido una serie de otras negligencias, tales como la negativa del Hospital a practicar una autopsia. En lo que respecta al fondo la Corte Interamericana de Derechos Humanos concluyó que el Estado chileno no habría garantizado el derecho a la salud (CIDH, 2018, p. 48). Esto debido a que el servicio prestado habría carecido del estándar de calidad mínima, por ejemplo, por haberlo dado de alta de forma precipitada. Por otro lado, la Corte concluyó que se vulneraron los elementos de accesibilidad y aceptabilidad, debido a la falsificación del consentimiento y la ausencia de información clara (CIDH, 2018, p. 47).

Adicionalmente, reconsiderando el nuevo paradigma de la justicia civil explicado anteriormente (Ezurmendia 2022) o examinando desde una perspectiva más laxa, también se podría afirmar que el sistema de justicia civil opera a su vez como un correlato de ambos tipos de “Justicia” establecidos por Damaska, puesto que permite resolver la disputa en concreto e influir en la sociedad por medio de su decisión. Dicho lo anterior es necesario prevenir que este punto y el anterior no significan que la correspondencia existente entre cada vía institucionalizada con un tipo de justicia sea plena, en otras palabras, perfectamente en cada vía se puede encontrar un elemento de la otra justicia, por ejemplo, el sistema de justicia civil sólo funciona cuando los sujetos acuden a él, elemento propio del Estado reactivo. Sin embargo, dado el impedimento que posee la mediación de ser categorizada como muestra de un Estado activo es posible aseverar que en términos comparativos de justicia el sistema de justicia civil la supera con creces.

En las últimas décadas la promoción en el establecimiento y utilización de mecanismos alternativos de resolución de conflictos ha ido en aumento, especialmente

cuando hablamos de mediación dado que esta se ha esgrimido como idónea para una diversa gama de conflictos jurídicos, muchas veces basándose que en términos comparativos al juicio o sistema de justicia civil permitiría un mayor acceso a la justicia. No obstante, pudiera ser cierto que en algunos contextos la mediación sea útil para tales efectos, en los conflictos de negligencia médica ello no es efectivo pues como fue posible observar en ambas secciones de este capítulo no presenta aportes significativos tanto en términos de acceso como en términos de justicia.

Lo dicho anteriormente no sólo comprueba la mayor idoneidad de la justicia tradicional para este tipo de disputas, sino que también reconfigura la posición de la mediación como una instancia de “consuelo” para aquellas personas que queriendo recorrer la vía del sistema de justicia civil se encuentran imposibilitadas a hacer, sea por barreras de información, objetivas u otras. En este sentido, si bien son valorables las reformas que revisadas en este capítulo que buscan mejorar los resultados del mecanismo autocompositivo el análisis cuantitativo, cualitativo y desde la óptica del acceso a la justicia nos muestra que los esfuerzos debieran centrarse en la otra vía institucionalizada, es decir, el juicio.

Pese a la posibilidad de profundizar este análisis, la principal conclusión y prevención de este capítulo sigue siendo que el establecimiento, mejora o mantención de cualquier política pública que tenga como objetivo mejorar el acceso a la justicia debe estar acompañada de un examen de carácter conceptual y práctico. Esto se debe a que incluso aquellas políticas que presuponemos más idóneas o seguras pueden resultar perjudiciales o contraproducentes a los objetivos buscados en un principio. En el contexto del refrán transcrito a inicios de este capítulo diríamos que estos casos son en donde puede “quemarse el pan”, como lo es el caso de la mediación de la Ley 19.966.

CAPÍTULO 4.- CONCLUSIONES GENERALES

El 03 de septiembre de 2004 se publicó en el Diario Oficial la Ley 19.966 cuyo objetivo era mejorar el derecho a la salud mediante el establecimiento de una serie de garantías referidas al acceso, oportunidad, protección financiera y calidad a un catálogo de enfermedades o problemas de salud. Además de esta política pública, durante su tramitación, se incorporó lo que hoy conocemos como la mediación en salud, un método alternativo de resolución de conflictos de carácter obligatorio y previo al sistema de justicia civil.

Esta incorporación se debió principalmente a la preocupación de que la Ley Auge significara un aumento en demandas indemnizatorias y, por tanto, un aumento excesivo de las causas en los tribunales. Sumado a ello se consideró que los intereses en los conflictos de negligencia médica iban mucho más allá del carácter pecuniario y que no eran necesariamente contrapuestos, por lo que la posible indemnización no era ni la única ni la mejor solución alcanzable.

En el presente año se conmemora el vigésimo aniversario de la promulgación de la Ley Auge, y con ello también se cumplen dos décadas desde la implementación de la mediación en salud. En otras palabras, han transcurrido veinte años desde la existencia de dos vías institucionalizadas con características completamente diferentes disponibles para las personas, periodo suficientemente extenso como para cuestionarse el funcionamiento de cada una de ellas y su adecuación para abordar este tipo de conflictos. Por ello, la pregunta de este trabajo es ¿Cuál de estos caminos es más idóneo para resolver un conflicto de negligencia médica desde una óptica del acceso a la justicia?

Con esta pregunta como objetivo, en primer lugar, nos adentramos en comprender las principales características de los conflictos de negligencia médica, así como en analizar la mediación en salud y el juicio o sistema de justicia civil, centrándonos en sus principales problemas. En segundo lugar, revisamos los argumentos presentados por la doctrina tanto nacional como internacional sobre los aportes e importancia de cada una de las vías en relación con el movimiento de acceso a la justicia. Finalmente, en el tercer capítulo, en razón a los datos disponibles realizamos un análisis comparativo cuantitativo y cualitativo entre la mediación en salud en el ámbito público y el sistema de justicia civil.

De este análisis fue posible concluir que la supuesta idoneidad que se atribuía a la mediación para resolver conflictos de responsabilidad civil médica y/o falta de servicio no se refleja en la realidad jurídica chilena. En virtud de esto, y como evidencia de ello, la mediación presenta graves problemas tanto en su normativa como en la práctica que se ha desarrollado en torno a ella. Podemos destacar entre ellos: la exclusión de ciertos prestadores de salud; la revictimización del paciente o su familia; la ausencia o inasistencia del personal de salud reclamado; la falta de incentivos para la parte reclamada; el costo asociado al mecanismo en el sector privado. Tanto la falta de idoneidad como sus problemas ha causado que la mediación presente una baja tasa de acuerdos, inferior al 20%, lo que representa en definitiva un reducido y/o dudoso aporte al acceso a la justicia.

Por otro lado, si bien el sistema de justicia civil o juicio también presenta problemas, principalmente por concepto de barreras objetivas relacionadas con la duración y los costos que conlleva, sigue siendo la vía más idónea para resolver los conflictos de negligencia médica. Lo anterior se debe, por un lado, a que posee; un importante rol para la preservación del Estado de Derecho; un efecto disuasivo e información especialmente en estos conflictos dado que existe un grupo reducido de posibles actores involucrados e inclusive un rol de potenciador de los acuerdos entre las partes en la medida que exista posibilidad real de juicio. Por otro lado, y tal vez el más importante considerando el acceso a la justicia, es el hecho que la mediación no responde de forma satisfactoria a las necesidades jurídicas que analizamos anteriormente.

Como fue posible observar en la Tabla N°6 de este trabajo, la cual aludía a los motivos que expresaron las personas para no actuar, las tres principales razones según la encuesta realizada por la consulta GFK Adimark (2015, p. 84) fueron “Nada que hacer” con un 46% “Demoraría mucho tiempo” con un 23% y “No sabe dónde acudir” con un 19%. Mientras que en el estudio de Centro de Estudios Justicia y Sociedad de la Pontificia Universidad Católica de Chile fueron “No sabía que podía llamar” con un 33,9%, “Costo, Distancia, Tiempo” con un 29,9% y “Problema Solucionable” con un 27,1% (CJS – UC, 2021, p. 91). Cuestiones que no pueden entenderse por solucionadas por medio de la mediación de la Ley 19.966.

Aunque previamente se habría planteado dos explicaciones plausibles al 46% que respondió que su inacción se debía a que no había “nada que hacer”, en donde ninguna de éstas justificaría una mayor idoneidad de la mediación, existe una tercera interpretación que ratifica aún más esta conclusión. Esta tercera interpretación refiere a entenderlo como una posible falta de información o educación legal en las personas en esta área de conflictos. En tal caso la mediación en salud no podría satisfacer las necesidades de aquellos que respondieron “Nada que hacer” y “No sabe dónde acudir” puesto que su rango de acción es posterior a la solución de estas necesidades. Conclusión que se mantiene para el caso del 33,9 % de las personas que respondió que “No sabía que podía llamar o a quién llamar” en el segundo estudio analizado (CJS – UC, 2021, p. 91).

La situación es similar con el 23% que respondió que “Demoraría mucho tiempo”, ya que, aunque la mediación en salud, según los datos analizados, es 12 veces más rápida que el sistema de justicia civil por cuestiones de diseño normativo y porcentaje de acuerdos se transforma o tendría un efecto de dilación o retraso de la solución del conflicto. En otras palabras, dado que la mediación en salud es una etapa previa y obligatoria de la presentación de la demanda, y menos del 20% de las personas llegan a un acuerdo, para el resto, es decir, cerca del 80%, esta no es más que una profundización de su necesidad jurídica.

Aunque podría argumentarse que la mediación no es obligatoria en sí misma, por lo que no implicaría una profundización de las necesidades jurídicas, sostener este argumento caería en el absurdo, ya que la existencia del sistema de mediación se sustentaría precisamente en la posibilidad de no mediar, dejando como única vía al juicio, que supuestamente no es la vía más idónea de solución. Además, sería injustificado la actual destinación de recursos al sistema de mediación en salud si la respuesta a los problemas que hemos revisado es que no es necesario que las partes reclamantes y reclamada medien.

La posibilidad de mejorar el acceso a la justicia para los conflictos de negligencia médica o falta de servicio en estos sectores de la administración del Estado es posible, pero cualquier modificación o reforma debe ir acompañada de un conocimiento del contexto en el que se busca producir una mejora. Este requisito nos permite evitar seguir recorriendo este camino a ciegas, con el temor de que el tiempo y los recursos invertidos no den los resultados esperados. Ello podría implicar que la mediación establecida por la Ley 19.966 aún tiene el

potencial de obtener mejores resultados. Sin embargo, es posible que para alcanzar tal objetivo sea necesario concentrar nuestros esfuerzos en mejorar la otra vía institucionalidad, es decir, la justicia civil, cuya mayor idoneidad ha sido demostrada en este trabajo.

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla N°1

Solicitudes de mediación correspondientes al año 2022

	Sector Público	Sector Privado	Total
Solicitudes Ingresadas	1.943	1.712	3.655
Porcentaje	53,16%	46,84%	100%

Fuente: (CDE, 2022, p. 2; Supersalud, 2022, p. 5)

Tabla N°2

Razones de termino mediaciones ante CDE entre los años 2006 – 2020

Motivo	Expiración del plazo	Incomparecencia (reclamante/ prestador)	Decisión de las partes	Desistimiento o incompetencia	Acuerdo	Total
Casos	1.283	428	10.681	138	2.905	15.435
(%)	8,3%	2,77%	69%	0,89%	18,8%	100%

Fuente: (Hozven 2022, pp. 39 – 40.)

Tabla N°3

Presencia de necesidades jurídicas o problemas justiciables – conflictos de salud.

Categoría/Presencia	GFK Adimark 2015	CJS – UC 2021
Presencia total de necesidades jurídicas o problemas justiciables	44,5 % reconoce haber tenido necesidades jurídicas.	76,6 % enfrentó un problema justiciable.
Necesidades Jurídicas o Problemas Justiciables en Salud	8,4 % corresponde a problemas de Salud.	27,7 % corresponde a problemas de Salud

Fuente: Elaboración propia basado en (GFK Adimark, 2015, p. 28; CJS – UC, 2021, p. 52)

Tabla N° 4*Dilema del prisionero en conflictos de responsabilidad civil médica.*

	Prestador de salud coopera	Prestador de salud no coopera
Paciente coopera	<p>Si el acuerdo es una indemnización:</p> <ul style="list-style-type: none"> - El prestador se libera de un “castigo” judicial superior. - La paciente se libera del “castigo” judicial. <p>Si el acuerdo es una nueva prestación.</p> <ul style="list-style-type: none"> - El prestador reduce el coste de asumir los daños. - El paciente obtiene una “reparación” 	<p>En caso de no existir juicio:</p> <ul style="list-style-type: none"> - El prestador se libera de cualquier tipo de “castigo”. - El paciente o la familia soporta todo el daño. <p>En caso de existir juicio:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Existe la posibilidad de que el prestador sea “castigado” judicialmente. - Existe la posibilidad de que el paciente obtenga una “reparación”.

Fuente: Elaboración propia basado en el dilema del prisionero dispuesto en (Barría G., 2005.)

Tabla N°5*Valores comparativos para duración de procesos de mediación y judiciales (2011 – 2020)*

Año de término mediación	Tiempo medio (en días corridos) de mediación [a]	Tiempo medio (en días corridos) de proceso judicial [b]	Proporción del ahorro en tiempos de respuesta de mediación sobre opción judicial.
2011	69,41	1.237,23	17,82
2012	69,59	1.112,58	15,99
2013	73,29	1.000,18	13,65
2014	74,50	996,81	13,38
2015	75,75	966,73	12,76

2016	77,30	824,65	10,67
2017	79,66	774,40	9,72
2018	78,33	648,50	8,28
2019	80,31	366,00	4,56
2020	113,59	194,00	1,71
Promedio	78,34	963,14	12,29
periodo (2011 – 2020)			
Promedio	75,72	964,83	12,74
periodo (2011 – 2019)			

Fuente: Estudio “Efectos desjudicializadores de la mediación en salud 2011 – 2020” (Consejo de Defensa del Estado, 2022, p. 26)

Tabla N°6

Valores comparados de montos indemnizatorios en mediación y juicio, en pesos (2011 – 2020)

Año de término mediación	Promedio de montos a pagar en indemnización en mediación	Promedio de montos a pagar por indemnización en sede judicial	Ratio o proporción de ahorro en gasto público por indemnización
2011	5.651.637	57.003.008	10,09
2012	7.653.848	79.417.075	10,38
2013	5.237.698	60.000.680	11,46
2014	8.951.927	81.645.306	9,12
2015	8.205.378	47.436.505	5,78
2016	9.139.070	73.895.990	8,09
2017	10.706.770	94.753.169	8,85
2018	13.188.753	149.293.819	11,32
2019	13.139.556	22.539.872	1,72

2020	16.068.175	15.000.000	0,93
Promedio periodo (2011 – 2020)	10.418.771	74.575.449	7,16
Promedio periodo (2011 – 2020)	9.866.712	74.774.698	7,58

Fuente Estudio “Efectos desjudicializadores de la mediación en salud 2011 – 2020” (Consejo de Defensa del Estado, 2022, p.29)

Tabla N°7

Tasa de acuerdo y judicialización según daño reclamado

Daño Principal	Total, de reclamos terminados en el CDE	Tasa de acuerdo en mediación	Total de reclamos terminados sin acuerdo en el CDE	Tasa de judicialización
Muerte	2.054	13,9	2579	20,2
Invalidez total	720	14,8	625	13,3
Invalidez parcial	3.906	25,2	3.040	10,6
Daño psicológico	3.161	23,4	2.496	10,9
Gastos provocados por el daño	274	24,5	212	5,2
Pérdida de ingresos	44	13,2	39	0,0
Otros	127	28,9	94	16,0

Fuente: Elaborado en base al Estudio: “Efectos desjudicializadores de la mediación en salud 2011 – 2020” (Consejo de Defensa del Estado, 2022)

Tabla N°8

Accionar de personas frente conflictos de salud.

GFK Adimark 2015	Nada	Conversar	Amenazar	Denuncia	Consejo Legal	Demanda	Método Colaborativo
	49%	33%	2%	6%	2%	1%	3%
CJS UC 2021	Nada	Búsqueda de información	El problema se resolvió	No sabe o No responde			
	54,1%	27,0 %	17,1 %	1,8 %			

Fuente: Elaborado en base a (GFK Adimark, 2015, p. 81; CJS – UC, 2021, p. 88).

Tabla N°9

Motivo para “No hacer nada” en el área de salud.

GFK Adimark 2015	Muy caro	No sabe dónde acudir	Demora mucho tiempo	Nada que hacer	No fue tan grave	Miedo	Otros ya hacían algo
	5 %	19 %	23 %	46 %	3 %	7 %	0 %
CJS UC 2021	Problema Solucionable	Costo, Distancia, Tiempo	No sabía que podía llamar	Miedo o temor parecer conflictivo	Problema Resuelto – No necesitaba consejo		
	27,1%	29,9%	33,9%	26,2%	22,4%		

Fuente: Elaborado en base a (GFK Adimark, 2015, p. 84; CJS – UC, 2021, p. 91).

BIBLIOGRAFÍA

1.- DOCTRINA

Adrews, N. (2012). La combinación de la administración pública y privada de la justicia civil.

Revista de derecho (Valparaíso), (39), 253 – 289.

<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512012000200010>

Albiston, C. R., Edelman, L. B., & Milligan, J. (2014). The dispute tree and the legal forest.

Annual Review of Law and Social Science, 10, 105 – 131

<https://dx.doi.org/10.1146/annurev-lawsocsci-110413-030826>

Carvacho, P., Arriagada, I., & Cofré, L. (2022). Acceso a la justicia: Una revisión conceptual

de sus componentes: (Access to justice: A conceptual review of its components). *Oñati Socio-Legal Series*, 12(2), 354–382.

Disponible en: <https://opo.iisj.net/index.php/osls/article/view/1344>

Barendrecht, M. (2011). Legal Aid, Accessible Courts or Legal Information? Three Access to

justice strategies compared. *Global Jurist*, 11 (1). 1 – 24.

<https://doi.org/10.2202/1934-2640.1374>

Barría G., P. (2005). Mediación por daños en salud del CDE: Aporte a la cultura de la paz.

Revista de derecho Editada por el Consejo de Defensa del Estado, (14), 105 – 189.

Disponible en:

<https://www.cde.cl/estudiosybiblioteca/revista-de-derecho/>

Barros Bourie, Enrique. (2006). “*Tratado de responsabilidad extracontractual*” (1ª. ed.)

Editorial jurídica de Chile.

- Bernal S., T. (2007). Conflicto y mediación. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 111 – 122. Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-A-2007-10011100122
- Briseño C., Frei, G., Larroucau, J., Olave, R. M., Serrano, S. (2014). La mediación como justicia. en: Millaleo H. S., Oyanedel S. J. C., Palacios M. D., Rojas, H. (Ed.), Sociología del derecho en Chile: Libro homenaje a Edmundo Fuenzalida (1ª. ed.). Ediciones Universidad Alberto Hurtado.
- Bocaro, A., Acevedo, N., Espinosa L., Fibla, G., & Reyes, A. (2021). Conflictividad Civil y barreras de acceso a la justicia en América Latina. Informe de Salud. Disponible en: <https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5667/Informe%20de%20Salud%20-%20OCCA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Candia, Paola, & Suazo Galdames, Iván. (2011). Tasa de Éxito del Sistema de Mediación Prejudicial por Daño en Salud en Chile entre los Años 2005 y 2009. *International journal of odontostomatology*, 5 (3), 300-303. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-381X2011000300015>
- Cappelletti, M. (1993). Alternative dispute resolution process within the framework of the World – Wide Access to Justice movement. *The Modern Law Review*, 56, (3), 282 – 296. <https://doi.org/10.1111/j.1468-2230.1993.tb02673.x>
- Castillo, J. (2006). Problemas de acceso a la justicia civil en Chile. En: Silva, P., García, J., Leturia, F. (Ed.), *Justicia Civil y Comercial: Una reforma pendiente. Bases para el*

diseño de la Reforma Procesal Civil. Santiago, Chile, Chile: Fundación Libertad y Desarrollo y Pontificia Universidad Católica de Chile, (pp. 313 – 335).

Centro de Estudios Justicia & Sociedad. (2021). Necesidades jurídicas y curso de acción del ciudadano ante las barreras de acceso a la Justicia. Versión corregida en junio 2021 por la Dirección de Estudios de la Corte Suprema. Disponible en: <https://direcciondeestudios.pjud.cl/direccion-de-estudios-realiza-coloquio-sobre-resultados-del-estudio-necesidades-juridicas-y-cursos-de-accion-del-ciudadano-ante-las-barreas-de-acceso-a-la-justicia>

Cofré Pérez, L. (2020). Derecho a la tutela judicial ya la asistencia jurídica. En: Contreras P., & Salgado C. (Eds.) Curso de derecho fundamentales. Valencia: Tirant lo Blanch, 317-342.

Cofré Pérez, L. (2022). El derecho a la asistencia jurídica en la nueva constitución: Aportes para el debate constituyente. En: Ezurmendia J. (Ed.) Principios de Justicia Civil. (1ª Ed. pp. 421 – 448) J.M Bosch

Cofré Pérez, L. (2022). La idea de empoderamiento legal y su relevancia para el trabajo de clínicas jurídicas. En: Lepin M., Ejsmentewicz D., Maldonado F., & Conejo M. (Eds.), Estudios sobre enseñanza clínica del derecho: Actas Primeras jornadas nacionales de enseñanza clínica del derecho. (pp. 235 – 242) Santiago, Chile. Tirant lo Blanch

Consejo de Defensa del Estado. (2022). Estadísticas de mediación por daños en salud. Disponible en: https://www.cde.cl/gestion_institucional/wp-

[content/uploads/sites/11/2023/01/Estadistica-Mediacion-en-Salud-ano-2022_v_final.pdf](https://derecho.uchile.cl/dam/jcr:9496c5ea-c1d8-4fee-9c77-f60daa145b49/Estadistica-Mediacion-en-Salud-ano-2022_v_final.pdf)

Consejo de Defensa del Estado. (2022) Estudio de efectos desjudicializadores de la mediación en salud periodo 2011 – 2020. Disponible en: <https://derecho.uchile.cl/dam/jcr:9496c5ea-c1d8-4fee-9c77-f60daa145b49/Estudio-efectos-desjudicializadores-de-la-mediacion-en-salud-2011-2020-CDE-para-publicar.pdf>

Consejo de Defensa del Estado. (2023) Estadísticas de mediación por daños en salud. Disponible en: www.cde.cl/gestion_institucional/wp-content/uploads/sites/11/2024/01/Estadistica-Mediacion-en-Salud-CDE-ano-2023.pdf

Correa, J., Peña, C., & Vargas, J. E. (2001). El rol del Estado y el Mercado en la Justicia. Cuadernos de análisis jurídico, 42. Disponible en: <https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/4992/EIRolEstadoyElMercadoenlaJusticia.pdf?sequence=1>

Damaska, M. R. (2000). Las caras de la justicia y el poder del Estado: Análisis comparado del proceso legal. (1ª. ed). Editorial Jurídica de Chile.

De la Maza Gazmuri, Í. (2004) La tradicional dignidad de la profesión: abogados y publicidad en Chile. Revista Derecho y Humanidades, (10). Disponible en: <https://derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/RDH/article/view/17021>

Edwards, H. T. (1986). Alternative dispute resolution: Panacea or Anathema? *Harvard Law Review*, 99 (3), 668 – 684

<https://doi.org/10.2307/1341152>

Escobar Ruiz, J (2019). La resolución alternativa de disputas contencioso – administrativas. *Revista de derecho editada por el Consejo de Defensa del Estado* (39), 37 – 101. Disponible en:

<https://www.cde.cl/estudiosybiblioteca/revista-de-derecho/>

Ezurmendia Álvarez, J. (2022). Diseño institucional y modelo de justicia civil simbiosis orgánica y funcional. En: Ezurmendia J. (Ed.) *Principios de Justicia Civil*. (1ª Ed. pp. 35 – 76) J.M Bosch.

<https://doi.org/10.2307/j.ctv2k058gq.7>

Fundación de Asistencia Legal del Colegio Médico. (2022) Memoria 2022. Disponible en: https://www.falmed.cl/falmed/site/docs/20230425/20230425170635/memoria_2022.pdf

Farrow, Trevor C. W. (2014). What is Access to justice?. *Osgoode Hall Law Journal*, 51 (3), 957 – 988. Disponible en:

https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ohlj51&div=54&g_sent=1&casa_token=NqmmOKkmXk4AAAAA:VJCD_BMr5Jc7wWhNznrjV685fEihCQ2ZzJAwPXdTrTR4hhwvX2LsUF5P-4MaLuOVVFzu6NsI0w&collection=journals

Fandiño, M (2016). Recomendaciones para la implementación de mecanismos alternativos al proceso judicial para favorecer el acceso a la justicia. En: Fandiño, M. (Ed.), *Guía*

para la implementación de Mecanismos Alternativos al Proceso Judicial. (pp. 479 – 496). Centro de Estudios de Justicia de las Américas. (CEJA – JCSA).

Fischer, E. (2022). Vulneración al acceso a la justicia en casos de mediación obligatoria en materias de salud. En: Lepin M., Ejsmentewicz D., Maldonado F., & Conejo M. (Ed.), Estudios sobre enseñanza clínica del derecho: Actas Primeras jornadas nacionales de enseñanza clínica del derecho. (pp. 339 – 346) Santiago, Chile, Tirant lo Blanch.

Fiss, O. M. (2007). Contra la conciliación. En: O., Fiss. (Ed.), El derecho como una razón pública. (pp. 113 – 126). Marcial Pons.

García, J. F., & Leturia, F. J. (2006). Justicia civil: Diagnóstico, evidencia empírica y lineamientos para una reforma. *Revista chile de derecho*, 33 (2), 345 – 384.
<https://doi.org/10.4067/S0718-34372006000200008>

Genn, H. (1997). Understanding civil justice. *Current Legal Problems*, 50 (1), 155 – 187.
<https://doi.org/10.1093/clp/50.1.155>

Genn, H. (2009). *Judging Civil Justice* (1^a. ed.). Cambridge University Press.
<https://doi.org/10.1017/CBO9781139192378>

Geen, H. (2012). What is civil justice for reform, adr, and access to justice. *Yale Journal of law & the humanities*, 24 (1), 397 – 418. Disponible en:
https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/yallh24&div=21&g_sent=1&casa_token=SDvE2isuwhkAAAAA:0YMZ1zQGbwNgmuRQ0UXRvQBdlg_TzhEohEUioSCcRdH7flAMQV0vwg_ZY8jYC5hdCi31JpZurA&collection=journals

- GFK Adimark (2015). Encuesta nacional de necesidades jurídica y acceso a la justicia. Ministerio de Justicia Chile y Derechos Humanos. <http://biblioteca.digital.gob.cl/handle/123456789/653>
- Gutiérrez Araque, M. J. (2008). La mediación en salud y el acceso a la justicia. Revista de Derecho Editada por el Consejo de Defensa del Estado, (20), 111 – 137. Disponible en: <https://www.cde.cl/estudiosybiblioteca/docs/revista-20/>
- Hensler, D. R. (2002). Suppose it's not true: challenging mediation ideology. Journal of Dispute Resolution, 2002(1), 81-100.
- Hozven, D. (2022). Los problemas de la mediación en salud en Chile, a más de 15 años de su implementación. [Tesis para optar al grado de magíster en derecho mención derecho privado, Universidad de Chile] <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/187771>
- Hyman, D. A., & Silver, C. (2012). Justice has (almost) nothing to do with it: Medical malpractice and tort reform. En: Medicine and social justice: Essays on the distribution of health care. (pp. 531 – 542). Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:osobl/9780199744206.003.0043>
- Jequier, L., E. (2016). La mediación como alternativa de solución de los conflictos empresariales en Chile: Razones y mecanismos para su regulación. Revista de derecho (Valdivia), 29 (1), 91 – 118. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502016000100005>
- Jordán D., T. (2005). Ley N°19.966, que crea un régimen general de garantías en salud. Sinopsis y análisis desde la perspectiva de los derechos humanos plan Auge. Anuario

- de derechos humanos 2005, 99 – 109. Disponible en:
<https://anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/13256/13531>
- Lagos Ochoa, M., S. (2013). 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. *Revista de Estudios de la Justicia*, 0 (18), 83 – 110
<https://doi.org/10.5354/rej.v0i18.29919>
- Lagos Ochoa, M. S. (2016). Experiencia de la mediación por daños en salud y conveniencia de su extensión en el ámbito público. En XXI Congreso Internacional del CLAD (Centro latinoamericano de administración para el desarrollo), Chile.
- Lagos Ochoa, M. S. (2017). Resolución de conflictos en Chile a 50 años de la propuesta del sistema multipuertas de Frank Sander. *Revista de Derecho Editada por el Consejo de Defensa del Estado* (37), 115 – 147. Disponible en:
<https://www.cde.cl/estudiosybiblioteca/revista-de-derecho/>
- Lagos Tissie, D., & Bravo R., Lidia. (2020). Mediación en el sistema público de salud: oportunidades para mejorar. *Revista médica de Chile*, 148 (2), 211 – 215.
<http://dx.doi.org/10.4067/s0034-98872020000200211>
- Libman, C. B. (2011). Medicaul malpractice mediation: Benefits gained, opportunities lost. *Law and Contemporary Problems*, 74 (3), 135 – 150.
- Lillo, R. (2020). La justicia civil en crisis. Estudio empírico en la ciudad de Santiago para aportar a una reforma judicial orientada hacia el acceso a la justicia (formal). *Revista chilena de derecho*, 47 (1), 127 - 165.
<https://doi.org/10.4067/S0718-34372020000100127>

- Lillo, R., Cabezón, A., Fandiño, M. (2016). Mecanismos alternativos al proceso judicial para favorecer el acceso a la justicia en América Latina. En: Fandiño, M. (Ed.), *Guía para la implementación de Mecanismos Alternativos al Proceso Judicial*. (pp. 11 – 122). Centro de Estudios de Justicia de las Américas. (CEJA – JCSA)
- Macdonald, R. A. (2010). Access to civil justice. En: P. Cane & H. M. Kritzer (Eds.), *The Oxford handbook of empirical legal research*. (pp. 492 – 521). Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199542475.013.0022>
- Murden Suárez, M. (2019). Visión crítica de la mediación en salud en Chile, a más de diez años de su implementación. [Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile] <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/170296>
- Nolan-Haley, Jacqueline. (2018). Does adr's access to justice come at the expense of meaningful consent. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 33 (3), 373-396. Disponible en: https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ohjdpr33&div=19&g_sent=1&casa_token=ioruKRbXkS4AAAAA:HdbQCXsINDEY8FIuvfBeDLfYjWM14NtRZok1d-hQ5W0D5DpByg1g24ejpZZwfRwODdzjQrHNgQ&collection=journals
- Palomo Vélez, D., & Delgado Castro, J. (2016). Justicia civil pública y privada: Términos para un adecuado entendimiento. Una mirada desde Chile y sus procesos de reforma. *Civil Procedure Review*, 7 (2), 86 – 134. Disponible en: <https://www.civilprocedurereview.com/revista/article/view/125>

- Parra Sepúlveda, D. (2014). La evolución ético-jurídica de la responsabilidad médica”. *Acta Bioethica* 20 (2), 207 – 213 Disponible en: <https://actabioethica.uchile.cl/index.php/AB/article/view/33301>
- Parra Sepúlveda, D. Olivares Vanetti, A. & Riesco Mendoza, C. (2018). La mediación en el ámbito de la salud y su rol en la relación sanitaria. *Revista de derecho (Concepción)*, 86, (243), 121 – 144. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-591X2018000100121>
- Peña, Carlos (1997). Notas sobre la justificación del uso de sistemas alternativos. Disponible en: https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n2N1y2-Abril1997/02%201y2Juridica06.pdf
- Pleasence, P., & Balmer, N. J. (2019). Justice & the Capability to Function in Society. *Daedalus*, 148 (1), 140–149. https://doi.org/10.1162/daed_a_00547
- Pizarro Wilson, C. (2008). Responsabilidad profesional médica: Diagnóstico y perspectivas. *Revista médica de Chile*, 136, (4), 539 – 543. <https://dx.doi.org/10.4067/S0034-98872008000400016>
- Pizarro Wilson, C., & Vidal Olivares, Á. (2017). *La responsabilidad civil médica*. (1ª. ed.) Thompson Reuters.
- Riego, C. & Lillo, R. (2015). ¿Qué se ha dicho sobre el funcionamiento de la justicia civil en Chile?: Aportes para la reforma. *Revista chilena de derecho privado*, (25), 9 – 54 <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722015000200001>

Superintendencia de Salud. (2022). Boletín N°4 – 2022 Mediación diciembre con prestadores de salud privados. Disponible

https://www.supersalud.gob.cl/documentacion/666/articulos-22519_recurso_2.pdf

Tarud Aravena, Claudia. (2013). El principio de voluntariedad en la legislación de mediación familiar, en Chile. *Opinión Jurídica*, 12(23), 115-132. Retrieved January 30, 2024,

Disponible en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-25302013000100008&lng=en&tlng=es.

Vargas, J. E. (2001). Problemas de los sistemas alternos de resolución de conflictos como alternativa de política pública en el sector judicial. *Revista sistemas judiciales*. 2, 1 –

11. Disponible en:

https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/891/art_juan_e_vargas.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Vargas Pavez, M. (2008). Mediación obligatoria: Algunas razones para justificar su incorporación. *Revista de derecho (Valdivia)*, 21 (2), 183 – 2020.

<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502008000200008>

Vargas Pavez, M. (2013). Caso de Pamela de las Mercedes Bahamondes Moreno. Tribunal Constitucional. Sentencia de 10 de julio de 2012. *Revista chilena de derecho privado*,

(20) 309 – 316.

<https://doi.org/10.4067/S0718-80722013000100018>

Vial A., J. (2006) Reforma procesal civil: una mirada desde el derecho norteamericano. en Silva, P., García, J., Leturia, F. (Ed.), *Justicia Civil y Comercial: Una reforma pendiente*. Bases para el diseño de la Reforma Procesal Civil. Santiago, Chile, Chile:

Fundación Libertad y Desarrollo y Pontificia Universidad Católica de Chile, (pp. 703 – 720).

Zuckerman, A. A. S. (1999). Justice in crisis: Comparative dimensions of civil procedure. en: Zuckerman A. (Ed) Civil justice in crisis: Comparative perspectives of civil procedure. Oxford University Press, (pp. 2 – 52).
<https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198298335.003.0001>

2.- JURISPRUDENCIA

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Poblete Vilches y Otros vs. Chile, 08 de marzo de 2018. Disponible en:
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf

Tribunal Constitucional. Sentencia R.O.L 2.042 – 2011 “Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 43, incisos primero y segundo, de la Ley N°19.966, que establece el régimen de garantías de salud, del año 2004”.

3.- NORMATIVA

Ministerio de Justicia. Código Penal.
Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1984&idParte=0>

Contraloría General de la República. Dictamen N° 023078N14 – 2014. Disponible en:
<https://www.contraloria.cl/pdfbuscador/dictamenes/023078N14/html>

Ministerio de Salud. Ley 19.966 de 2004. Establece un régimen de garantías en salud.
Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=229834>

Ministerio de Salud. Decreto N°47 de 2005. Reglamento de mediación por reclamos en contra de prestadores institucionales públicos de salud o sus funcionarios y prestadores privados de salud. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=239372>

Ministerio de Salud y Ministerio de Hacienda. Resolución Exenta N°142 de 2005. Establece montos máximos a pagar por los prestadores institucionales públicos en virtud del procedimiento de mediación establecido por la Ley 19.966

Ministerio de Salud. Ley 20.584 de 2012. Regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1039348>