



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE ENSEÑANZA CLÍNICA DEL DERECHO

**Visión crítica de la mediación en salud en Chile, a más de diez años de su
implementación**

Memoria para optar al Grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales

Alumna: Melany Murden Suárez

Profesora Guía: María Nora González Jaraquemada

Santiago, Chile 2019

“El futuro está abierto de par en par. Depende de nosotros; de todos nosotros. Depende de lo que nosotros y muchos otros seres humanos hacemos y habremos de hacer; hoy y mañana y pasado mañana. Y lo que hacemos y habremos de hacer; depende a su vez de nuestro pensamiento; y de nuestros deseos, nuestras esperanzas, nuestros temores. Depende de cómo percibimos el mundo; y de qué tipo de juicio nos formamos acerca de las posibilidades ampliamente abiertas de futuro”. (Popper, Karl. La responsabilidad de vivir, escritos sobre política, historia y conocimiento, 1995, p. 203).

ÍNDICE

| | |
|--|-----|
| INTRODUCCIÓN | 7 |
| I. LA SALUD Y SU PROTECCIÓN COMO DERECHO A NIVEL NACIONAL E INTERNACIONAL | 9 |
| 1. La salud | 9 |
| 2. El derecho a la salud..... | 13 |
| 3. Los estándares internacionales en el derecho a la salud | 17 |
| 4. El derecho a la salud en Chile | 26 |
| 5. Ley 19.966 “Establece un régimen de garantías en salud” | 33 |
| II. EXPERIENCIA DE LOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN SALUD EN EL DERECHO COMPARADO | 41 |
| 1. México | 41 |
| 2. Perú | 48 |
| 3. Argentina | 54 |
| III. ANÁLISIS COMPARATIVO DE CUATRO ASPECTOS DE LA MEDIACIÓN EN SALUD EN CHILE..... | 60 |
| 1. Costo económico..... | 70 |
| 2. Formación profesional de los mediadores | 77 |
| 3. Acceso geográfico a los lugares en donde se llevan a cabo las mediaciones | 84 |
| 4. Duración y efectividad de las mediaciones..... | 90 |
| CONCLUSIONES..... | 112 |
| BIBLIOGRAFÍA | 117 |
| ANEXO | 128 |

INTRODUCCIÓN

Una vida digna presupone la existencia de salud, ya que esta es esencial para el normal desarrollo de todas las necesidades biológicas y psíquicas de las personas, así como de los diversos requerimientos sociales que exige el diario vivir. Además, es fundamental para alcanzar el máximo potencial de todas las cualidades emocionales, intelectuales y físicas de los seres humanos. Es por esto que es tan relevante y si bien es responsabilidad de cada individuo también lo es del Estado, como garante¹ de los derechos fundamentales de todas las personas.

Internacionalmente, la salud ha sido elevada a la categoría de derecho humano, existiendo múltiples tratados que lo reconocen en ese sentido. De esta manera muchos países incluyendo el nuestro, se han obligado a proteger y garantizar el derecho a la salud bajo los estándares internacionales de derechos humanos, teniendo el deber jurídico de cumplir dichas normas para beneficio de todos sus habitantes, sin excepción.

Este derecho ha sido tratado internacionalmente de una manera amplia, ya que incluye también la forma en que se resuelven los conflictos en salud. En el caso de Chile, incluye la mediación en salud, incorporada por nuestro legislador y que en términos simples consiste en un mecanismo extrajudicial de resolución de conflictos, en donde un tercero imparcial asiste a las partes para alcanzar un acuerdo satisfactorio para todos los involucrados.

En razón de lo anterior, es que el objetivo de este trabajo es analizar el funcionamiento del sistema de mediación en salud en Chile², a través del examen del derecho a la salud tanto a nivel nacional como internacional; la comparación de las experiencias de tres países latinoamericanos; y finalmente, la revisión de información del sistema de mediación en salud obtenida a través de la ley de transparencia.

¹ Constitución Política de la República de Chile, de 24 de octubre de 1980, artículo 1° inciso 4. [en línea] [consulta: 19 diciembre 2017]. Disponible en: <www.bcn.cl>. “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”.

² Ley N° 19.966, de 03 de septiembre de 2004. [en línea] [consulta: 19 diciembre 2017]. Disponible en: <www.bcn.cl>.

En ese sentido, este trabajo consta de tres capítulos, el primero de ellos trata de la importancia de la salud y del derecho a la salud, este último es analizado desde una perspectiva nacional (bajo la Ley N° 19.966 y la Constitución de la República) y una internacional referida específicamente a los derechos humanos.

El segundo capítulo da cuenta del sistema de resolución de controversias en salud, en el derecho comparado, sobre la base de la realidad de tres países: México, Perú y Argentina, con el objetivo de ver las diferencias con nuestro país y a su vez aprovechar su experiencia al incorporar la mediación en salud.

El tercer capítulo realiza un análisis de la mediación en salud en nuestro país, sobre la base de cuatro factores comparativos (costo económico, accesibilidad geográfica, formación profesional de los mediadores y duración y efectividad de las mediaciones) con información obtenida a través de la ley de Transparencia, su objeto es evidenciar la falta de equidad y eficacia del sistema.

Esta memoria busca exponer una realidad compleja de nuestro país (sobre la base de los datos aportados a la fecha de creación de este trabajo) que dice relación con el acceso a la justicia en materia de mediación en salud, ya que esta última no otorga un mecanismo de resolución de conflictos de calidad, efectivo y para todas las víctimas en salud, puesto que posee falencias en términos de acceso (económico, geográfico y con respecto a los prestadores relacionados) de calidad, de especialización de los mediadores y de efectividad de los acuerdos.

Finalmente a modo de conclusión se propone la creación de un sistema de mediación en salud con carácter universal, justo, equitativo e integral, que vele por los derechos humanos y sociales de todas las víctimas, así como también por los de sus familias.

I. LA SALUD Y SU PROTECCIÓN COMO DERECHO A NIVEL NACIONAL E INTERNACIONAL

Este primer capítulo tiene por objetivo entregar un marco introductorio respecto de cómo ha sido definida la salud y el derecho a la salud tanto a nivel nacional como internacional, y cómo se han materializado sus garantías en Chile por medio de la Ley N° 19.966.

1. La salud

La salud es esencial para la existencia de la vida en todas sus formas, porque de ella depende el desarrollo de todas las funciones vitales de los seres vivos. Ha tenido un amplio tratamiento en diversas áreas del saber, pero en esta investigación y en estas primeras líneas introductorias, daremos brevemente un vistazo a ella (para evidenciar su carácter esencial) desde tres perspectivas diferentes, pero íntimamente interrelacionadas entre sí. En primer lugar, desde la biológica, la salud es esencial para la ejecución de las acciones vitales de todo ser vivo, tales como: respirar, alimentarse, hidratarse, desplazarse, etc. Desde una perspectiva referida específicamente a la condición humana, la salud es fundamental para el desarrollo de las acciones propias y básicas de las personas, tales como: pensar, contemplar, razonar, meditar, reflexionar, decidir, comunicarse, escribir, etc. Y finalmente, desde una mirada sociológica, la salud es la base para el desarrollo de las acciones que dicen relación con los roles que las personas cumplen en sociedad, tales como: estudiar, trabajar, relacionarse con el entorno sociopolítico, interactuar con el medio ambiente, etc.

Conforme a lo anteriormente dicho, la condición esencial para la actividad física, psicológica y emocional del ser humano, así como, para el desarrollo de sus máximas potencialidades, es la salud, constituyéndose así, en el pilar fundamental de una vida digna. Es por ello que, independientemente de la edad, el sexo, la religión, la nacionalidad o las condiciones socioeconómicas, todos los seres humanos buscan mantener un adecuado estado de salud que los acompañe durante toda su vida.

En ese sentido, si el cuerpo y la mente no se encuentran en un equilibrio armónico para enfrentar dichos desafíos, vivir se vuelve una experiencia abrumadora y en algunas ocasiones

hasta insoportable o indeseable. Tal es el caso, de las personas que sufren enfermedades degenerativas o muy dolorosas sostenidas en el tiempo. Para ellas, simplemente vivir, se convierte en una experiencia tortuosa. Esta situación, ha llevado que muchas veces, decidan tomar la alternativa de acabar con sus vidas. Una cruda y triste realidad, muy atingente por lo demás, a la actual discusión de la procedencia de la eutanasia en nuestro país.

Por lo tanto, crear y promover las condiciones necesarias para el desarrollo de una buena salud no solo es responsabilidad de cada individuo, sino que forma parte de las obligaciones prioritarias del Estado, como garante de los derechos fundamentales de todos sus habitantes, y como responsable además, de la salud pública de toda su población.

Ahora bien ¿qué es lo que se ha entendido por salud? En primer lugar, debemos distinguir la salud referida a la persona como individuo y luego la referida a un colectivo, es decir, la salud pública.

En cuanto a la salud individual, la Real Academia de la Lengua Española (RAE) ha entendido la salud como: “Estado en que el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones”³. También la ha definido como el: “Conjunto de las condiciones físicas en que se encuentra un organismo en un momento determinado”⁴. Para la Organización Mundial de la Salud (OMS) la salud es: “Un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”⁵. Ahora bien, esta definición es antigua y ha sido centro de muchas críticas, ya que no refleja la situación actual, en cuanto a factores que dicen relación con el tipo de enfermedades y con la demografía de las poblaciones, a pesar de ello se sigue utilizando; “Esta definición data de 1948, y si bien ha sufrido numerosas críticas, es aún al día de hoy la más conocida y aceptada globalmente por la comunidad sanitaria y la población en general”⁶.

³ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA [en línea]. [consulta: 6 octubre 2017]. Disponible en: <www.rae.es>.

⁴ *Ibid.*

⁵ CONSTITUCIÓN DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. *Documentos básicos*, suplemento de la 45ª edición [en línea] octubre, 2006, p. 1. [consulta: 8 enero 2018]. Disponible en: <https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf>. Extracto del preámbulo del tratado constitutivo de la Organización Mundial de la Salud de 1946.

⁶ HERRERO JAÉN, Sara. *Formalización del concepto de salud a través de la lógica: impacto del lenguaje formal en las ciencias de la salud. Ene* [en línea] Santa Cruz de la Palma, 2016, vol. 10, n. 2. (parte introductoria) [consulta: 3 junio 2018]. Disponible en: <http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1988-348X2016000200006>.

Cuando se habla de salud en términos colectivos, se refiere a la salud pública, y esta ha sido definida por la RAE, como: “Conjunto de condiciones mínimas de salubridad de una población determinada, que los poderes públicos tienen la obligación de garantizar y proteger”⁷. Para la OMS, la salud pública se refiere a: “Las acciones colectivas e individuales, tanto del Estado como de la sociedad civil, dirigidas a mejorar la salud de la población”⁸. Para Winslow, es: “El arte y la ciencia de prevenir las enfermedades, recuperar la salud y evitar las consecuencias de la enfermedad mediante la acción colectiva de la población”⁹.

Estas definiciones han quedado incompletas en la actualidad, ya que es claro que la salud no solo incluye conceptos biológicos, al contrario, el estado de salud de una persona se ve influenciada por múltiples factores que interactúan, como por ejemplo: factores económicos, sociales, educacionales, demográficos, laborales, medioambientales, etc. En ese sentido, para hablar de salud, es fundamental tomar en consideración, no sólo el estado biológico y las enfermedades de una determinada persona, sino que además su contexto de vida en general, es decir, su: genética familiar, nivel de ingreso económico, grado educacional, tipo de trabajo, estilo de vida, alimentación, núcleo de contención familiar, estado de sociabilidad, la práctica de algún deporte, entre otros. Es así como para La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)¹⁰, la salud incluye muchos factores que se relacionan directamente con los determinantes del aumento de la esperanza de vida¹¹ tales como: factores del sistema de salud (gasto en salud y gasto de bolsillo), factores de estilo de vida (tabaquismo, alcohol y dieta saludable), ingreso y otros factores socioeconómicos (ingreso, educación y desempleo) y finalmente los factores

⁷ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA [en línea]. [consulta: 7 octubre 2017]. Disponible en: <www.rae.es>.

⁸ Definición de la OMS. Citado en: SARMIENTO MACHADO, Julio. Algunas visiones sobre la disciplina, práctica y concepto de la salud pública. *Revista Chilena de Salud Pública* [en línea] 2013, vol. 17 (2), p. 152. [consulta: 3 mayo 2018]. Disponible en: <<https://revistasaludpublica.uchile.cl/index.php/RCSP/article/download/27116/28748/>>.

⁹ *Ibíd.*, Definición de Winslow.

¹⁰ OCDE. ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO. [en línea] [consulta: 14 noviembre 2018]. Disponible en: <<https://www.oecd.org/centrodemexico/laocde/>>. “Esta organización, fue fundada en 1961, agrupa a 36 países miembros y su misión es promover políticas que mejoren el bienestar económico y social de las personas alrededor del mundo”.

¹¹ OCDE. ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO. *Panorama de la Salud 2017. Indicadores de la OCDE* [en línea] Paris, 2018, Edición Canifarma. tabla n° 2.1, p. 38. [consulta: 5 mayo 2018]. Disponible en: <<https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264306035-es.pdf?expires=1557700222&id=id&accname=guest&checksum=48B3850E4F5607FBCBEDE99A4720363E>>.

ambientales (contaminación del aire). En razón de esto, podemos ver que actualmente, la salud es un concepto muy amplio determinado por un gran conjunto de factores de las más diferentes áreas.

Otro tema fundamental que integra el concepto de salud, está referido a los determinantes sociales¹² que se refieren a “las circunstancias en que las personas nacen, crecen, viven, trabajan y envejecen, incluido el sistema de salud. Esas circunstancias son el resultado de la distribución del dinero, el poder y los recursos a nivel mundial, nacional y local, que depende a su vez de las políticas adoptadas. Los determinantes sociales de la salud explican la mayor parte de las inequidades sanitarias, esto es, de las diferencias injustas y evitables observadas en y entre los países en lo que respecta a su situación sanitaria”¹³.

Entendiendo la gran magnitud del concepto salud, es importante también observar aquí, el tratamiento normativo del derecho a la salud respecto del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, puesto que, incluyó en su elaboración no solo los factores socioeconómicos, sino que también los determinantes básicos de la salud, reconociendo así, un concepto de salud en términos muy amplios. En ese sentido, señala que: “Al elaborar el artículo 12 del Pacto, la Tercera Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas no adoptó la definición de la salud que figura en el preámbulo de la Constitución de la OMS, que concibe la salud como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente como ausencia de afecciones o enfermedades”. Sin embargo, la referencia que en el párrafo 1 del artículo 12 del Pacto se hace al “más alto nivel posible de salud física y mental” no se limita al derecho a la atención de salud. Por el contrario, el historial de la elaboración y la redacción expresa del párrafo 2 del artículo 12 reconoce que el derecho a la salud abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua potable y a

¹² Citado en, WONG DE LIU, Claudia. *Determinantes Sociales de Salud* [en línea] 2012, figura n° 1, p. 4. [consulta: 3 marzo 2018]. Disponible en: <<https://saludpublicayepi.files.wordpress.com/2012/06/determinantes-sociales-2012.pdf>>. Así es como para el autor Dahlgren y Whitehead: “Los principales determinantes de la salud son: 1. Edad, sexo y factores constitucionales. 2. Estilos de vida del individuo. 3. Redes Sociales y comunitarias. 4. Agricultura y producción de alimentos/Educación/Ambiente laboral/Condiciones de vida y de trabajo/Desempleo/Agua y saneamiento/Servicios de atención de salud/Vivienda”.

¹³ WONG DE LIU, Claudia. *Determinantes sociales de la salud* [en línea] 2012, p. 1. [consulta: 5 marzo 2018]. Disponible en: <<https://saludpublicayepi.files.wordpress.com/2012/06/determinantes-sociales-2012.pdf>>.

condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano”¹⁴.

Por lo tanto, el concepto de salud es amplio y multifactorial, y no se restringe solo a las enfermedades o a la asistencia médica, muy por el contrario, involucra diferentes aristas¹⁵ que influyen directamente en la vida o muerte de millones de personas en el mundo.

2. El derecho a la salud

Este conjunto de factores que integran y definen el concepto salud, ha sido garantizado como derecho a la salud y ha sido reconocido mundialmente como un derecho humano¹⁶. Recordemos que los derechos humanos “son inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de raza, sexo, nacionalidad, origen étnico, lengua, religión o cualquier otra condición”¹⁷. En este sentido, la Organización Mundial de la Salud (OMS), afirma que: “el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano. El derecho a la salud incluye el acceso oportuno, aceptable y asequible a servicios de atención de salud de calidad suficiente”¹⁸.

Este derecho a la salud, como derecho humano, ha sido reconocido en varios instrumentos jurídicos internacionales, algunos de ellos son; la Declaración Universal de

¹⁴ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES. CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL. NACIONES UNIDAS. *Observación general 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud* [en línea] 2000, artículo 12, párrafo 4, p. 2. [consulta: 24 junio 2018]. Disponible en: <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf>>.

¹⁵ NACIONES UNIDAS [en línea]. [consulta: 19 enero 2019]. Disponible en: <<https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/health/>>. En objetivos de salud y bienestar. “[...] proporcionar una financiación más eficiente de los sistemas de salud, mejorar el saneamiento y la higiene, aumentar el acceso a los servicios médicos y proveer más consejos sobre cómo reducir la contaminación ambiental, lograremos progresos significativos en ayudar a salvar las vidas de millones de personas”.

¹⁶ RÍOS RUÍZ, Alma de los Ángeles y FUENTE DEL CAMPO, Antonio. *El derecho humano a la salud, frente a la responsabilidad médico legal: una visión comparada* [en línea] Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2017, p. 121. [consulta: 5 mayo 2017]. Disponible en: <<http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/DH-Salud-Responsabilidad-Medico-Legal.pdf>>. “El derecho a la salud es considerado dentro de los derechos económicos, sociales y culturales, por ende es un derecho humano que constituye junto con los demás derechos, un cuerpo independiente, universal e indivisible”.

¹⁷ NACIONES UNIDAS [en línea]. [consulta: 24 octubre 2018]. Disponible en: <<http://www.un.org/es/sections/issues-depth/human-rights/index.html>>.

¹⁸ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD [en línea]. [consulta: 29 septiembre 2018]. Disponible en: <www.who.int/mediacentre/factsheets/fs323/es/>.

Derechos Humanos¹⁹, en el artículo 25.1²⁰; El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 12²¹; El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 10²²; la Convención Internacional sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, en su artículo 5, apartado e)²³; en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, en su artículo 12.1²⁴; en la Convención de los Derechos de los Niños, en el artículo 24.1²⁵; la Convención sobre la Protección de los Trabajadores Migratorios y sus

¹⁹ NACIONES UNIDAS [en línea]. [consulta: 20 noviembre 2017]. Disponible en: <<http://www.un.org/es/sections/issues-depth/human-rights/index.html>>. “La declaración universal de los derechos humanos (DUDH) es un documento que marca un hito en la historia de los derechos humanos. Redactada por representantes de todas las regiones del mundo de diferentes culturas y tradiciones jurídicas, la Declaración fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en su resolución 217 A (III) como un ideal común para todos los pueblos y naciones. Estableció, por primera vez, derechos humanos fundamentales que deben protegerse universalmente. Desde su aprobación en 1948, la DUDH se ha traducido a más de 501 idiomas. Es el documento más traducido del mundo, y ha servido de inspiración para las constituciones de muchos nuevos Estados independientes, así como para numerosas nuevas democracias. Junto con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y sus dos protocolos facultativos (sobre el procedimiento de denuncia y sobre la pena de muerte); y con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y su protocolo Facultativo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos forman la conocida como Carta Internacional de Derechos Humanos”.

²⁰ Adoptada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948 en París. “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios [...]”.

²¹ Adoptado por la Asamblea General de la ONU mediante la Resolución 2200^a (XXI), de 16 de diciembre de 1966. “El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental..., entre las medidas que deberán adoptar los estados partes en el pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: c) la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y de la lucha contra ellas; d) la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”.

²² Adoptado por la Asamblea General de la OEA el 17 de noviembre de 1988 en San Salvador. “2. con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados Partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho: a) la atención primaria de la salud, entendiéndose como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad; b) la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado; c) la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; d) la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole; e) la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y f) la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables”.

²³ Adoptada por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965. “En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente convención, los Estados Partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes: e) Los derechos económicos, sociales y culturales, en particular: IV) El derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales [...]”.

²⁴ Aprobada por la Asamblea General de la ONU el 18 de diciembre de 1979. “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia”.

²⁵ Adoptada por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. “Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el

Familiares, en su artículo 28²⁶ y en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en su artículo 25^{27,28}. En cuanto a los instrumentos regionales que reconocen este derecho podemos mencionar los siguientes: la Carta Social de las Américas, en su artículo 17²⁹, en relación al artículo 33³⁰ del mismo cuerpo legal; la Carta Social Europea, en su artículo 11³¹, en relación al artículo 13 del mismo cuerpo legal; la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, en su artículo 16³²; la Convención Interamericana sobre

tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios [...]

²⁶ Adoptada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990. “Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a recibir cualquier tipo de atención médica urgente que resulte necesaria para preservar su vida o para evitar daños irreparables a su salud en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate. Esa atención médica de urgencia no podrá negarse por motivos de irregularidad en lo que respecta a la permanencia o al empleo”.

²⁷ Aprobada por la Asamblea General de la ONU el 13 de diciembre de 2006. Entrada en vigor el 03 de mayo de 2008. “Los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud”.

²⁸ Extraído del fallo, Poblete Vilches y otros vs Chile. Corte interamericana de Derechos Humanos. 08 marzo 2018.

²⁹ Aprobada en la segunda sesión plenaria de la Asamblea General de la OEA, de fecha 04 de junio de 2012. “Los Estados Miembros reafirman que el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin discriminación y reconocen que la salud es una condición fundamental para la inclusión y cohesión social, el desarrollo integral y el crecimiento económico con equidad. En este contexto, los Estados Miembros reafirman su responsabilidad y compromiso de mejorar la disponibilidad, el acceso y la calidad de los servicios de atención de salud. Los Estados Miembros están comprometidos con estos esfuerzos nacionales en materia de salud de acuerdo con los principios promovidos por la Agenda de Salud para las Américas 2008-2017: los derechos humanos, la universalidad, la integralidad, la accesibilidad e inclusión, la solidaridad panamericana, la equidad en salud y la participación social”.

³⁰ Aprobada en la segunda sesión plenaria de la Asamblea General de la OEA, de fecha 04 de junio de 2012. “Los Estados Miembros, inspirados en los principios de solidaridad y cooperación interamericanas, se comprometen a aunar esfuerzos para lograr que impere la justicia social internacional en sus relaciones y para que sus pueblos alcancen un desarrollo integral, condiciones indispensables para la paz y la seguridad. El desarrollo integral abarca, entre otros, los campos económico, social, educativo, cultural, científico, tecnológico, laboral, de la salud y ambiental, en los cuales deben obtenerse las metas que cada país defina para lograrlo. La cooperación interamericana es responsabilidad común y solidaria en el marco de los principios democráticos y de las instituciones del sistema interamericano. Cada Estado es responsable de su propio desarrollo. La cooperación hemisférica contribuye a afianzar la integración regional, el diálogo político y el multilateralismo, y complementa los esfuerzos nacionales dirigidos a la construcción de capacidades humanas e institucionales para el logro del desarrollo integral”.

³¹ Consejo de Europa (Estrasburgo). Aprobada en Turín el 18 de octubre de 1961... artículo 11: “Derecho a la protección de la salud. Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la protección de la salud, las partes contratantes se comprometen a adoptar, directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, medidas adecuadas para entre otros fines: 1) Eliminar, en lo posible, las causas de una salud deficiente; 2) Establecer servicios educacionales y de consulta dirigidos a la mejora de la salud y a estimular el sentido de responsabilidad individual en lo concerniente a la misma, [y]. 3) Prevenir, en lo posible, las enfermedades epidémicas, endémicas y otras. “Toda persona tiene derecho a beneficiarse de cuantas medidas le permitan gozar del mejor estado de salud que pueda alcanzar”. “Toda persona que carezca de recursos suficientes tiene derecho a la asistencia social y médica”.

³² Aprobada durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, en Nairobi, el 27 de julio de 1981. Artículo 16.1. “Todo individuo tendrá derecho a disfrutar del mejor estado físico y mental posible. 2. Los Estados firmantes de la presente Carta tomarán las medidas necesarias para proteger la salud de su pueblo y asegurarse de que reciben asistencia médica cuando estén enfermos”.

la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, en su artículo 19³³ y en la Declaración y Programa de Acción de Viena, en la sección II, apartado 41^{34,35}.

Estos son algunos tratados de Derechos Humanos que se refieren al derecho a la salud. Como se puede observar, todos concuerdan en que los Estados³⁶ deben asegurar y garantizar a todos sus habitantes, el disfrute al más alto nivel de salud física y mental posible³⁷ y avanzar en esa dirección, tomando las medidas que sean necesarias para su consecución. Es por ello que, se han dictado todas estas normas fundamentales en esta materia y giran esencialmente en el hecho que la dignidad³⁸ humana, pasa por garantizar el acceso a una salud de calidad, en condiciones de igualdad y sin discriminaciones arbitrarias.

Como ya vimos, la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos³⁹. Pero además, debemos agregar que posee un carácter integral e inclusivo⁴⁰, ya que se vincula y está esencialmente unido a otros derechos

³³ Adoptada en el quinto período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA en Washington, D.C., el 15 de junio de 2015. Ratificada por Chile el 7 de noviembre de 2017. Artículo 19: "Derecho a la salud. La persona mayor tiene derecho a su salud física y mental, sin ningún tipo de discriminación. Los Estados Parte deberán diseñar e implementar políticas públicas intersectoriales de salud orientadas a una atención integral que incluya la promoción de la salud, la prevención y la atención de la enfermedad en todas las etapas, y la rehabilitación y los cuidados paliativos de la persona mayor a fin de propiciar el disfrute del más alto nivel de bienestar, físico, mental y social".

³⁴ Conferencia Mundial de Derechos Humanos, aprobados el 25 de junio de 1993, Viena. Apartado 41. La Conferencia Mundial de Derechos Humanos reconoce la importancia del disfrute por la mujer del más alto nivel de salud física y mental durante toda su vida. En el contexto de la Conferencia Mundial sobre la Mujer y de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, así como de la Proclamación de Teherán de 1968, la Conferencia reafirma, sobre la base de la igualdad entre hombres y mujeres, el derecho de la mujer a tener acceso a una atención de salud adecuada y a la más amplia gama de servicios de planificación familiar, así como a la igualdad de acceso a la educación a todos los niveles.

³⁵ Extraído de la sentencia Poblete Vilches y Otros VS. Chile. Corte interamericana de Derechos Humanos. 08 marzo 2018.

³⁶ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES. CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL. NACIONES UNIDAS. *Observación general 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud* [en línea] 2000, artículo 12, párrafo 31, p. 9. [consulta: 9 marzo 2018]. Disponible en: <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf>>. "[...] la realización progresiva significa que los Estados Partes tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena realización del artículo".

³⁷ *Ibíd.*, párrafo 4, p. 2. "[...] el historial de la elaboración y la redacción expresa del párrafo 2 del artículo 12 reconoce que el derecho a la salud abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano".

³⁸ *Ibíd.*, párrafo 1, p. 1. "La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente".

³⁹ *Ibíd.*

⁴⁰ *Ibíd.*, párrafo 11, p. 3. "El comité interpreta el derecho a la salud, definido en el apartado 1 del artículo 12, como un derecho inclusivo que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los

humanos, “El derecho a la salud está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos, que se enuncian en la Carta Internacional de Derechos, en particular el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación. Esos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud”⁴¹.

La vida de las personas está determinada en su totalidad por el estado de su salud, de ahí la relevancia de su tratamiento en el ordenamiento jurídico, en el orden económico y en el ámbito sociopolítico tanto a nivel local, nacional como internacional. En ese sentido, es imperativo para el Estado, que el centro de todas las políticas públicas referidas a la salud, gire sobre la base de la dignidad de las personas, los derechos humanos y la consideración del carácter social del derecho a la salud.

3. Los estándares internacionales en el derecho a la salud

Dada la gran relevancia del derecho a la salud, es que a nivel internacional se han establecido medidas o patrones que regulan su aplicación. Estos estándares son fundamentales, ya que resguardan que el ejercicio de este derecho se haga en condiciones de igualdad y sin discriminación, siempre en la dirección del respeto de la dignidad humana.

En este trabajo, nos centraremos en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así es como para el Comité DESC, “el derecho a la salud en todas sus formas y a todos los niveles abarca los siguientes elementos esenciales e interrelacionados, cuya

principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva”.

⁴¹ *Ibid.*, párrafo 3, p. 2.

aplicación dependerá de las condiciones prevalecientes en un determinado Estado Parte⁴²: disponibilidad, accesibilidad (no discriminación, accesibilidad física, accesibilidad económica, acceso a la información), aceptabilidad y calidad.

No podemos hablar del derecho a la salud si no existen establecimientos de salud, así como centros de salud y de todos los bienes y servicios que lo integran, en cantidad suficiente. De la misma manera, si no hay una cantidad razonable de médicos que respondan frente a las necesidades de los habitantes, y en el mismo sentido, si no se tiene acceso a agua potable o a determinados medicamentos esenciales. Sin estos requisitos mínimos, simplemente no podemos hablar de disponibilidad⁴³.

En cuanto a la accesibilidad⁴⁴, el Pacto, se refiere a que estos bienes y servicios estén al acceso de todos, sin discriminación de ningún tipo, y dentro de todo el Estado. Esta accesibilidad se refiere directamente a cuatro dimensiones: la no discriminación (fundamentalmente busca que los grupos vulnerables y marginados puedan acceder, de hecho y de derecho, a los bienes y servicios de salud, sin ningún tipo de discriminación); la

⁴² *Ibid.*, párrafo 12. p. 3.

⁴³ *Ibid.*, párrafo 12, letra a), p. 3. “**Disponibilidad**: Cada Estado Parte deberá contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas. La naturaleza precisa de los establecimientos, bienes y servicios dependerá de diversos factores, en particular el nivel de desarrollo del Estado Parte. Con todo, esos servicios incluirán los factores determinantes básicos de la salud, como agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas, hospitales, clínicas y demás establecimientos relacionados con la salud, personal médico y profesional capacitado y bien remunerado habida cuenta de las condiciones que existen en el país, así como los medicamentos esenciales definidos en el Programa de Acción sobre medicamentos esenciales de la OMS”.

⁴⁴ *Ibid.*, párrafo 12, letra b), p. 4. “**Accesibilidad**: Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas:

No discriminación: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos.

Accesibilidad física: los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial los grupos vulnerables o marginados, como las minorías étnicas y poblaciones indígenas, las mujeres, los niños, los adolescentes, las personas mayores, las personas con discapacidades y las personas con VIH/SIDA. La accesibilidad también implica que los servicios médicos y los factores determinantes básicos de la salud, como el agua limpia potable y los servicios sanitarios adecuados, se encuentran a una distancia geográfica razonable, incluso en lo que se refiere a zonas rurales. Además, la accesibilidad comprende el acceso adecuado a los edificios para las personas con discapacidades.

Accesibilidad económica (asequibilidad): los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos. Los pagos por servicios de atención de salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. La equidad exige que sobre los hogares más pobres, no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos.

Acceso a la información: este acceso comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud. Con todo, el acceso a la información no debe menoscabar el derecho de que los datos personales relativos a la salud sean tratados con confidencialidad”.

accesibilidad física (mira a que las distancias geográficas no sean un obstáculo para los sectores de la población, principalmente para los grupos vulnerables y marginados); accesibilidad económica (asequibilidad) dice relación con que los costos económicos de los servicios de salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud, se basen en el principio de equidad. Básicamente se persigue que sobre la base de este principio, los más pobres no tengan que soportar costos económicos desproporcionados en relación con los grupos más ricos) y finalmente el acceso a la información (garantiza el derecho a utilizar información sobre cosas relacionadas a la salud, sin transgredir el deber de confidencialidad).

También es muy relevante el respeto de la ética médica y de la cultura de todas las personas, en ese sentido lo que se pretende es la aceptabilidad⁴⁵ y busca que diferentes pueblos, comunidades, minorías de todo tipo alcancen la integración, siempre por medio del respeto.

Otro de los estándares que se deben cumplir en el ejercicio del derecho a la salud, mira a que los servicios de salud y los bienes y servicios que lo integran, sean competentes en términos médicos y científicos. Es decir, exige calidad⁴⁶, del equipo hospitalario, del personal médico, de los medicamentos, de las condiciones sanitarias y del agua limpia potable.

Estos elementos esenciales e interrelacionados, constituyen obligaciones legales generales para todos los Estados Partes en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Algunas de estas obligaciones son de efecto inmediato, como la

⁴⁵ *Ibid.*, párrafo 12, letra c, p. 4. “Aceptabilidad: Todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, es decir, respetuosos de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades, a la par que sensibles a los requisitos del género y el ciclo de vida, y deberán estar concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas de se trate”.

⁴⁶ *Ibid.*, párrafo 12, letra d, p. 4. “Calidad: Además de aceptables desde el punto de vista cultural, los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad. Ello requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas”.

garantía de que este derecho deberá ser ejercido sin discriminación⁴⁷ alguna y que adoptarán las medidas efectivas⁴⁸ para llevar a cabo este derecho.

También deben cumplir con obligaciones legales específicas, es decir, la obligación de respetar⁴⁹, proteger⁵⁰ y cumplir⁵¹ (ésta última comprende la obligación de facilitar⁵², proporcionar y promover⁵³).

A su vez el Comité, en la observación general N° 3 confirma “que los Estados Partes tienen la obligación fundamental de asegurar como mínimo la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos enunciados en el Pacto, incluida la atención primaria básica de la salud [...] Por consiguiente, el Comité considera que entre esas obligaciones básicas figuran, como mínimo, las siguientes: a) Garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados; e) Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud; [...]”⁵⁴. Entre las obligaciones de prioridad

⁴⁷ *Ibid.*, párrafo 30, p. 9. “Si bien el Pacto establece la aplicación progresiva y reconoce los obstáculos que representan los limitados recursos disponibles, también impone a los Estados Partes diversas obligaciones de efecto inmediato. Los Estados Partes tienen obligaciones inmediatas por lo que respecta al derecho a la salud, como la garantía de que ese derecho será ejercido sin discriminación alguna (párrafo 2 del artículo 2) y la obligación de adoptar medidas (párrafo 1 del artículo 2) en aras de la plena realización del artículo 12. Esas medidas deberán ser deliberadas y concretas e ir dirigidas a la plena realización del derecho a la salud”.

⁴⁸ *Ibid.*, párrafo 31, p. 9. “[...] la realización progresiva significa que los Estados Partes tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena realización del artículo 12”.

⁴⁹ *Ibid.*, párrafo 34, p. 9. “[...] absteniéndose de denegar o limitar el acceso igual a todas las personas, incluidos, los presos o detenidos, los representantes de las minorías, los solicitantes de asilo o los inmigrantes ilegales, a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos; abstenerse de imponer prácticas discriminatorias como política de Estado; [...]”.

⁵⁰ *Ibid.*, párrafo 35, p. 10. “Las obligaciones de proteger incluyen, entre otras, las obligaciones de los Estados de adoptar leyes u otras medidas para velar por el acceso igual a la atención de la salud y los servicios relacionados con la salud proporcionados por terceros; velar por que la privatización del sector de la salud no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de atención de la salud [...]”.

⁵¹ *Ibid.*, párrafo 36, p. 10. “[...] requiere, en particular, que los Estados Partes reconozcan suficientemente el derecho a la salud en sus sistemas políticos y ordenamientos jurídicos nacionales, de preferencia mediante la aplicación de leyes, y adopten una política nacional de salud acompañada de un plan detallado para el ejercicio del derecho a la salud [...]”.

⁵² *Ibid.*, párrafo 37, p. 11. “[...] requiere en particular que los Estados adopten medidas positivas que permitan y ayuden a los particulares y las comunidades disfrutar del derecho a la salud [...]”.

⁵³ *Ibid.*, párrafo 37, segunda parte, p. 11. “[...] el derecho a la salud requiere que los Estados emprendan actividades para promover, mantener y restablecer la salud de la población [...]”.

⁵⁴ *Ibid.*, párrafo 43, p. 13. “[...] b) Asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima que sea nutritiva, adecuada y segura y garantice que nadie padezca hambre; c) Garantizar el acceso a un hogar, una vivienda y unas condiciones sanitarias básicos, así como a un suministro adecuado de agua limpia potable; d) Facilitar medicamentos esenciales, según las definiciones periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la OMS; [...]”.

comparables figura la de “Proporcionar capacitación adecuada al personal del sector de la salud, incluida la educación en materia de salud y derechos humanos”⁵⁵.

En Chile, los estándares establecidos por el Ministerio de Salud (MINSAL), para medir la calidad de la atención de la salud, son similares y están referidos a la: “Efectividad, se refiere a la capacidad real de un procedimiento o tratamiento de lograr los objetivos propuestos. Eficiencia, es la máxima prestación de cuidados por recurso utilizado. Accesibilidad o facilidad para obtener atención de salud a pesar de las barreras económicas, geográficas, culturales, etc. Continuidad, es decir, que la atención se provea de forma ininterrumpida y coordinada en y entre distintos proveedores e instituciones. Oportunidad o entrega de servicios en el momento en que el usuario efectivamente lo requiera o necesite. Aceptabilidad o satisfacción usuaria, tal como su nombre lo indica, se refiere al grado de satisfacción de los usuarios respecto a la atención. Equidad, es la distribución justa de las atenciones sanitarias, por ejemplo a igual patología igual acceso a tecnologías o competencias profesionales de manera independiente de otros determinantes (sociales, geográficos, económicos). Seguridad, involucra la reducción del riesgo de daño asociado a la atención sanitaria, hasta un mínimo aceptable. Competencia profesional, es la capacidad de los miembros del equipo de salud para solucionar problemas de salud y satisfacer las necesidades de sus usuarios”⁵⁶.

Sin embargo, a pesar de la existencia de todos estos estándares tanto nacionales como internacionales, muchas personas día a día, ven vulnerados gravemente sus derechos en materia de salud, porque simplemente no se llevan a cabo. Su aplicación muchas veces, depende de múltiples factores, tales como la ubicación geográfica del centro de salud, calidad de la atención, nivel de profesionalismo del equipo médico, nivel de ingreso económico de los usuarios, calidad humana de las personas que trabajan en los establecimientos de salud, entre otros. De esta manera se excluye a un inmenso número de personas que simplemente no puede acceder a una atención justa y equitativa, transformándose finalmente en una víctima real del sistema de salud. Un claro ejemplo de ello, lo encontramos en un reciente fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,

⁵⁵ *Ibid.*, párrafo 44, letra e, p. 13.

⁵⁶ CHILE. MINISTERIO DE SALUD. *Calidad y seguridad asistencial en Chile para alumnos de carreras de salud* [en línea] Observatorio de calidad en Salud, guía práctica, 2018, p. 4. [consulta: 5 octubre 2018]. Disponible en: <http://www.supersalud.gob.cl/observatorio/671/articles-16609_recurso_1.pdf>.

caratulado, Poblete Vilches y Otros VS. Chile⁵⁷, en el presente caso se alegó la responsabilidad internacional del Estado de Chile, por la muerte de don Vinicio Antonio Poblete Vilches ocurrida en el Hospital Sótero del Río, de la ciudad de Santiago. Esto, a causa de acciones y omisiones, acontecidas durante el período comprendido entre el 17 de enero 2001 y 07 de febrero del mismo año. Esta persona, era un anciano que asistió dos veces al mencionado hospital público, y que falleció el 07 de febrero de 2001, segunda oportunidad en que ingresa a dicho servicio de salud.

Para la Comisión, el grupo médico de dicho hospital, en los dos momentos en que ingresa la víctima, no cumplió con sus obligaciones, ya que no realizó las acciones tendientes a obtener el consentimiento necesario para tomar las decisiones precisas en cuanto a su salud. A mayor abundamiento, esta Comisión consideró, que el hecho de dar de alta al paciente en cuestión y la forma en que aquello sucedió, pudo incidir directamente en el aumento de la gravedad del estado de salud de don Vinicio Antonio Poblete Vilches y su posterior deceso. Y también responsabilizó al Estado de Chile por no otorgarle a don Vinicio, el tratamiento intensivo que necesitaba en su segundo ingreso al hospital. Además de que las investigaciones que se realizaron, dieron como resultado que, no fueron llevadas a cabo con la debida diligencia y dentro de un plazo razonable.

La Corte resolvió y declaró que el Estado de Chile es responsable por la violación del derecho a la salud⁵⁸, por la violación del derecho a la vida⁵⁹, por la violación del derecho a la integridad personal⁶⁰, por la violación del derecho a obtener un consentimiento informado y acceso a la información en materia de salud⁶¹, por la violación de los derechos a las

⁵⁷ Poblete Vilches y Otros VS. Chile. Corte interamericana de Derechos Humanos. 08 marzo 2018.

⁵⁸ *Ibid.*, puntos resolutivos, número 2, p. 78. “[...] de conformidad con el artículo 26 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Vinicio Poblete Vilches, en los términos de los párrafos 99 a 143 y 174 a 176 de la presente sentencia”.

⁵⁹ *Ibid.*, puntos resolutivos, número 3, p. 78. “[...] reconocido en el artículo 4 de la Convención Americana, en relación con los artículos 26 y 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Vinicio Poblete Vilches, en los términos de los párrafos 144 a 151 y 174 a 176 de la presente sentencia”.

⁶⁰ *Ibid.*, puntos resolutivos, número 4, p. 78. “[...] reconocido en el artículo 5 de la Convención Americana, en relación con los artículos 26 y 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Vinicio Poblete Vilches, en los términos de los párrafos 158 a 160 y 174 a 176 de la presente sentencia”.

⁶¹ *Ibid.*, puntos resolutivos, número 5, p. 78. “[...] de conformidad con los artículos 26, 13, 7 y 11 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Vinicio Poblete Vilches y de sus familiares, en los términos de los párrafos 161 a 173 y 174 a 176 de la presente sentencia”.

garantías judiciales y protección judicial⁶² y por la violación a la integridad personal⁶³. Y dispuso que el Estado debe dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de la sentencia, realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad⁶⁴, debe brindar a través de sus instituciones de salud, la atención médica psicológica de manera gratuita e inmediata a las víctimas⁶⁵, implementar en un año programas permanentes de educación en derechos humanos⁶⁶.

Este caso es muy importante exponerlo aquí, fundamentalmente por tres razones muy trascendentales:

En primer lugar:

La Corte durante todo su análisis, reflexiona sobre el sentido y alcance del derecho a la salud y en cómo debe ser ejercido. En ese sentido, considera que el derecho a la salud es un derecho humano, básico y esencial para el ejercicio de los demás derechos humanos, señala que: “[...] la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio adecuado de los demás derechos humanos”⁶⁷.

En segundo lugar:

Considera que en el ejercicio del derecho a la salud se deben aplicar los elementos esenciales e interrelacionados, y así lo prescribe al referirse que los servicios de salud deben ser accesibles y deben ser de calidad: “El Tribunal ha precisado que la obligación general se traduce en el deber estatal de asegurar el acceso de las personas a servicios esenciales de salud, garantizando una prestación médica de calidad y eficaz, así como de impulsar el mejoramiento de las condiciones de salud de la población”⁶⁸. Párrafo 119. “[...] los Estados son responsables de regular con carácter permanente la prestación de servicios (tanto

⁶² *Ibid.*, puntos resolutivos, número 6, p. 78. “[...] reconocidos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de sus familiares Blanca Tapia Encina, Gonzalo Poblete Tapia, Vinicio Marco Poblete Tapia y Cesia Poblete Tapia, en los términos de los párrafos 182 a 193 de la presente sentencia”.

⁶³ *Ibid.*, puntos resolutivos, número 7, p. 78. “[...] reconocida en el artículo 5.1 de la Convención Americana, en perjuicio de sus familiares Blanca Tapia Encina, Gonzalo Poblete Tapia, Vinicio Marco Poblete Tapia y Cesia Poblete Tapia, en los términos de los párrafos 203 a 210 de la presente sentencia”.

⁶⁴ *Ibid.*, parte dispositiva, número 11, p. 79. “[...] en los términos del párrafo 227 de la presente sentencia”.

⁶⁵ *Ibid.*, parte dispositiva, número 12, p. 79. “[...] en el modo y plazo fijado en el párrafo 231 de la presente sentencia”.

⁶⁶ *Ibid.*, parte dispositiva, número 13, p. 79. “[...] en los términos referidos en el párrafo 237 de la esta sentencia”.

⁶⁷ *Ibid.*, párrafo 118, p. 39.

⁶⁸ *Ibid.*

públicos como privados) y la ejecución de programas nacionales relativos al logro de una prestación de servicios de calidad⁶⁹. Sostiene que, en cuanto a la accesibilidad⁷⁰, el Estado debe garantizar la igualdad a todas las personas y la prohibición de discriminar⁷¹, ya que la dignidad humana exige un trato justo e igualitario. Y de manera expresa menciona que los elementos esenciales e interrelacionados deben aplicarse en situaciones de urgencia⁷².

Tercer lugar:

La Corte no solo sostiene y defiende el derecho a la salud como un derecho humano, sino que además, obliga a todos los servicios relacionados con el derecho a la salud a educarse y capacitarse en materia de derechos humanos, como una de las medidas de garantía de no repetición, dirigido tanto a los estudiantes de medicina y médicos, como a todo el personal que comprende el sistema de salud y seguridad social.

Situación muy similar a lo ocurrido en las “Observaciones Finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” del año 2004, ya que, entre las sugerencias y recomendaciones al Estado de Chile se encontraba la educación en Derechos Humanos a nivel general, incluida las Fuerzas Armadas y el Poder Judicial: “El Comité alienta al Estado Parte a que imparta educación sobre los derechos humanos en las escuelas a todos los

⁶⁹ *Ibid.*, párrafo 119, p. 39.

⁷⁰ *Ibid.*, párrafo 122, p. 40. “[...] el Estado está obligado a garantizar un trato igualitario a todas las personas que accedan a los servicios de salud, por lo que de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención Americana no son permitidos tratos discriminatorios, “por motivos de raza, color, sexo, [...] posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

⁷¹ *Ibid.*, párrafo 123, p. 41. “[...] la Corte reitera que el derecho a la igualdad y no discriminación abarca dos concepciones: una negativa relacionada con la prohibición de diferencias de trato arbitrarias, y una positiva relacionada con la obligación de los Estados de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados. En tal sentido, la adopción de medidas positivas se acentúa en relación con la protección de personas en situación de vulnerabilidad o en situación de riesgo, quienes deben tener garantizado el acceso a los servicios médicos de salud en vía de igualdad”.

⁷² *Ibid.*, párrafo 121, p. 39 y 40. “[...] a) Respecto a la calidad, se debe contar con la infraestructura adecuada y necesaria para satisfacer las necesidades básicas y urgentes. Esto incluye cualquier tipo de herramienta o soporte vital, así como también disponer de recurso humano calificado para responder ante urgencias médicas. b) Respecto a la accesibilidad, los establecimientos, bienes y servicios de emergencias de salud deben de ser accesibles a todas las personas. La accesibilidad entendida desde las dimensiones superpuestas de no discriminación, accesibilidad física, accesibilidad económica y acceso a la información. Proveyendo de esta forma un sistema de salud inclusivo basado en los derechos humanos. c) Respecto a la disponibilidad, se debe contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud, así como de programas integrales de salud. La coordinación entre establecimientos del sistema resulta relevante para cubrir de manera integrada las necesidades básicas de la población. d) Respecto de la aceptabilidad, los establecimientos y servicios de salud deberán respetar la ética médica y los criterios culturalmente apropiados. Además, deberán incluir una perspectiva de género, así como de las condiciones del ciclo de vida del paciente. El paciente de ser informado sobre su diagnóstico y tratamiento, frente a ello respetar su voluntad (infra párrs. 161, 162 y 166)”.

niveles y a que dé a conocer mejor los derechos humanos, en particular los derechos económicos, sociales y culturales, entre los funcionarios públicos, con inclusión de las fuerzas armadas, el personal encargado de hacer cumplir la ley y el poder judicial”⁷³.

En Chile, el Instituto de Derechos Humanos (en adelante INDH), también ha insistido en la educación en derechos humanos en todo nivel, promoviendo de esa manera una cultura de los derechos humanos en todos los poderes del Estado. El INDH, señaló: “[...] Los distintos poderes del Estado deben contribuir a consolidar una cultura respetuosa de los derechos humanos en el país. Esto requiere realizar campañas de difusión pública que fomenten el respeto a los derechos de todas las personas, sin discriminación. Además, se deben realizar de manera permanente cursos de formación en derechos humanos destinados a todas las personas que se desempeñen en la gestión pública, a los fines de garantizar su conocimiento e incorporación en las acciones que desarrolla cada ámbito específico del Estado”⁷⁴.

De manera que no solo la Corte ha obligado al Estado de Chile a educar y capacitar en materia de derechos humanos, sino que otros organismos internacionales y el propio INDH en nuestro país.

Ahora bien, retomando la tercera razón de importancia del fallo de la Corte Interamericana, podemos decir que sin duda es importante para este trabajo la educación en materia de derechos humanos en todos los servicios relacionados con el derecho a la salud, sin embargo, lo más importante en este punto, es la explícita obligación que se impuso al Estado de Chile de realizar capacitaciones en derechos humanos en el sistema de mediación en salud nacional, en ese sentido dispuso: “Con el propósito de reparar el daño de manera integral y de evitar que hechos similares a los del presente caso se repitan, la Corte estima necesario ordenar al Estado que, dentro del plazo de un año, adopte programas

⁷³ CENTRO DE DERECHOS HUMANOS. FACULTAD DE DERECHO. UNIVERSIDAD DE CHILE. Examen de los informes presentados por los Estados Partes de Conformidad con los artículos 16 y 17 del Pacto. Observaciones Finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Chile. *Anuario de Derechos Humanos 2005* [en línea] párrafo 60, p. 240. [consulta: 15 junio 2018]. Disponible en: <<https://anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/download/13360/13632/>>.

⁷⁴ INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. *Situación de los Derechos Humanos en Chile*. Informe anual 2011 [en línea] 2011, punto n° 3, p. 269. [consulta: 7 abril 2018]. Disponible en: <<https://www.indh.cl/wp-content/uploads/2011/12/27555-Informe-Anual-2011-BAJA1.pdf>>.

de educación y formación permanentes dirigidos a los estudiantes de medicina y profesionales médicos, así como a todo personal que conforma el sistema de salud y seguridad social, incluyendo órganos de mediación[...]"⁷⁵.

En materia de mediación no hay evidencias de la implementación de programas o cursos de derechos humanos. Específicamente el 8 de marzo de 2019, se cumple un año desde que se dictó la presente sentencia, por lo que desde ahí en adelante el Estado de Chile debe dar estricto cumplimiento a lo ordenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

4. El derecho a la salud en Chile

En nuestro ordenamiento jurídico nacional, existen muchas leyes y decretos que se refieren al derecho a la salud, algunas de ellas son: Decreto Ley 2763⁷⁶, Ley 18.469⁷⁷, Ley

⁷⁵ Poblete Vilches y Otros VS. Chile. Corte interamericana de Derechos Humanos. 08 marzo 2018, párrafo 237, p. 71. "[...] incluyendo órganos de mediación, sobre el adecuado trato a las personas mayores en materia de salud desde la perspectiva de los derechos humanos e impactos diferenciados. Dentro de dichos programas se deberá hacer especial mención a la presente sentencia y a los instrumentos internacionales de derechos humanos, específicamente a los relativos al derecho a la salud [...] y acceso a la información [...]. El Estado deberá informar anualmente sobre su implementación".

⁷⁶ "Reorganiza el Ministerio de Salud y crea los Servicios de Salud, el Fondo Nacional de Salud, el Instituto de Salud Pública de Chile y la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud". Publicado con fecha 03 de agosto de 1979.

⁷⁷ "Regula el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud y crea un régimen de prestaciones de salud". Ministerio de Salud. Publicada con fecha 23 de noviembre de 1985.

19.888⁷⁸, Ley 19.895⁷⁹, Ley 19.937⁸⁰, Ley 19.966⁸¹, Ley 20.015⁸², Ley 20.584⁸³, entre otras. De manera que existe un gran desarrollo legislativo en la materia, sin embargo, a nivel constitucional⁸⁴, su reconocimiento y protección, es débil⁸⁵ e insuficiente, porque la Carta Fundamental en su artículo 19 N° 9 “El derecho a la protección de la salud”⁸⁶, no realiza una regulación de este derecho en términos sociales, sino que solo se limita a proteger la libertad de elegir entre el sistema público y el privado⁸⁷. Es decir, el derecho más importante de las personas, considerado internacionalmente un derecho humano, el que sostiene una vida digna, no posee un tratamiento constitucional al nivel de un Estado de Derecho cuyo fin central y esencial sea la dignidad de la persona. El derecho a la salud es tratado como un bien

⁷⁸ Ministerio de Hacienda. “Establece financiamiento necesario para asegurar los objetivos sociales prioritarios del gobierno”. Publicada con fecha 13 de agosto de 2003.

⁷⁹ Ministerio de Salud. “Establece diversas normas de solvencia y protección de personas incorporadas a instituciones de salud previsual, administradoras de fondos de pensiones y compañías de seguros”. Publicada con fecha 28 de agosto de 2003.

⁸⁰ Ministerio de salud. “Modifica el DL N° 2.763, de 1979, con la finalidad de establecer una nueva concepción de la autoridad sanitaria, distintas modalidades de gestión y fortalecer la participación ciudadana”. Publicada con fecha 24 de febrero de 2004.

⁸¹ Ministerio de Salud. “Establece un régimen de garantías en Salud”. Publicada el 03 de septiembre de 2004.

⁸² “Modifica la Ley N° 18.933, sobre instituciones de salud previsual”. Publicada con fecha 17 de mayo de 2005.

⁸³ Ministerio de Salud. Subsecretaría de salud pública. “Regula los derechos y deberes de que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención de salud”. Publicada con fecha 24 de abril de 2012.

⁸⁴ JORDÁN, D., Tomás. Ley N° 19.966, que crea un régimen general de garantías en Salud Sinopsis y análisis desde la perspectiva de los Derechos Humanos. *Anuario de Derechos Humanos 2005* [en línea] p. 101 [consulta: 8 junio 2018]. Disponible en: <<https://anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/13256/13531>>. “Desde el punto de vista interno, el derecho a la protección de la salud como derecho fundamental en el ordenamiento constitucional chileno se encuentra en el artículo 19 N° 9 de la Constitución Política de la República de Chile (en adelante “la Constitución”). Al no estar fijado su contenido concreto en el precepto constitucional, recae en el legislador la obligación de disponer los contenidos específicos y las condiciones de ejercicio del derecho para los sistemas público y privado”.

⁸⁵ INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. *Situación de los Derechos Humanos en Chile Informe anual 2016* [en línea] 2016, p. 176. [consulta: 5 noviembre 2018]. Disponible en: <<https://www.indh.cl/bb/wp-content/uploads/2017/01/Informe-Anual-INDH-2016.pdf>>. “A partir de este análisis se han identificado cuatro déficit principales en el campo del derecho a la salud: débil definición del derecho a la salud a nivel constitucional; omisión de determinantes sociales de la salud en la política pública; desigualdades e inequidades en salud, [...]”.

⁸⁶ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE. 1980. Artículo 19 n° 9. “El derecho a la protección de la salud. El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo. Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud. Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias. Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea este estatal o privado;”.

⁸⁷ ALLARD SOTO, Raúl; HENNIG LEAL, Monia Clarissa y GALDÁMEZ ZELADA, Liliana. *El derecho a la salud y su (des)protección en el Estado subsidiario* [en línea] Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, 2016, año 14, n° 1, p. 101-102. [consulta: 19 diciembre 2018]. Disponible en: <<https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v14n1/art04.pdf>>. “[...] lo que se protege a través del recurso de protección es la libertad de elegir el subsistema de salud al que se quiere optar; lo mismo ocurre con la libertad de enseñanza (derecho de los padres para elegir el establecimiento en el que estudiarán sus hijos, derecho de los privados para abrir establecimientos de enseñanza). Lo que se garantiza no es el contenido social de esos derechos, sino los contenidos asociados a la libertad. El contenido sustantivo del derecho es lo que quedaría al margen del recurso de protección, al menos así fue pensado en el diseño constitucional del derecho”.

de consumo al que es posible acceder por la vía de la libre decisión de optar por un sistema de salud público o privado. Nuestra Constitución (Carta Magna de un país que establece los principios esenciales que forman y sostienen un Estado de Derecho) no desarrolla en términos completos y suficientes el derecho a la salud (fijando su categoría como derecho humano) y tampoco realiza un tratamiento integral del mismo desde una perspectiva de los derechos sociales, en circunstancias que el derecho a la salud lo es.

Situación completamente opuesta a la realidad de otros países, donde se reconoce en términos explícitos el carácter social de este derecho. Tal es el caso de la Constitución Brasileña, la que desarrolla en toda su extensión un listado de los derechos fundamentales que protege, entre ellos, el derecho a la salud, en ese sentido los autores; Allard Soto, Hennig Leal y Galdamez Zelaya, señalan que: “Aún cuando el texto clasifique el modelo de Estado adoptado como “Democrático de Derecho”, y no propiamente como un “Estado Social”, no cabe duda de que los aspectos relacionados con él ocupan un papel destacado en el orden constitucional brasileño. Ello no solo se manifiesta en los objetivos fundamentales enumerados en el art. 3º, sino que también por la incorporación de un amplio espectro de derechos sociales: Artículo 6º: Son derechos sociales la educación, la salud, la alimentación, el trabajo, la morada, el ocio, la seguridad, la previsión social, la protección a la maternidad y a la infancia, la asistencia a los necesitados, en los términos de esta Constitución. [...] En el caso del derecho a la salud [...] estas disposiciones están contenidas en una sección específica incluida en el Título VII “Del Orden Social”, que, [...], dispone que: Art. 196º: La salud es derecho de todos y deber del Estado, garantizado por medio de políticas sociales y económicas que con vistas a la reducción del riesgo de enfermedades y de otros agravios y el acceso universal e igualitario a acciones y servicios para su promoción, protección y recuperación”⁸⁸.

El caso de la Constitución Brasileña es un ejemplo claro de un tratamiento completo del derecho a la salud en términos jurídicos, ya que lo reconoce como un derecho social. Lo mismo hace con los elementos materiales y las condiciones sociales que influyen en el derecho a la salud, como la educación, la alimentación, el trabajo, la previsión social, etc.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 117-118.

En Chile en cambio, tal ha sido la pobreza de tratamiento del derecho a la salud en la Constitución desde la perspectiva de los derechos humanos y de su carácter social, que ha sido el propio Tribunal Constitucional el que ha tenido que pronunciarse al respecto, y en razón de ello, ha defendido la tesis de que este derecho tan esencial y fundamental en la vida de todos los seres humanos, posee un carácter social y universal, preexistente al Estado y exigible a este por la vía jurisdiccional.

En efecto, el Tribunal Constitucional en causa rol N° 976-07-INA⁸⁹, se ha pronunciado y ha sostenido que “de la dignidad que singulariza a toda persona humana se deriva un cúmulo de atributos, con los que se nace y que conserva durante toda su vida. Entre tales atributos se hallan los derechos públicos subjetivos o facultades que el ordenamiento jurídico le asegura con carácter de inalienables, imprescriptibles e inviolables en todo momento, lugar y circunstancia. De esos atributos se nombran aquí, por su vínculo directo con la causa a ser decidida, el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica y a la protección de la salud cuyo ejercicio legítimo la Constitución exige respetar siempre incluyendo la esencia inafectable de lo garantizado en ellos; [...]”⁹⁰. Además, reflexiona considerando que, el sistema constitucional chileno se conforma sobre la base de la dignidad humana, y que si reconoce en la Carta Política, los derechos fundamentales, es porque estos son preexistentes⁹¹ a ella.

A su vez, defiende la tesis de que los derechos sociales, son derechos al igual que los derechos civiles y políticos, “no simples declamaciones o meras expectativas”⁹², por lo que su materialización no queda suspendida hasta que el presupuesto del Estado lo permita.

⁸⁹ TC. 26 junio 2008. Rol n° 976-07-INA.

⁹⁰ *Ibid.*, considerando vigésimo tercero.

⁹¹ *Ibid.*, considerando vigésimo cuarto.

⁹² *Ibid.*, considerando vigésimo sexto. “Que la amplia mayoría de la doctrina nacional y extranjera reconoce que los derechos sociales, llamados también derechos de prestación o de la segunda generación, son tales y no simples declamaciones o meras expectativas, cuya materialización efectiva quede suspendida hasta que las disponibilidades presupuestarias del Estado puedan llevarlos a la práctica. Acertadamente, se ha escrito (Francisco J. Laposta: “Los derechos sociales y su protección jurídica. Introducción al problema”. En Jerónimo Betegón et. al, (coordinadores): Constitución y Derechos Fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (2004) pp. 299 y 301), que en tales derechos: “El núcleo normativo es que el sujeto tiene un título para exigir que se entreguen ciertos bienes, se le presten ciertos servicios o se le transfieran ciertos recursos. Entre tales derechos encontramos la prestación de un servicio (educación, salud, protección del riesgo, etc.)”.

El Tribunal en su considerando vigésimo octavo⁹³ citando a Carmona Cuenca (2000), concluye que, estos derechos serían derechos de prestación, puesto que permiten a sus titulares exigir actuaciones positivas de parte del Estado.

Por tanto, según el criterio de este tribunal, los derechos económicos, sociales y culturales son derechos de carácter universal, de igual manera que lo son los derechos civiles y políticos, tienen el mismo peso jurídico, no están divididos en primera o segunda categoría. Por ello, deben ser asegurados y respetados por los Estados, su obligación de promoverlos como derechos fundamentales no tiene un carácter optativo.

En términos particulares, y referido al derecho a la protección de la salud, el mismo tribunal reconoció que este es de índole social⁹⁴ y los órganos estatales tienen la obligación de llevar a cabo conductas activas para su materialización.

Por otro lado la Corte de Apelaciones de Santiago, también ha debido pronunciarse respecto a la protección del derecho a la salud. Específicamente en causa rol N° 21.331-2011⁹⁵, que trata sobre el derecho a la salud, referido específicamente al acceso a los medicamentos. Se trata de una mujer con cáncer de mamas, la recurrente para hacer efectivo su derecho interpuso un recurso de protección en contra de dos instituciones, el Ministerio de Salud (MINSAL) y el Instituto Nacional del Cáncer por su actuar ilegal y arbitrario, fundado en la negación de la entrega de los medicamentos Herceptina o Herceptín, esenciales en el tratamiento curativo-paliativo del cáncer de mama que le aqueja, afectando gravemente su derecho a la protección de su salud garantizado constitucionalmente. El MINSAL, argumentó que el medicamento le fue denegado a causa del avanzado estado de la enfermedad y que a causa de aquello no tendría cura, por lo que solo tendría un tratamiento paliativo no curativo. En dichas circunstancias, el Ministerio en

⁹³ *Ibid.*, considerando vigésimo octavo. “Lo que tienen en común estos derechos no es tanto su contenido, esto es, la esfera de la vida social a que se refieren, sino más bien la posición jurídica que otorgan a su titular. De esta forma, los derechos sociales permitirían a sus titulares exigir ya no abstención por parte del Estado, como sucedía en los derechos de libertad, sino más bien una actuación positiva de este en orden a su consecución. Por ello es más adecuado a su naturaleza la denominación de derechos de prestación”. Reencarnación Carmona Cuenca: El Estado Social de Derecho en la Constitución, Consejo Económico y Social, España (2000). p. 150”.

⁹⁴ *Ibid.*, considerando vigésimo noveno. “Que el derecho a la protección de la salud es de índole social, involucrando conductas activas de los órganos estatales y de los particulares para materializarlo en la práctica, habida consideración que la satisfacción de tal exigencia representa un rasgo distintivo de la legitimidad sustantiva del Estado Social en la democracia constitucional contemporánea;”.

⁹⁵ C. Santiago. 9 marzo 2012, rol n° 21.331-2011. [en línea] [consulta: 14 enero 2019]. Disponible en: <<http://iura.cl/jp/apelaciones/santiago/2011/21331.html>>.

cuestión no se encontraría en la obligación de entregar dicho medicamento. Aquí la Corte señala que lo importante no es si el tratamiento es curativo o paliativo, sino que lo trascendental es si la entrega de dichos medicamentos se materializa en un “beneficio para la sobrevivencia o calidad de vida” de la paciente. La Corte sostuvo en el presente caso, que se afecta el derecho a la vida, porque al privarla de los medicamentos necesarios se debilita su calidad de vida y aumentaría las probabilidades de un desenlace fatal de la paciente.

El MINSAL también argumentó a su favor que, lo único que protege el derecho a la vida en la Constitución, es la elección entre el sistema de salud público o privado. Sin embargo, la Corte sostuvo que: “eso no significa hacer tabla rasa del mandato constitucional que obliga al Estado a proteger la salud de las personas, cuando la acción tutelar se funda también en el numeral 1° de dicho precepto constitucional”.

La Corte acoge el recurso de protección, resolviendo que el MINSAL y el Instituto Nacional del Cáncer deben entregarle el medicamento indicado por el médico tratante.

De todo lo anterior se colige que, ha debido ser la institucionalidad constitucional y jurisdiccional quien ha definido el real sentido y alcance del derecho a la salud en nuestro país.

En el ámbito internacional de los derechos humanos, específicamente en la Observación General N° 14, es claro el carácter social del derecho a la salud, porque no se exige como un derecho a estar sano, sino que se refiere al hecho de acceder a un sistema de protección de salud, que le permita gozar del más alto nivel de salud posible, y considera por supuesto las condiciones socioeconómicas y biológicas de las personas, así como los recursos con que cuenta el Estado. Lo mira como un derecho a gozar de oportunidades, condiciones, bienes y servicios necesarios para alcanzar este máximo nivel de salud. En ese sentido, se establece que: “El derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano. El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales. En cambio, entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud”. “El concepto del “más alto nivel posible de salud”, a que se

hace referencia en el párrafo 1 del artículo 12, tiene en cuenta tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona como los recursos con que cuenta el Estado. Existen varios aspectos que no pueden abordarse únicamente desde el punto de vista de la relación entre el Estado y los individuos; en particular, un Estado no puede garantizar la buena salud ni puede brindar protección contra todas las causas posibles de la mala salud del ser humano. Así, los factores genéticos, la propensión individual a una afección y la adopción de estilos de vida malsanos o arriesgados suelen desempeñar un papel importante en lo que respecta a la salud de la persona. Por lo tanto, el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud”⁹⁶.

Volviendo a la situación del derecho a la salud en nuestro país, podemos ver que en la práctica el goce de este derecho no se asegura de manera equitativa e igualitaria para todos, ya que existe un gran porcentaje de la población que considera que el acceso a la salud es uno de los derechos más vulnerados y menos protegidos de nuestro ordenamiento jurídico. En ese sentido, Chile⁹⁷ aún debe trabajar en responder a la gran mayoría de chilenos que considera que el Estado no cumple con su obligación de garantizar el derecho a la salud. Y así queda demostrado en la encuesta llevada a cabo por el INDH del año 2015 la que da cuenta que: un 65,7% de los encuestados, considera que la obligación de asegurar el derecho a la salud es principalmente del Estado: “En seis derechos económicos, sociales y culturales (DESC), la población le atribuye la principal responsabilidad al Estado. Las áreas en que la responsabilidad del Estado es más fuerte son la previsión social (73,1%), educación (68,1%) y salud (65,7%). Los únicos ámbitos en que la responsabilidad de las personas logra cierta relevancia son medio ambiente (12,8%) y trabajo (11,7%)”⁹⁸. A su vez, “un 80,3% señala que

⁹⁶ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES. CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL. NACIONES UNIDAS. *Observación general 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud* [en línea] 2000, artículo 12, párrafo 9. [consulta: 8 junio 2018]. Disponible en: <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf>>.

⁹⁷ INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. Informe final de resultados III Encuesta Nacional de Derechos Humanos 2015 [en línea] 2015, p. 88. [consulta: 20 enero 2019]. Disponible en: <<https://www.indh.cl/bb/wp-content/uploads/2017/01/Informe.pdf>>. “Tarea pendiente del Estado chileno: avanzar en igualdad. En relación al respeto de los DESC se observa que, si bien hay un acuerdo en que existe una garantía de acceso (como en el caso de la salud y la educación) no se percibe lo mismo en cuanto a la “calidad” de los servicios que se entregan. Tal y como se mencionó anteriormente, se mantiene la percepción mayoritaria compartida por las cuatro quintas partes de la población de que el acceso a bienes y servicios de calidad depende de la capacidad de pago de las personas: salud (82,3%), educación (79,6%) y vivienda (81,3%) de calidad (cuadro no incluido en presentación). Estos porcentajes son mayores con respecto a la encuesta del 2013.

⁹⁸ *Ibíd.*, p. 42.

está en desacuerdo con la frase en caso de requerir atención, hay un centro de salud cerca de mi casa. Un 82,3% está de acuerdo con que obtener una atención de calidad en salud, depende de cuánto puedes pagar⁹⁹, “el 35,1% de los encuestados consideró que el acceder a la atención de salud está dentro de los derechos menos protegidos¹⁰⁰, “un 24,1% consideró que en el último año el derecho que más se le vulneró fue el acceder a la atención en salud¹⁰¹ y “un 34,1% considera que en los hospitales y consultorios existe discriminación¹⁰².

5. Ley 19.966 “Establece un régimen de garantías en salud”

Durante el mandato de don Ricardo Lagos Escobar, se implementó el proceso de reforma al sistema de salud en Chile, que buscaba otorgar garantías de equidad, igualdad, justicia y nos discriminación a todas las personas, pero por sobre todo a los grupos más pobres y desfavorecidos de nuestro país. En ese contexto histórico y cultural, se crea el Plan Auge (Acceso Universal con Garantías Explícitas), cuyo principal objetivo era brindar una atención universal¹⁰³ a todas las personas en determinadas patologías. Así es como nace la Ley N° 19.966, la que desde su inicio¹⁰⁴, tuvo como eje central, que el derecho a la salud fuera

⁹⁹ *Ibíd.*, 52.

¹⁰⁰ *Ibíd.*, p. 68.

¹⁰¹ *Ibíd.*, p. 78.

¹⁰² *Ibíd.*, p. 86.

¹⁰³ INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. *Situación de los Derechos Humanos en Chile. Informe anual 2011* [en línea] 2011, punto 10, p. 272. [consulta: 9 junio 2018]. Disponible en: <<https://www.indh.cl/wp-content/uploads/2011/12/27555-Informe-Anual-2011-BAJA1.pdf>>. “Poder Ejecutivo debe hacer efectivo el principio de universalidad del régimen de garantías explícitas en salud en los términos de acceso, calidad, oportunidad y costo. El Poder Ejecutivo debe tomar las medidas necesarias para que la atención primaria de salud efectivamente constituya la base del sistema de salud”.

¹⁰⁴ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. *Historia de la Ley N° 19.966*, primer trámite constitucional, cámara de Diputados [en línea] discusión en sala de 12 de diciembre de 2002, diario sesión en sesión 34, legislatura 348, p. 4 [consulta: 25 mayo 2018]. Disponible en: <<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5682/>>. “Sin embargo, a pesar de los significativos esfuerzos de inversión y de los excelentes indicadores biomédicos alcanzados, aún se observan importantes problemas en la salud de los chilenos, que es necesario resolver. En el sector público, rechazos en consultorios y listas de espera en los hospitales, preocupante déficit de cobertura en salud mental y atención odontológica, falta de resolutiveidad en el nivel primario de atención, falta de especialistas, especialmente en regiones, sería limitación de recursos y problemas de gestión, que se expresan en una deuda hospitalaria que se reproduce periódicamente. Por su parte, en el sector privado se opera con la lógica del mercado, esto es, quien más paga, obtiene mayor protección, lo que se contradice con la lógica sanitaria de que a los más enfermos hay que prodigarles mayores cuidados. Enfermedades preexistentes, exclusiones y carencias son las características de los actuales planes de salud de las Isapres, lo que redundaría en importantes vacíos de cobertura. Selección adversa de riesgos, subsidios directos e indirectos, también dan cuenta de una inequidad del sistema mismo. La sociedad chilena no puede seguir tolerando 700 muertes al año por cáncer cervicouterino, 2 mil muertes al año por cáncer vesicular 1.600 de las cuales son producidas en pacientes pobres y de baja escolaridad, espera de dos años para ser operado de cataratas, la ruina familiar frente a un examen de

accesible para toda la población, sobre todo para los grupos más vulnerables y pobres¹⁰⁵ de nuestra sociedad y a su vez que se pudiera exigir su cumplimiento sobre la base de los principios de equidad e igualdad (en ese sentido es un reflejo de un proceso de justicia social y modernización del Estado de Chile). Pero además con la Ley N° 19.966¹⁰⁶, se buscaba dar cumplimiento a una serie de obligaciones internacionales¹⁰⁷ contraídas por el Estado de Chile en lo referente a los derechos económicos, sociales y culturales, especialmente en lo que dice relación al derecho a la salud. Este derecho, debe de ser visto como un derecho social y siempre desde la perspectiva de los derechos humanos¹⁰⁸, ya que es inseparable de la dignidad humana. Un acceso al sistema de salud, justo, equitativo, igualitario¹⁰⁹ y antidiscriminatorio conforma una de las bases esenciales de la dignidad de las personas. A

alto costo o a un tratamiento prolongado en las llamadas “enfermedades de costo catastrófico”, mortalidad infantil de 42 mil nacidos vivos en Puerto Saavedra y de dos mil en Vitacura, y otras inequidades que dan cuenta de una verdadera epidemiología de las desigualdades que no puede continuar”.

¹⁰⁵ CENTRO DE DERECHOS HUMANOS. FACULTAD DE DERECHO. UNIVERSIDAD DE CHILE. Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Chile. *Anuario de Derechos Humanos 2005* [en línea] párrafo 23, p. 236 [consulta: 27 junio 2018]. Disponible en: <<https://anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/13360/13632>>. “A pesar de los grandes progresos hechos en los últimos años y de las medidas adoptadas en el marco del programa Chile Solidario, destinado a las familias que viven en la extrema pobreza, al Comité le preocupa la pobreza que existe en el Estado Parte, especialmente entre los indígenas”.

¹⁰⁶ JORDÁN D., Tomás. 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* [en línea] p. 99. [consulta: 8 junio 2018]. Disponible en: <<https://anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/13256/13531>>. “El Régimen General de Garantías en Salud creado en la Ley N° 19.966 de 2004 (norma cardinal de la reforma de salud) representa una nueva mirada al derecho de salud como derecho social dentro del ordenamiento jurídico chileno, que merece ser analizada desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 99. “Simultáneamente esta normativa legal apunta a dar cumplimiento a las obligaciones internacionales contraídas por el Estado de Chile en lo que toca a derechos económicos, sociales y culturales, y, en particular, a la adopción de medidas legislativas para la estructuración del derecho a la salud, a la realización progresiva de este derecho, atendidos los recursos disponibles del Estado, al acceso a la salud sin discriminación y la no regresividad de dicho derecho”.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 100. “El pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que toda persona tiene derecho al “disfrute del más alto nivel de salud física y mental”. El derecho a la salud así constituido es de carácter integral y se encuentra relacionado con otros derechos para obtener su cumplimiento efectivo (el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la igualdad y no discriminación, a no ser sometido a torturas, entre otros). Por ello se lo ha definido como “un derecho al disfrute de toda gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud. La Ley N° 19.966 puede caracterizarse como un avance y profundización en el fortalecimiento de la salud como derecho social desde la perspectiva del otorgamiento de prestaciones de salud. Las disposiciones de esta ley están en concordancia con las exigencias que el PIDESC impone a los Estados Partes, en particular, respecto de las condiciones de cumplimiento establecidas en sus artículos 2 y 12, en cuanto procura caucionar el otorgamiento de prestaciones con accesibilidad universal tanto física como económica, sin discriminación y de calidad. Lo anterior permite al Estado cumplir con sus obligaciones internacionales de realización progresiva, no regresividad, respeto y protección”.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 102. “Las GES tienen como objetivo profundizar el acceso igualitario a las acciones de salud sin discriminación, especialmente para grupos vulnerables y marginados, caucionando que todas las personas, independientemente de su condición socioeconómica, sexo, edad u otra condición, puedan obtener las prestaciones y beneficios de salud”.

su vez esta ley vino a avanzar en el cumplimiento de los estándares internacionales que en materia de salud se han impuesto a los Estados, uno de ellos por ejemplo, la no regresividad de este derecho, es decir, el no retroceder en la protección del derecho a la salud¹¹⁰.

Dichos principios e ideas de justicia social también se instauraron en el Congreso Nacional mientras se discutía la referida ley, en ese sentido: el doctor Osvaldo Artaza, señaló: “La salud constituye una responsabilidad social”¹¹¹. En el mismo sentido, al finalizar el punto V del mensaje en primer trámite constitucional de la cámara de diputados, se expresó que: “El dolor de tantas familias chilenas es la motivación para dar este nuevo gran impulso. La reforma al sistema de salud del país intenta responder a las necesidades y expectativas de la población, en un momento en el cual numerosos elementos aconsejan el rediseño de la institucionalidad vigente”¹¹².

Este era el contexto que rodeaba aquel período en Chile, es claro que el espíritu de la Ley N° 19.966, no era solo declarar el derecho a la protección de la salud, sino que materializarlo a través de garantías reales, logrando con ello finalmente, hacer exigible este derecho en la práctica. En ese sentido, en el mensaje de la referida ley se señala que “[...] para resguardar el derecho a la salud, no basta con su declaración, sino que se hace necesario establecer garantías explícitas de acceso, oportunidad, calidad y protección financiera y generar los instrumentos para el efectivo ejercicio de éstas, dotando a los usuarios de las facultades y mecanismos para hacerlas exigibles”¹¹³.

¹¹⁰ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES. CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL. NACIONES UNIDAS. *Observación general 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud* [en línea] 2000, párrafo 32, p. 9. [consulta: 12 junio 2018]. Disponible en: <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf>>. “[...] existe una fuerte presunción de que no son permisibles las medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la salud”.

¹¹¹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. *Historia de la ley. Ley N°19.966 Establece un régimen de garantías en salud*, primer trámite constitucional [en línea] Cámara de Diputados, Primer Informe de Comisión de Salud, 13 de noviembre de 2002. Informe de Comisión de Salud en Sesión 31. Legislatura 348, boletín n° 2947-11, p. 11. (Exposición del doctor Osvaldo Artaza) [consulta: 20 octubre 2017]. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/5682/HLD_5682_4724757d40d27bd27502b49ccbc72230.pdf>.

¹¹² BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. *Historia de la Ley 19.966*, Primer trámite Constitucional [en línea] Cámara de Diputados, mensaje 22 de mayo de 2002, mensaje en Sesión 2, legislatura 347, p. 1 [consulta: 21 octubre 2017]. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/vista-expandida/5682/#h2_1_2>.

¹¹³ *Ibid.*

A pesar de todo este ordenamiento legal que rodea al derecho a la salud en Chile, podemos confirmar, que la opinión¹¹⁴ de la gran mayoría de la sociedad es negativa en cuanto al tema, ya que no sienten que se garantice su derecho a la salud.

Podemos decir que en el mensaje de la Ley N° 19.966, se expresan los valores y principios que sustentan la reforma en materia de salud, y que conforman a su vez las bases esenciales sobre las que esta ley descansa, los cuales son: a) Derecho a la salud. La salud es un derecho de todas las personas. Es por ello que, todo residente en nuestro país tiene derecho al acceso a una atención de salud¹¹⁵ adecuada y oportuna, además de contar con su propio mecanismo de protección. No solo se consagra en el espíritu de la ley el derecho a la salud, sino que también, se establece el imperativo de crear los mecanismos¹¹⁶ e instrumentos para que dicho derecho se pueda llevar a efecto, es decir, para que este derecho se haga tangible y a su vez realizable. De ese modo, los usuarios poseerán las herramientas adecuadas y certeras para llevar a cabo la materialización del derecho a la salud. Entre las diferentes metas y desafíos que Chile contrajo para con su población en materia de salud se encuentra el reducir

¹¹⁴ INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. *Situación de los Derechos Humanos en Chile*, Informe Anual 2011 [en línea] 2011, p. 155. [consulta: 9 octubre 2018]. Disponible en: <<https://www.indh.cl/wp-content/uploads/2011/12/27555-Informe-Anual-2011-BAJA1.pdf>> “[...] la desigualdad en el ejercicio del derecho a la salud sigue apareciendo sistemáticamente como una de las principales preocupaciones de la ciudadanía, apenas por debajo del empleo y la delincuencia. En la primera encuesta nacional de Derechos Humanos realizada por el INHD en 2011, el 85% de la población expresó total acuerdo con la afirmación “En Chile el derecho a una atención de calidad en salud depende de cuánto puedes pagar”, y prácticamente la mitad (46,6%) señaló no creer que en el país se proteja el derecho a la salud y el bienestar”.

¹¹⁵ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. *Historia de la Ley N° 19.966*, Primer Trámite Constitucional [en línea] Cámara de Diputados, mensaje 22 de mayo de 2002, mensaje en sesión 2, legislatura 347, p. 1. [consulta: 18 abril 2017]. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/vista-expandida/5682/#h2_1_2>. “Para el gobierno la salud es un derecho de las personas. Esto significa que toda persona residente en el territorio nacional, independiente de su edad, sexo, educación, etnia, preferencias sexuales o ingreso, debe contar con un mecanismo de protección social y con acceso universal a una atención de salud adecuada y oportuna para enfrentar situaciones de enfermedad, y a la existencia de condiciones saludables en su comunidad y trabajo, dentro de las capacidades y recursos del país”.

¹¹⁶ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. *Historia de la ley. Ley 19.966, Establece un régimen de garantías en salud* [en línea] de 03 de Septiembre de 2004, p. 9. [consulta: 1 octubre 2017]. Disponible en: <<https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/502/1/HL%2019966.pdf>>. “Para resguardar el derecho a la salud, no basta con su declaración, sino que se hace necesario establecer garantías explícitas de acceso, oportunidad, calidad y protección financiera y generar los instrumentos para el efectivo ejercicio de éstas, dotando a los usuarios de las facultades y mecanismos para hacerlas exigibles”.

las inequidades¹¹⁷ en el sistema de salud. b) Equidad en salud. La equidad¹¹⁸ en materia de salud es indispensable para un estado de derecho. Forma parte de los principios fundamentales si se pretende avanzar en materia de salud. No es posible concebir un Estado en donde sus habitantes no cuenten con la garantía de equidad en el ámbito de salud.

La reforma buscaba reducir las desigualdades¹¹⁹ evitables e injustas, proporcionando mayores niveles de protección social. De ese modo, el nivel de atención en salud a los usuarios se solidifica como un sistema serio y de real acceso a todos los potenciales usuarios. c) Solidaridad en salud. Se busca que todos tengamos las mismas garantías¹²⁰, sin importar la edad, la clase social, el nivel educacional o el estatus económico, se pretende que la empatía juegue el rol preponderante. El situarse desde la misma perspectiva para el beneficio de toda la sociedad es fundamental para lograr la solidaridad en materia de salud. d) Eficiencia en uso de recursos. Este punto dice relación con mejorar los ámbitos financieros,

¹¹⁷ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD. Salud en Chile 2010. Panorama de la situación de salud y del sistema de salud en Chile [en línea] 2011, p. 6. [consulta: 9 octubre 2018]. Disponible en: <<http://new.paho.org/chi/images/PDFs/salud%20chile%202010.pdf>>. “A pesar del gran avance en salud, el país mantiene importantes diferencias geográficas, económicas, étnicas y educacionales, entre otras, que constituyen factores determinantes de las desigualdades en salud. Estas desigualdades se reflejan en diferente exposición a riesgos de salud y vulnerabilidad de la población, y acceso diferencial a la promoción, prevención y asistencia curativa de los servicios de salud, en detrimento de los pobres, marginados, quienes viven en sectores rurales. La inequidad en salud y el sistema de salud ha sido considerada en los planes del sector salud, por lo cual el plan nacional de salud en desarrollo cuenta entre sus objetivos (2011-2020) el disminuir las inequidades en salud, avanzar en la calidad de los servicios, evaluar, progresar y complementar la implementación de la actual reforma”.

¹¹⁸ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. *Historia de la Ley N° 19.966*. [en línea] Mensaje, 22 de mayo, 2002, en sesión 2. Legislatura 347. p. 1. [consulta: 19 octubre 2017]. Disponible en: <<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5682/>>. “La equidad en salud es un imperativo moral que está en la raíz de la voluntad de reformar. La reforma de salud propone reducir las desigualdades evitables e injustas, por la vía de otorgar mayores niveles de protección social y acceso universal a la atención de salud. Hoy, en nuestro país, existen situaciones de desigualdad respecto de la salud de las personas, tanto en el acceso a los servicios como en los resultados observados en los indicadores nacionales, que se expresan, entre otros, en diferencias significativas en la esperanza de vida y en la discapacidad, estrechamente relacionadas, con los niveles de instrucción, ingreso y ocupación de las personas. La inequidad es producto de una forma de organización social que genera exclusión y marginación del progreso económico y social, que abarca muchas esferas de la vida de las personas. Sin embargo, es en el ámbito de la salud donde se expresa con singular dureza la disminución de la esperanza y calidad de vida de las personas y un aumento de la discapacidad y dependencia”.

¹¹⁹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. *Historia de la ley*. Ley 19.966, Establece un régimen de garantías en salud [en línea] de 03 de Septiembre de 2004, p. 47. [consulta: 28 octubre 2017]. Disponible en: <<https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/502/1/HL%2019966.pdf>>. “[...] la equidad es el resultado de una acción intencionada para identificar y disminuir los factores o condiciones que originan las desigualdades evitables y a ello tenemos que dedicar nuestros mayores esfuerzos”.

¹²⁰ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. *Historia de la Ley N° 19.966* [en línea] mensaje, 22 de mayo, 2002, en sesión 2. legislatura 347, p. 1 [consulta: 15 septiembre 2017]. Disponible en: <<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5682/>>. “[...] el esfuerzo intencionado que hace la sociedad chilena para que los más vulnerables tengan iguales garantías que los más favorecidos. Igualar garantías implica que los sanos solidarizan con los enfermos, los hombres con las mujeres, los jóvenes con las personas de edad avanzada y los ricos con los pobres”.

de gestión, de recursos humanos, etc. Como sabemos la mayoría de las veces los recursos son limitados frente a necesidades ilimitadas y en una constante alza. Es por eso que, crear una política de uso de recursos¹²¹ de una forma eficiente, es básico para cualquier sistema de salud. Para esto se hace imprescindible acabar con los problemas de administración del personal¹²² y de los dineros destinados a esta área. Es decir, el óptimo de eficiencia se alcanza administrando eficientemente los recursos tanto económicos como de personal. e) Participación social en salud. En este punto es muy importante el reconocimiento que se hace del individuo como un ciudadano y del sistema de salud como un servicio que da cuenta¹²³ de sus avances y a la vez de sus falencias. El ciudadano se fortalece al considerarse su opinión como usuario de un sistema determinado. Se materializa la participación de todo un grupo de personas que están destinadas a recibir los beneficios y carencias de una prestación médica, y eso contribuye indefectiblemente a crear un Estado democrático y participativo.

En la reforma también se formularon objetivos a cumplir en el plano de salud nacional. En ese sentido, cuatro fueron las grandes metas a cumplir, a saber: “1. Disminuir las desigualdades en salud, 2. Enfrentar los desafíos del envejecimiento de la población y de los cambios de la sociedad, 3) proveer servicios acordes con las expectativas de la población y 4) mejorar los logros sanitarios alcanzados”¹²⁴. Se pudo observar que la reforma en el derecho a la salud tuvo grandes desafíos a cumplir, basados en los principios de igualdad, equidad y no discriminación, sin embargo como se pudo observar a lo largo de este capítulo,

¹²¹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. *Historia de la Ley N° 19.966* [en línea] Mensaje, 22 de mayo, 2002, en sesión 2, legislatura 347, p. 1. [consulta: 26 julio 2017]. Disponible en: <<https://www.bcn.cl/historiade-la-ley/nc/historia-de-la-ley/5682/>>. “Para poder materializar los valores de equidad y solidaridad en salud, de forma que los ciudadanos puedan hacer efectivo su derecho a la misma, es condición necesaria alcanzar un alto nivel de eficiencia en el uso de los recursos que crecientemente se invertirán en el sector”.

¹²² BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. *Historia de la ley. Ley 19.966. Establece un régimen de garantías en salud* [en línea] de 03 de Septiembre de 2004, p. 47. [consulta: 15 septiembre 2017]. Disponible en: <<https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/502/1/HL%2019966.pdf>>. “Esta mayor eficiencia debe alcanzarse a través de mejoras de gestión, que involucren tanto los ámbitos de recursos humanos, y financieros, donde es necesario terminar con problemas de administración de personal y de deuda, entre otros; como a los propios beneficiarios, en lo referente a una eficaz focalización y uso de los subsidios en salud”.

¹²³ *Ibid.*, p. 11. “Implica reconocer a las personas como usuarios y ciudadanos ante los cuales el sistema de salud debe dar cuenta de la calidad, efectividad y oportunidad de servicio, así como del uso eficiente de los recursos. Permite, asimismo, que los ciudadanos expresen sus preferencias y expectativas respecto al sistema de salud y las correspondientes políticas públicas. [...] La adecuada e informada participación de los usuarios requiere transparencia para llevar a cabo el proceso y para conocer sus resultados”.

¹²⁴ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. *Historia de la Ley N° 19.966* [en línea] mensaje, 22 de mayo, 2002, en sesión 2, legislatura 347, p.1. [consulta: 24 agosto 2017]. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historia_de_la-ley/nc/historia-de-la-ley/5682/>.

lamentablemente no se han cumplido en su mayoría, sobre todo en lo que dice relación con la disminución de las desigualdades en salud. Se espera que se desarrollen las políticas públicas idóneas y efectivas para llevar a cabo todos los objetivos planteados en la reforma a la salud.

II. EXPERIENCIA DE LOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN SALUD EN EL DERECHO COMPARADO

En el presente capítulo se expondrá la realidad de tres países que decidieron tomar los métodos extrajudiciales como una forma válida de solucionar los conflictos en salud. Se observa que los tres Estados crearon organismos dedicados exclusivamente a la resolución de conflictos médicos y que a la fecha han obtenido importantes resultados.

Es claro que en los tres países existe una política pública comprometida con el derecho a la salud y con todo lo que ello involucra, desde un reconocimiento constitucional a dicho derecho fundamental como la manera en que se enfrentan los conflictos sanitarios.

1. México

Cuando hablamos de resolución de conflictos en materia de salud, no podemos dejar de mencionar inevitablemente el caso mexicano, al tratarse de una experiencia digna de imitar.

Se trata de un país que en el año 1996 crea un organismo con carácter especializado¹²⁵ en atención médica, la llamada Comisión Nacional de Arbitraje Médico, en adelante (CONAMED)¹²⁶. Que toma el arbitraje como método de resolución de conflictos

¹²⁵ BARRÍA GUTIÉRREZ, Pedro y SAINT GEORGE ARCE, Corina. El modelo mexicano de arbitraje médico: un aporte a la calidad de la medicina y a la comunicación entre médicos y pacientes. *Revista de Derecho* [en línea] 2008, n° 17, Consejo de Defensa del Estado p. 153 a 154 [consulta: 14 junio 2018]. Disponible en: <https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/8b049278-325b-4f95-867a-9330ad6d5419/file_4820b0e10f7ac.pdf?MOD=AJPERES>. “Por ello, la CONAMED en el Distrito Federal y las Comisiones Estatales de Arbitraje Médico, que han surgido con posterioridad, no son puras instancias procesales, sino entidades especializadas en atención médica, de naturaleza ejecutiva, que tienen por objeto formular pronunciamientos, opiniones técnicas y recomendaciones generales tendientes a mejorar la atención médica. No existe en Chile una entidad que realice todas estas tareas”.

¹²⁶ RÍOS RUIZ, Alma de los Ángeles. El arbitraje en la praxis médica, análisis y perspectivas de nuevos mecanismos para la solución de controversias. *Revista Electrónica de la Facultad de Derecho* [en línea] México, mayo-agosto 2014 n° 13 p. 25. [consulta: 20 enero 2018]. Disponible en: <<http://www.revistas.unam.mx/index.php/amicus/article/viewFile/50044/45011>>. “Es importante destacar el papel desempeñado por México al ser pionero en el campo del arbitraje para la solución de controversias derivadas de la atención médica al crear un organismo especializado en la atención de estos asuntos en el año 1996 bajo el nombre de Comisión Nacional de Arbitraje Médico y que ha servido como modelo a seguir por varios países del continente americano para atender esta demanda social. La figura del arbitraje médico como mecanismo de solución de conflictos derivados de la práctica médica ha demostrado ser una herramienta eficaz

médicos. Es un organismo desconcentrado¹²⁷ de la Secretaría de Salud, dependiente del Presidente de la República, con autonomía técnica, naturaleza ejecutiva y que emite informes técnicos en la materia.

En México se reconoce constitucionalmente el derecho a la protección de la salud, así es como en su artículo 4 se expresa que: “Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución”¹²⁸. En el mismo sentido, para dicho país es de tal importancia la atención médica, que en el año 2011 fue reconocido como un derecho constitucional¹²⁹, lo que se buscaba con ello era principalmente asegurar y garantizar su cumplimiento, a través de los tribunales de justicia en caso de ser necesario.

En el Estado mexicano, el arbitraje es el modelo a utilizar y consiste en un mecanismo de resolución de controversias médicas de carácter extrajudicial¹³⁰, que busca promover e impulsar una política de paz en los conflictos que se presenten entre pacientes y médicos

en la procuración de justicia. A través de este elemento jurídico las partes pueden encontrar solución a sus conflictos de forma ágil, eficaz y económica; sin embargo, actualmente solo un reducido número de países ha incorporado esta institución a su sistema jurídico”.

¹²⁷ CONAMED. *Primera Reunión Regional sobre Solución de Controversias entre Usuarios y Prestadores de Servicios de Salud. Presentación de experiencias nacionales en materia de atención de controversias entre usuarios y prestadores de servicios de salud. “El caso de México”* [en línea] p. 10. [consulta: 8 agosto 2018]. Disponible en: <Conamed.gob.mx/eventos/reunion_regional/pdf/presentaciones/mexico.pdf>. “La CONAMED es un organismo desconcentrado de la Secretaría de salud. Tiene como objetivo contribuir a resolver de buena fe los conflictos entre los servicios médicos y pacientes, así como mejorar la calidad en la prestación de servicios. Cuenta con autonomía técnica y tiene atribuciones para recibir quejas, investigar y emitir opiniones, acuerdos y laudos”.

¹²⁸ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. UNAM. Constitución Mexicana [en línea]. [consulta: 21 octubre 2018]. Disponible en: <<https://www.juridicas.unam.mx/legislacion/ordenamiento/constitucion-politica-de-los-estados-unidos-mexicanos>>.

¹²⁹ RÍOS RUIZ, Alma de los Ángeles. El arbitraje en la praxis médica, análisis y perspectivas de nuevos mecanismos para la solución de controversias. *Revista Electrónica de la Facultad de Derecho* [en línea] México, mayo-agosto 2014 n° 13, p. 24. [consulta: 20 marzo 2018]. Disponible en: <<http://www.revistas.unam.mx/index.php/amicus/article/viewFile/50044/45011>>. “Por otro lado, con el objetivo de garantizar la atención a la salud, que a partir del 2011 es un derecho constitucional reconocido por el Estado mexicano y por tanto se puede exigir su cumplimiento en los tribunales, a fin de hacer viable este derecho humano [...]”.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 24-25. “Recordar que el modelo de mediación implementado en el sector salud, es un mecanismo extrajudicial que tiene beneficios como son: promover la conciliación pacífica y armónica, optimizar los procesos de solución de controversias que se presentan entre médicos y pacientes, eliminar trámites innecesarios, permitir mayor oralidad en los procedimientos, garantizar la opinión de especialistas médicos en la materia, así como el intercambio de experiencias e información para mejorar los procesos al contar con Comisiones Estatales”.

evitando una intervención judicial. Entre sus objetivos se encuentra prevenir conflictos médicos y una vez que existan estos, incitar una solución pacífica¹³¹ de los mismos.

A su vez, busca mayor intervención y al mismo tiempo mayor responsabilidad de parte de la sociedad y el Estado en esta materia, “El Estado mexicano debe implementar una política pública que responsabilice a los sectores público y privado, así como a la sociedad misma [...]”¹³². Este organismo forma parte de una política pública de parte del Estado mexicano y de una toma de conciencia respecto de lo que significan los problemas de salud en la población.

Su equipo de trabajo está conformado por expertos en materia de salud y en temas legales, siendo de extrema importancia para ellos su capacitación¹³³ y formación permanente en las materias que les atañe.

La CONAMED posee competencia para conocer daños que se han producido solo por actos médicos como práctica profesional (impericia o falta de diligencia), no derivados de casos que no se trate de práctica médica, en otras palabras, se avoca al conocimiento de casos en donde no se dio cumplimiento a la Lex Artis, es decir, no se observaron o respetaron los principios científicos de la medicina. En términos más específicos, la CONAMED atiende: “Actos u omisiones derivadas de la prestación de servicios de salud, así como de presuntos actos de posible mala práctica con consecuencias sobre la salud del usuario, lo que significa en estricto sentido, que solo se avoca al conocimiento de problemas relacionados con tales

¹³¹ CONAMED. *Primera Reunión Regional sobre Solución de Controversias entre Usuarios y Prestadores de Servicios de Salud. Presentación de experiencias nacionales en materia de atención de controversias entre usuarios y prestadores de servicios de salud. “El caso de México”* [en línea] p. 14. [consulta: 8 agosto 2018]. Disponible en: <Conamed.gob.mx/eventos/reunion_regional/pdf/presentaciones/mexico.pdf>. “Fines de la Conamed: Instaurar una política preventiva del conflicto médico y ante la aparición del mismo, obtener la solución no litigiosa de controversias. Coadyuvar con las instancias de procuración e impartición de justicia, con elementos de análisis especializado para la correcta interpretación del acto médico. Retroalimentar al Sistema Nacional de Salud, especialmente a través de Recomendaciones para la mejoría de la calidad y la educación médica”.

¹³² RÍOS RUIZ, Alma de los Ángeles. El arbitraje en la praxis médica, análisis y perspectivas de nuevos mecanismos para la solución de controversias. *Revista Electrónica de la Facultad de Derecho* [en línea] México, mayo-agosto 2014 n° 13, p. 25. [consulta: 20 marzo 2018]. Disponible en: <<http://www.revistas.unam.mx/index.php/amicus/article/viewFile/50044/45011>>.

¹³³ Citado en BARRÍA GUTIÉRREZ, Pedro y SAINT GEORGE ARCE, Corina. El modelo mexicano de arbitraje médico: un aporte a la calidad de la medicina y a la comunicación entre médicos y pacientes. *Revista de Derecho* [en línea] 2008, n° 17, p. 171. [consulta: 5 junio 2018]. Disponible en: <https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/8b049278-325b-4f95-867a-9330ad6d5419/file_4820b0e10f7ac.pdf?MOD=AJPERES>. “La capacitación permanente y el perfeccionamiento de las habilidades y destrezas del personal médico y jurídico son necesarios para el buen desempeño de las tareas, constituyen la base fundamental del modelo, ya que depende de las personas y su desarrollo integral, el buen desempeño para la resolución de conflictos [...]”.

servicios o con la negativa de prestación de los mismos” a su vez la CONAMED no atiende: “1. Actos u omisiones que constituyan delito(s). 2. Asuntos que ya se encuentren en trámite ante otras instancias civiles. 3. Controversias laborales o competencias de las autoridades del trabajo, en materia de seguridad social. Asuntos cuyo objetivo sea obtener pruebas preconstituídas para el inicio de un procedimiento judicial. 4. Cuando la única pretensión sea sancionar al prestador del servicio médico”¹³⁴. En ese sentido quedan fuera de su conocimiento “reclamos contra aseguradores o por el costo de la atención médica y por declaraciones de incapacidad o resoluciones sobre pensiones”¹³⁵.

A diferencia de lo que sucede en Chile, en donde el concepto es mucho más amplio, denominándose “prestación asistencial” (artículo 43 de la Ley N° 19.966), en ese sentido caben los actos de administrativos o auxiliares. Esto, debido a que la responsabilidad en materia de salud está configurada por los daños que se causen a particulares por “falta de servicio” (artículo 38 de la Ley N° 19.966) no expresa que se trate de consecuencias derivadas de una mala praxis médica, sino que utiliza un término mucho más amplio, la falta de servicio.

En términos procesales, el sistema que aplica la CONAMED consta de tres etapas sucesivas: 1) Orientación (busca precisar si el daño que se reclama está dentro de las hipótesis que abarca la competencia de la CONAMED, si no es así, muchos reclamos terminan en esta fase, la Comisión otorga el consejo debido e indica a las víctimas la forma de solución o el lugar a donde deben dirigirse); 2) Conciliación (siempre la CONAMED busca solucionar el conflicto de una manera pacífica, por lo que la conciliación es la fase más utilizada, busca que las partes acuerden una solución evitando dirigirse al arbitraje) y 3) Arbitraje (esta es la última fase y la decisoria, la que busca una sentencia arbitral o laudo).

Dentro de su forma de trabajo se rige por un código de ética¹³⁶, el mismo que configura las directrices del actuar de los servidores públicos, el que incluye los siguientes

¹³⁴ COMISIÓN NACIONAL DE ARBITRAJE MÉDICO [en línea]. p. 1 [consulta: 8 septiembre 2018]. Disponible en: <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/240640/Preguntas_frecuentes_CONAMED.pdf>.

¹³⁵ BARRÍA GUTIÉRREZ, Pedro y SAINT GEORGE ARCE, Corina. El modelo mexicano de arbitraje médico: un aporte a la calidad de la medicina y a la comunicación entre médicos y pacientes. *Revista de Derecho* [en línea] 2008, n° 17, p. 157. [consulta: 8 marzo 2018]. Disponible en: <https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/8b049278-325b-4f95-867a-9330ad6d5419/file_4820b0e10f7ac.pdf?MOD=AJPERES>.

¹³⁶ COMISIÓN NACIONAL DE ARBITRAJE MÉDICO. *Código de ética de los servidores públicos del gobierno federal*. Secretaría de la función pública. [en línea] 2017. [consulta: 14 marzo 2018]. Disponible en: <<https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/188651/CodigoEticaServidoresPublicosdeAPF.pdf>>.

principios constitucionales y valores: “Legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad, eficiencia. Valores: interés público, respeto, respeto a los derechos humanos, igualdad y no discriminación, equidad de género, entorno cultural y ecológico, integridad, cooperación, liderazgo, transparencia y rendición de cuentas”¹³⁷.

Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave

Aquí existe la Comisión de Arbitraje Médico del Estado de Veracruz, en adelante CODAMEVER¹³⁸, se trata de un organismo público descentralizado, con personalidad jurídica y con patrimonio propio. A su vez, posee autonomía técnica para emitir sus acuerdos, así como sus dictámenes médicos técnicos.

Entre las misiones¹³⁹ que tiene, la más importante es, la de resolver los conflictos que se susciten entre los usuarios y los prestadores de los servicios de carácter médico. Y, en ese mismo sentido, pretende mejorar la atención médica¹⁴⁰ de los diferentes servicios de salud del Estado de Veracruz. Esta institución posee su domicilio en este Estado y a su vez pueden establecerse oficinas regionales.

Su autonomía técnica garantiza la imparcialidad¹⁴¹ requerida para la solución de los dictámenes que emite para la mejor calidad de los servicios prestados.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 4 – 6.

¹³⁸ COMISIÓN NACIONAL DE ARBITRAJE MÉDICO [en línea]. [consulta: 14 septiembre 2018]. Disponible en: <<http://www.codamedver.gob.mx/quienes-somos/>>. “Por decreto del Titular del Ejecutivo Estatal, publicado en la gaceta oficial el 11 de febrero de 1999, se creó la Comisión de Arbitraje Médico del Estado de Veracruz (CODAMEVER), como órgano desconcentrado de la Secretaría de Salud y Asistencia, con plena autonomía técnica para emitir sus opiniones, acuerdos y laudos”.

¹³⁹ COMISIÓN NACIONAL DE ARBITRAJE MÉDICO [en línea]. [consulta: 14 septiembre 2018]. Disponible en: <<http://www.codamedver.gob.mx/quienes-somos/mision/>>. “Proporcionar mecanismos y procedimientos para solucionar controversias derivadas entre usuarios y prestadores de servicios médicos, privilegiando la conciliación y el arbitraje sobre otros procedimientos de carácter legal”.

¹⁴⁰ COMISIÓN NACIONAL DE ARBITRAJE MÉDICO [en línea]. [consulta: 14 septiembre 2018] Disponible en: <<http://www.codamedver.gob.mx/quienes-somos/objetivos-institucionales/>>. “La CODAMEVER tiene por objeto contribuir a resolver los conflictos suscitados entre los usuarios y los prestadores de los servicios médicos, sin perjuicio de la actuación de las instancias jurisdiccionales, contribuyendo a tutelar el derecho a la protección de la salud, así como a mejorar la calidad en la prestación de los servicios médicos”.

¹⁴¹ COMISIÓN NACIONAL DE ARBITRAJE MÉDICO [en línea]. [consulta: 19 octubre 2018]. Disponible en: <<http://www.codamedver.gob.mx/codamever/principios-y-valores/>>. “Imparcialidad. El servidor público debe ejercer sus funciones de manera objetiva y sin prejuicios, proporcionando un trato equitativo a las personas con quien interactúe, sin que existan distinciones o privilegios que generen influencia indebida”.

Esta comisión se rige en su actuar por los principios de buena fe, confidencialidad, imparcialidad, objetividad y la gratuidad.

El equipo de trabajo de la CODAMEVER está integrado por trabajadores del Estado de Veracruz, quienes se rigen por un código de conducta¹⁴², el cual contiene una serie de valores que dirigen el actuar de sus funcionarios, estos son: “legalidad, honestidad, lealtad, imparcialidad, eficiencia y eficacia, responsabilidad, transparencia, rendición de cuentas, bien común, confidencialidad, respeto y dignidad, generosidad, vocación de servicio, respeto al entorno cultural y ecológico, respeto a la equidad de género y liderazgo”¹⁴³.

Las funciones de la comisión son las siguientes: a) otorgar asesoría médico legal a los usuarios y prestadores del área de la salud sobre sus derechos y de sus obligaciones; b) recepciona, investiga y atiende las quejas y reclamos en las posibles irregularidades en la prestación de los servicios médicos; c) hacerse de toda la prueba y la información necesaria para enfrentar los casos de posibles faltas en la prestación médica; d) participar de una amigable composición en los casos de conflictos con prestadores de salud en: 1) actos u omisiones en la prestación del servicio, 2) eventuales casos de negligencia en perjuicio de la salud del usuario, 3) en los casos que así lo determine el Consejo Directivo; 4) desempeñar labores de árbitro cuando el usuario y/o el prestador del servicio lo acepten de manera expresa; 5) pronunciar su opinión en las quejas en donde sea requerida su participación; 6) informar a las autoridades competentes cuando los prestadores de salud se negaren a proporcionar la información solicitada por la Comisión, del mismo modo informar en casos que los prestadores de salud no cumplieren con los dictámenes impartidos por la Comisión; 7) preparar los dictámenes médicos técnicos que le sean solicitados por los órganos de justicia como por otras instituciones que lo requieran; 8) acordar con diferentes instituciones públicas y privadas, acciones de coordinación y concertación para el mejor funcionamiento de su labor; 9) administrar los recursos para el cumplimiento de sus funciones; 10) participar de oficio en todos los casos que sean de su competencia; 11) comunicar las recomendaciones a los prestadores de salud acerca de las irregularidades que se adviertan en sus labores, haciéndolas comunicar a las autoridades competentes, si llegasen a ser constitutivas de

¹⁴² COMISIÓN DE ARBITRAJE MÉDICO DEL ESTADO DE VERACRUZ. *Código de conducta de la Comisión de arbitraje médico del Estado de Veracruz* [en línea]. [consulta: 25 octubre 2018]. Disponible en: <http://sistemas.cgever.gob.mx/2015/cods_cond/CODAMEVER.pdf>.

¹⁴³ *Ibid.*, 4 – 6.

responsabilidad penal o administrativa; 12) impulsar las acciones necesarias para mejorar el rendimiento de los prestadores de salud del Estado.

Es importante señalar que la presentación de una queja ante la Comisión, no impide el ejercicio de otros derechos o acciones de que dispongan los usuarios según las leyes.

Esta comisión es un organismo público descentralizado de la administración pública, con personalidad jurídica, patrimonio propio y con autonomía para emitir opiniones técnicas.

A través de los diferentes procedimientos se encarga de conciliar, mediar y hasta incluso arbitrar si es requerida para tal efecto.

Se encuentra compuesta por un consejo directivo equiparable a la CONAMED (este consejo está integrado por el titular de la secretaría de salud de la institución, dos subcomisionados, el comisionado Estatal de Arbitraje Médico y por cuatro representantes del gobierno designados por el ejecutivo), un comisionado y dos subcomisionados, uno médico y uno jurídico.

Tanto la CONAMED como la CODAMEVER son organismos que cumplen una labor indispensable en lo que a solución de conflictos médicos se trata, ya que no solo buscan proporcionar una solución amigable para el conflicto en salud regida por principios fundamentales tales como imparcialidad, no discriminación, eficiencia, confidencialidad, sino que a su vez existe una preparación constante de todo su equipo de trabajo. Existe una labor en conjunto entre médicos y abogados, lo que hace que la solución no sólo sea la indicada en términos médicos sino que la más eficaz desde la perspectiva legal. El que sus profesionales sean médicos y abogados a su vez da cuenta de la preparación técnica y especializada de las personas que están a cargo de dar soluciones justas y equitativas a las víctimas de daños en salud.

El compromiso del Estado mexicano en esta materia se ve reflejado en la coherencia del trabajo realizado por sus profesionales y por los altos porcentajes de acuerdos alcanzados entre las partes en conflicto. Además de los valores, principios y forma de trabajo de todo el conjunto de personas que trabajan día a día por llegar a acuerdos pacíficos en salud.

Los temas importantes de resaltar y de imitar, es que existe una política estatal en la búsqueda de soluciones justas y no discriminatorias en materia de daños en salud, la creación de un organismo único, especializado y exclusivo en liderar dicha política, un equipo de profesionales expertos en la materia, la capacitación y formación constante de sus trabajadores y el acceso universal gratuito para todos sus usuarios.

2. Perú

En este país el derecho a la salud está reconocido constitucionalmente en su artículo 7°, dentro del Capítulo N° II, “De los derechos Sociales y Económicos”, el cual establece: “Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa”¹⁴⁴. El ordenamiento legal Peruano, conforma un sistema de protección del derecho a la salud que asegura a toda su población el acceso a los servicios de salud, incluyendo en ello la información, la atención y la recuperación de la salud.

Ahora bien, en el contexto de los conflictos en materia de salud, Perú ha hecho aplicación de los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, en adelante (MASC), incluyendo en ello la conciliación, la mediación y el arbitraje. El organismo encargado de llevar a cabo dichas alternativas de solución es el Centro de Conciliación y Arbitraje (CECONAR), se trata de un organismo autónomo de la Superintendencia Nacional de Salud (SUSALUD) que tiene en términos generales como misión “procurar la solución de las controversias en la prestación de servicios de salud y demás derechos relacionados, principalmente en el ámbito del aseguramiento universal en salud (AUS) y la Seguridad Social, a través de mecanismos alternativos de solución de controversias como son la conciliación, mediación y arbitraje”¹⁴⁵. En términos específicos este organismo posee competencia para conocer los siguientes conflictos: “1) Aseguramiento Universal en Salud (AUS): a) Instituciones Administradoras de Fondos de Aseguramiento en Salud (IAFAS) y sus

¹⁴⁴ PERÚ. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Constitución Política del Perú [en línea]. [consulta: 24 mayo 2018]. Disponible en: <<http://www4.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1993.pdf>>.

¹⁴⁵ PERÚ. SUSALUD. SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD. MINISTERIO DE SALUD [en línea]. [consulta: 27 mayo 2018]. Disponible en: <<http://portal.susalud.gob.pe/blog/que-es-el-ceconar/>>.

afiliadas. b) Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPRESS) y sus usuarios. c) Entidades empleadoras con trabajadores afiliados a una EPS, o en proceso de elección de una EPS. d) Todo usuario que perciba que se le vulnera sus derechos en salud. 2) Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR): a) Asegurados de SCTR por Compañías de Seguros o por la ONP (prestaciones económicas). b) Afiliados de SCTR a EcSalud o a una EPS (Prestaciones de Salud). 3) Seguro Obligatorio de Accidentes del Tránsito (SOAT): a) Víctimas de accidentes de tránsito (Invalidez). b) Compañías de seguros que otorguen pólizas del SOAT”¹⁴⁶.

En el año 2013 se le otorga autonomía técnica y funcional, confiriéndosele a su vez la potestad de administrar el Servicio Nacional de Conciliación y Arbitraje en Salud (SENACOAS), lo importante de esta medida, es que de esta manera se lleva un registro tanto de los centros en donde se llevan a cabo las conciliaciones y arbitrajes privados así como de los conciliadores y árbitros. Otra atribución que posee CECONAR es aquella que consiste en dirimir los conflictos que surjan entre dos o más centros a los que se haya sometido una controversia.

CECONAR, hace aplicación de la conciliación, la mediación (antes se llamaba buenos oficios) y el arbitraje (los primero dos son gratuitos, el arbitraje tiene un bajo costo¹⁴⁷). Estos métodos alternativos ofrecen muchas ventajas en la solución de los conflictos en salud: “1) Buen manejo técnico: especializado. 2) Costos accesibles para las partes. 3) Rapidez de los procesos en comparación con otras instancias. 4) Neutralidad e imparcialidad en la solución de controversias. 5) Confidencialidad de los procesos”¹⁴⁸.

Ahora bien, en cuanto al procedimiento arbitral, y como se explica en el Manual para tramitar tu arbitraje en CECONAR (disponible en la página web del centro), se puede decir que está a cargo de un árbitro que no trabaja en CECONAR, y puede ser elegido por las partes. Existe un gran avance tecnológico, ya que el expediente es digital, las audiencias son virtuales y desde cualquier aparato móvil los usuarios pueden revisar el expediente y saber el estado

¹⁴⁶ PERÚ. SUSALUD. SUPERINTENDENCIA DE SALUD. MINISTERIO DE SALUD [en línea]. [consulta: 7 mayo 2018]. Disponible en: <<http://portal.susalud.gob.pe/blog/controversias/>>.

¹⁴⁷ PERÚ. SUSALUD. SUPERINTENDENCIA DE SALUD. MINISTERIO DE SALUD [en línea]. [consulta: 27 octubre 2018]. Disponible en: <<http://portal.susalud.gob.pe/blog/que-es-el-ceconar/>>.

¹⁴⁸ *Ibíd.*

del proceso. En cuanto a la duración, este va desde seis meses a un año y medio. Además es muy importante mencionar que no se requiere la asistencia letrada de un abogado, sin embargo en cualquier momento el usuario puede solicitar la ayuda del profesional de las leyes.

En el referido manual también se explica que en el procedimiento arbitral pueden ser partes las clínicas, los pacientes EPS, las aseguradoras y asegurados de salud, las víctimas de accidente de tránsito, los trabajadores accidentados o por enfermedad profesional y los hospitales, centro médicos, consultorios y otros.

En el manual se indica que los usuarios deben presentar un documento solicitando la aplicación del arbitraje, a su vez deben crear una casilla electrónica de CECONAR y deben presentar las pruebas y el respectivo valor del trámite, el que se paga en el Banco de la Nación. Si la demanda contiene errores debe ser subsanada, una vez enmendados los errores se continúa con la tramitación del arbitraje. Para contestar la demanda se tiene un plazo de quince días hábiles contados desde el día siguiente a la llegada de la notificación. Concluidas estas etapas, corresponde que se realice la audiencia única, la que es presidida por el respectivo árbitro (elegido por las partes, de no haber acuerdo en la persona del árbitro, decide CECONAR), y en donde no es necesaria la asistencia de un abogado.

El árbitro dirige la audiencia, una vez terminada esta y en el caso que el árbitro haya estimado la necesidad de pericias e informes, se procederá a la realización de las mismas, todo conforme lo indique el árbitro. En el caso contrario, es decir, si no hay más pruebas que recibir, el árbitro emitirá una resolución declarando finalizada la actuación probatoria.

En el evento de la designación de peritos, el usuario debe programar una evaluación médica, concluido todo el proceso de estudio por el perito, este debe presentar el correspondiente informe médico. El usuario puede estar en desacuerdo con el informe, por lo que puede presentar observaciones.

Finalmente el manual señala que realizadas todas las pruebas, el usuario debe solicitar por escrito que se cierre la etapa probatoria. La resolución que tiene por cerrada la etapa probatoria, dispondrá que no existen más pruebas y se les da a las partes un plazo de cinco días para que presenten por escrito sus alegatos (es un resumen del desarrollo del proceso a favor del usuario) finales. Además el usuario puede solicitar la realización de la

audiencia de informe oral, con el fin que el árbitro escuche su defensa. Una vez realizada la mencionada audiencia o no habiéndose solicitado esta, el árbitro procede a emitir su decisión final (Laudo). Este Laudo debe ser emitido en un plazo que no exceda de veinte días hábiles, desde que así lo disponga el árbitro, dicho plazo puede ser prorrogado por diez días hábiles adicionales. Este Laudo, posee las características de ser definitivo e inapelable y su cumplimiento es obligatorio para las partes, desde su notificación. Posee el efecto de cosa juzgada, del mismo modo que la sentencia. Las solicitudes de corrección que se pueden presentar son solo formales, es decir, errores de cálculo (rectificación), imprecisiones (interpretación), omisión de pronunciamiento (integración) y excluir algún punto sobre el que el árbitro se pronunció y no correspondía (exclusión). Si la contraparte no cumple lo ordenado por el árbitro, se puede exigir su cumplimiento por la vía judicial.

El trabajo de CECONAR es de gran efectividad, puesto que en conciliación y en mediación su eficacia alcanza alrededor del 50%, y en el arbitraje alcanza el 30%¹⁴⁹. A su vez es muy importante subrayar el hecho que el Estado Peruano ha desarrollado un proceso de modernización de CECONAR aplicando las nuevas tecnologías imperantes en la actualidad, esto con el objetivo que todos los usuarios accedan de manera rápida y efectiva a los métodos de resolución de conflictos, en ese sentido: “El nuevo modelo arbitral que dinamiza el proceso, el expediente digital, las notificaciones electrónicas, el manual para arbitrar en CECONAR a disposición de los usuarios en forma gratuita y otros, han permitido modernizar el servicio de arbitraje, hacerlo más rápido y acercarlo al ciudadano. Igualmente, el impulso y mayor difusión de la conciliación y mediación que realiza CECONAR, ha hecho posible llegar a más ciudadanos y tener mejores resultados”¹⁵⁰. Otro claro ejemplo de acceso a los usuarios es la misma revista virtual “Revista CECONAR”, en donde informan a la ciudadanía todo lo que dice relación con los mecanismos alternativos de resolución de conflictos en materia de salud: “Ahora, a través de la Revista Virtual de CECONAR, deseamos construir un espacio académico y de difusión de los mecanismos alternativos de solución de controversias en salud, que permita a los profesionales del derecho y de la salud, así como al usuario en

¹⁴⁹ SUSALUD. SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD. CECONAR. *Revista virtual CECONAR* [en línea] Lima, Perú, noviembre 2017, año 1, n° 1, p. 3. [consulta: 28 octubre 2018]. Disponible en: <http://portal.susalud.gob.pe/wp-content/uploads/archivo/ceconar/01-2017_REVISTA-VIRTUAL-CECONAR.pdf>. “[...] alcanzando duplicar por año, solo en sus servicios directos, la cantidad de solicitudes de conciliación y mediación que tramita, con una eficacia de alrededor del 50%. El arbitraje no ha sido una excepción, el incremento anual alcanza un 30%”.

¹⁵⁰ *Ibid.*

general de los seguros y servicios de salud, conocer la disponibilidad de una alternativa a la justicia ordinaria; así como sus alcances, virtudes y ventajas, y a su vez, conocer un poco acerca de la experiencia vivida en CECONAR¹⁵¹. Y esta efectividad se ve reflejada en los números, como consta en las tablas que siguen a continuación.

Tabla A: Procedimientos de Conciliación¹⁵²

| Procedimientos de Conciliación | | | |
|--------------------------------|---|--|---|
| Años | Total Procedimientos ingresados por año | | Número de expedientes cerrados al 18 de octubre de 2017 |
| 2014 | 42 | | 42 |
| 2015 | 81 | | 81 |
| 2016 | 131 | | 130 |
| 2017 | 229 | | 192 |

Fuente: SUSALUD, Superintendencia Nacional de Salud. Revista virtual CECONAR.

Tabla B: Procedimientos de Mediación¹⁵³

| Procedimientos de mediación | | |
|-----------------------------|--|--|
| Años | Total procedimientos ingresados por año. | Número de expedientes cerrados al 18 de octubre de 2017. |
| 2014 | 13 | 13 |
| 2015 | 14 | 14 |
| 2016 | 14 | 14 |

¹⁵¹ *Ibid.*

¹⁵² SUSALUD. SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD. CECONAR. *Revista virtual de CECONAR* [en línea] Lima, Perú, noviembre 2017, año 1, n° 1, p. 25 [consulta: 18 noviembre 2018]. Disponible en: <http://portal.susalud.gob.pe/wp-content/uploads/archivo/ceconar/01-2017_REVISTA-VIRTUAL-CECONAR.pdf>.

¹⁵³ SUSALUD. SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD. CECONAR. *Revista virtual CECONAR* [en línea] Lima, Perú, noviembre 2017, año 1, n° 1, p. 26. [consulta: 18 noviembre 2018]. Disponible en: <http://portal.susalud.gob.pe/wp-content/uploads/archivo/ceconar/01-2017_REVISTA-VIRTUAL-CECONAR.pdf>.

| | | |
|------|----|----|
| 2017 | 11 | 09 |
|------|----|----|

Fuente: SUSALUD, Superintendencia Nacional de Salud. Revista CECONAR.

Finalmente, es muy importante mencionar que CECONAR ha implementado la gratuidad total de la conciliación, de esta manera consigue eliminar la barrera de acceso para los usuarios en términos económicos “Adicionalmente con la voluntad de eliminar una de las principales barreras de acceso a la conciliación especializada en salud, CECONAR ha incorporado la gratuidad total del servicio de conciliación, ello implica la eliminación de los costos administrativos y del conciliador. Esta medida implementada desde el 2016 ha permitido que los usuarios de los servicios de salud accedan con menos restricciones al citado mecanismo alternativo. Al respecto, se ha observado que el número de solicitudes de conciliación en el primer cuatrimestre del año 2016 se ha triplicado en relación a la frecuencia de estas en un similar periodo durante el año 2015”¹⁵⁴.

Al igual que en México, Perú también ha hecho un firme reconocimiento constitucional del derecho a la salud, otorgando con ello garantías reales a sus ciudadanos. En lo que a solución de controversias médicas se refiere, el Estado peruano también cuenta con un organismo especializado en esta materia, CECONAR, su funcionamiento posee principios orientadores que redundan en resultados óptimos para sus usuarios, tales como; especialización, accesibilidad, rapidez, imparcialidad y confidencialidad. Otro rasgo importante y que marca mucho la diferencia con Chile, es su preocupación por ser accesible a todas las personas, y por ello ha instalado todas las vías modernas para que sus usuarios tengan acceso a ellos, lo que se ve reflejado en expedientes y notificaciones digitales, acceso en línea, información virtual, etc. A su vez, el acceso también se refiere a los grupos más pobres, puesto que en el último tiempo ha incorporado la conciliación gratuita.

Otro punto importante, es que en muchas gestiones no se necesita de abogados, en ese sentido pretende que el acceso a la justicia en este aspecto sea lo más universal posible.

¹⁵⁴ HIDALGO SALAS, Darwin. *et al.* Mecanismos alternativos para la solución de controversias en el contexto de los Derechos en Salud: Experiencia Peruana desde el centro de conciliación y arbitraje de la Superintendencia Nacional de Salud. *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública* [en línea] Perú, 2016, p. 570. [consulta: 22 octubre 2018]. Disponible en: <<http://www.scielo.org.pe/pdf/rins/v33n3/a25v33n3.pdf>>.

3. Argentina

Este país ha incorporado la mediación a la mayoría de sus procesos judiciales, así es como en el artículo 1 de la Ley de Mediación N° 26.589¹⁵⁵, que modifica a la anterior Ley N° 24.573¹⁵⁶, señala que: “Se establece con carácter obligatorio la mediación previa a todo proceso judicial, la que se regirá por las disposiciones de la presente ley. Este procedimiento promoverá la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial de la controversia”¹⁵⁷. Esta resolución alternativa de los conflictos como se indicó anteriormente se aplica a todo tipo de proceso judicial, con excepción de (artículo 5): “a) Acciones penales; b) Acciones de separación personal y divorcio, nulidad de matrimonio, filiación, patria potestad y adopción, con excepción de las cuestiones patrimoniales derivadas de éstas. El juez deberá dividir los procesos, derivando la parte patrimonial al mediador; c) Causas en que el Estado nacional, las provincias, los municipios o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o sus entidades descentralizadas sean parte, salvo en el caso que medie autorización expresa y no se trate de ninguno de los supuestos a que se refiere el artículo 841 del Código Civil; d) Procesos de Inhabilitación, de declaración de incapacidad y de rehabilitación; e) Amparos, hábeas corpus, hábeas data e interdictos; f) medidas cautelares, g) Diligencias preliminares y prueba anticipada; h) Juicios sucesorios; i) Concursos preventivos y quiebras, j) Convocatoria a asamblea de copropietarios prevista por el artículo 10 de la Ley 13.512; k) Conflictos de competencia de la Justicia del Trabajo, l) Procesos voluntarios y m) Controversias que versen sobre conflictos en las relaciones de consumo, que queden alcanzadas por el Servicio de Conciliación Previa en la Relaciones de Consumo”¹⁵⁸. A su vez dentro de la misma ley se mencionan los principios inspiradores que rigen esta mediación y se refieren a la imparcialidad del mediador, libertad y voluntariedad de las partes, igualdad de las partes, consideración especial de los intereses de los menores, personas con discapacidad y personas mayores dependientes, confidencialidad del proceso, comunicación

¹⁵⁵ ARGENTINA. Ley n° 26.589, de 15 abril 2010. [en línea] [consulta: 18 octubre 2018]. Disponible en: <<https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ar/ar161es.pdf>>.

¹⁵⁶ ARGENTINA. Ley n° 24.573, de 25 octubre 1995. [en línea] [consulta: 16 octubre 2018]. Disponible en: <<http://www.saij.gob.ar/legislacion/ley-nacional-24573-ley-mediacion-conciliacion.htm>>.

¹⁵⁷ ARGENTINA. Ley n° 26.589, de 15 abril 2010. [en línea] [consulta: 18 octubre 2018]. Disponible en: <<https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ar/ar161es.pdf>>.

¹⁵⁸ ARGENTINA. Ley n° 26.589, de 15 abril 2010. Artículo 5 [en línea] [consulta: 25 octubre 2018]. Disponible en: <<https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ar/ar161es.pdf>>.

directa entre las partes, celeridad del procedimiento, conformidad expresa de las partes para que personas ajenas presencien el proceso de mediación, todos estos principios deben ser informados a las partes en la primera audiencia, por disposición expresa de la mencionada ley.

En términos generales, esta Ley de Mediación señala que el mediador debe contar con el título de abogado (sin perjuicio que existen otros profesionales asistentes en el proceso de mediación), puede ser elegido por acuerdo de ambas partes, por sorteo (cuando el reclamante formalice el requerimiento), por propuesta del requirente al requerido y por una sola vez durante la tramitación de un procedimiento por decisión del juez de la causa.

Ahora bien en cuanto al proceso mismo de mediación, este tiene una duración de sesenta días corridos a partir de la última notificación al requerido o al tercero. En los casos de ejecución y desalojo el plazo se reduce a treinta días corridos, y en ambos casos el plazo puede prorrogarse por acuerdo de los interesados. Las partes pueden tomar contacto con el mediador antes de la fecha de la audiencia con el objeto de dar a conocer sus pretensiones. Si el mediador estima que es necesaria la presencia de terceros puede hacerlo intervenir con el acuerdo de las partes. La fecha de la primera audiencia se lleva a cabo dentro de los primeros quince días corridos de haberse notificado de su designación.

Todas las mediaciones terminadas se informan al Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, para los efectos de su registro y certificación.

En cuanto a los honorarios¹⁵⁹ de los mediadores y los profesionales asistentes, la mencionada ley indica que estos perciben un honorario básico, en donde el monto y las condiciones de pago se establecen vía reglamentaria por el Poder Ejecutivo Nacional. Sin embargo, si alguna persona no cuenta con los recursos de subsistencia y lo acredite debidamente, podrá pedir una mediación gratuita. Estas se llevan a cabo en los centros de mediación del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, además de los centros de mediación públicos que ofrezcan este servicio.

El Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, tiene a su cargo la organización y administración del Registro Nacional de Mediación, este cuenta con el

¹⁵⁹ Los honorarios de los mediadores y de los profesionales asistentes se encuentran regulados por el Decreto n° 2536 del año 2015, (que modifica el Decreto n° 1467 del año 2011).

registro de los mediadores, de los centros de mediación, de los profesionales asistentes y de las entidades formadoras (son aquellas que, se dedican a la formación y capacitación de los mediadores).

Específicamente la ciudad de Buenos Aires, cuenta con la Ley N° 153¹⁶⁰, que garantiza el derecho a la salud integral. Muy interesante resulta su artículo 3, ya que da cuenta de la riqueza del concepto de salud y señala que: “La concepción integral de la salud, vinculada con la satisfacción de necesidades de alimentación, vivienda, trabajo, educación, vestido, cultura y ambiente. El desarrollo de una cultura de la salud así como el aprendizaje social necesario para mejorar la calidad de vida de la comunidad. La participación de la población en los niveles de decisión, acción y control, como medio para promover, potenciar y fortalecer las capacidades de la comunidad con respecto a su vida y su desarrollo. La solidaridad social como filosofía rectora de todo el sistema de salud. La cobertura universal de la población. El gasto público en salud como una inversión social prioritaria. La gratuidad de las acciones de salud, entendida como la exención de cualquier forma de pago directo en el área estatal; rigiendo la compensación económica de los servicios prestados a personas con cobertura social o privada, por sus respectivas entidades o jurisdicciones. El acceso y utilización equitativa de los servicios, que evite y compense desigualdades sociales y zonales dentro de su territorio, adecuando la respuesta sanitaria a las diversas necesidades”¹⁶¹. Muy importante también resulta mencionar el artículo 4 de la misma ley: “Son derechos de todas las personas en su relación con el sistema de salud y con los servicios de atención; el respeto a la personalidad, dignidad e identidad individual y cultural; la inexistencia de discriminación de orden económico, cultural, social, religioso, racial, de sexo, ideológico, político, sindical, moral, de enfermedad, de género o de cualquier otro orden [...]”¹⁶².

Argentina cuenta con un tribunal exclusivo en lo a que resolución de conflictos en salud se refiere, este es el llamado Tribunal Americano de Conciliación y Arbitraje Médico y de Salud, en adelante TACAMES. Se trata de una institución que busca y promueve la solución pacífica de las controversias médicas. Posee un carácter permanente y legal, que pretende principalmente responder a las demandas que se refieren a la mejora de la relación médico-

¹⁶⁰ ARGENTINA, BUENOS AIRES. Ley n° 153, de 25 febrero 1999 [en línea] [consulta: 26 octubre 2018] Disponible en: <<http://www.catedras.fsoc.uba.ar/elias/ley153.htm>>.

¹⁶¹ *Ibíd.*

¹⁶² *Ibíd.*

paciente, disminuir la medicina defensiva, evitar la judicialización de estos conflictos y a su vez satisfacer los legítimos reclamos de todos sus usuarios¹⁶³.

En términos prácticos este tribunal se rige por un reglamento¹⁶⁴ que es dado a conocer a las partes con anterioridad al proceso y que consta de una cláusula compromisoria¹⁶⁵ la que se remite a las normas de la mediación en general, y su principal ventaja es que tiene adelantada la constitución del tribunal arbitral¹⁶⁶ que posteriormente se utilizará para resolver la respectiva controversia.

Ahora bien, esta cláusula¹⁶⁷ compromisoria genera una obligación de hacer, de manera que una vez firmada, ninguna de las partes de manera independiente puede desentenderse de dicho compromiso, por lo que no pueden ir directamente a la justicia ordinaria, sin antes llegar a un acuerdo entre ellas.

¹⁶³ AADEMES. ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO MÉDICO Y SALUD [en línea]. [consulta: 29 octubre 2018]. Disponible en: <<http://aademes.org/noticias/val/2843/%3Cspan%3E-tacames%3C-span%3E-tribunal-americano-de-conciliaci%C3%B3n-y-arbitraje-m%C3%A9dico-y-de-salud--.html>>. “El Tribunal Americano de Conciliación y Arbitraje Médico y de Salud (TACAMES), Instituto Permanente Legal e Institucionalmente reconocido, actualizando la vigencia del método no adversarial en procura de justas soluciones en un proceso médico y de salud, ya que cuando una vinculación entra en conflicto, la rapidez, seguridad, confidencialidad y economía del reclamo, se ve inmejorablemente asistida por la Mediación, la Conciliación y el Arbitraje, asume el desafío de ofrecer un concreto aporte al mejoramiento de la relación médico-paciente, a la disminución de la medicina defensiva, a evitar la judicialización que tanto desacredita la profesión médica y también a satisfacer los justos reclamos de usuarios”.

¹⁶⁴ *Ibid.*, “Con un reglamento preestablecido y por ende conocido previo al enjuiciamiento, integrado por profesionales, capacitados en el cometido y probados en su desempeño, constituye un invalorable medio para asegurar la justicia entre dos o más partes en un conflicto médico y de salud nacional e internacional”.

¹⁶⁵ *Ibid.*, “[...] un modelo de cláusula compromisoria cuya utilización permite a los contratantes tener allanado el camino para la pronta constitución del Tribunal Arbitral, en la cual se hace remisión previa obligatoria y expresa a las reglas de la Mediación y Conciliación [...]”.

¹⁶⁶ RÍOS RUIZ, Alma de los Ángeles. El arbitraje en la praxis médica, análisis y perspectivas de nuevos mecanismos para la solución de controversias. *Revista electrónica de la Facultad de Derecho* [en línea] México, mayo-agosto 2014, n° 13, p. 26. [consulta: 20 junio 2018]. Disponible en: <<http://www.revistas.unam.mx/index.php/amicus/article/viewFile/50044/45011>>. “Los árbitros son elegidos por las partes y su designación se cumple si son probos, imparciales e independientes”.

¹⁶⁷ AADEMES. ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO MÉDICO Y SALUD [en línea]. [consulta: 25 octubre 2018]. Disponible en: <<http://www.aademes.org/noticias/val/2844/clausula-compromisoria-su-importancia.html>>. “De manera que firmada la Cláusula Compromisoria o el Compromiso Arbitral, en principio, ninguna de las partes, en forma independiente podrá, de manera eficaz, substituir al arbitraje por el procedimiento judicial en la solución del conflicto [...]”.

El tribunal es asistido de manera permanente por médicos y abogados, además de otros profesionales¹⁶⁸ que colaboran para dar una solución pacífica a las controversias médicas, tales como; psicólogos, legistas, escribanos, peritos y expertos técnicos.

Muy importante resulta mencionar el hecho que las partes poseen absoluta libertad en la elección del árbitro¹⁶⁹, el cual puede ser de su confianza, sin estar obligados a elegir árbitros exclusivamente de TACAMES.

Finalmente la sentencia arbitral o laudo que se dicta en la solución del conflicto, es inapelable e inimpugnable¹⁷⁰, de esta manera se logra que la decisión del tribunal arbitral sea efectiva y se haga cumplir a la brevedad, de este modo resulta muy fructífera la manera de solucionar los conflictos de carácter médico.

Finalmente la experiencia de la mediación en salud modera el aumento de la judicialización de este tipo de contiendas, así es como lo ha indicado la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil¹⁷¹. Así es como en el año 1995 hubo 213 juicios en esta materia que aumentaron a 307 en el año 2013, pese a existir un leve aumento, la mediación influye positivamente en desjudicializar el sistema de tribunales equilibrando la litigiosidad judicial.

¹⁶⁸ AADEFARM. ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO FARMACÉUTICO [en línea] [consulta: 19 octubre 2018] Disponible en: <<https://aedefarm.org/noticias/val/2843/%3Cspan%3Etacames%3C-span%3E-tribunal-americano-de-conciliaci%C3%B3n-y-arbitraje-m%C3%A9dico-y-de-salud-.html>>. “[...] la intervención de terceros, la asistencia técnica y de secretaría por otras instituciones, la prohibición de fundamentar los votos en disidencia y la participación activa de médicos, psicólogos, bioquímicos, abogados, mediadores, legistas, escribanos, peritos y expertos técnicos”.

¹⁶⁹ PREZI [en línea] p. 12. [consulta: 18 julio 2018]. Disponible en: <<https://prezi.com/nauexn3svsmo/arbitraje-medico-internacional/>>. “Un cuerpo de médicos y abogados asisten permanentemente y con inmediatez al TACAMES y a los tribunales arbitrales. El TACAMES examina solo en sus aspectos legales y formales, la designación y actuación de los mediadores, conciliadores y árbitros. Las partes tienen en el TACAMES la más amplia libertad de elegir a un árbitro de su confianza, sin limitación de tener que recurrir exclusivamente a las listas de la institución. Para este caso, un Abogado General y un Médico obligatoriamente es proporcionado por el TACAMES para la asistencia de las partes y de los árbitros”.

¹⁷⁰ RÍOS RUIZ, Alma de los Ángeles. El arbitraje en la praxis médica, análisis y perspectivas de nuevos mecanismos para la solución de controversias. *Revista electrónica de la Facultad de Derecho* [en línea] México, mayo-agosto 2014 n° 13, p. 26. [consulta: 25 junio 2018]. Disponible en: <<http://www.revistas.unam.mx/index.php/amicus/article/viewFile/50044/45011>>. “La imposibilidad de impugnar y/o apelar, así como la obligatoriedad del laudo permite garantizar su cumplimiento sin demora y con derecho para que la autoridad nominadora procure su cumplimiento mediante las acciones privadas o judiciales nacionales e internacionales que correspondan”.

¹⁷¹ ARGENTINA. FUNDACIÓN LIBRA. MEDIACIÓN. *Mediaciones oficiales de sorteo. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. 23/04/1.996 – 23/04/2.013* [en línea] p. 10. [consulta: 8 noviembre 2018]. Disponible en: <<http://www.fundacionlibra.org.ar/estadisticas/Mediacion-2013.pdf>>. “La mediación modera el incremento de la litigiosidad en los objetos de juicio que la ley comprende”.

Importante resulta mencionar la existencia de la Asociación Argentina de Derecho Médico y Salud (AADEMES), institución que busca prevenir las consecuencias negativas de la mala praxis médica, velando por los intereses de los Profesionales y de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud cuando comprometen el derecho a la salud de la comunidad, “Pionera e inédita Institución constituida y autorizada legalmente a funcionar internacionalmente ante la creciente judicialización de reclamos por error, responsabilidad y mala praxis en salud, con el objetivo de prevenir las irreparables consecuencias personales y económicas de Profesionales e Instituciones prestadoras de Servicios de Salud que vulneran la calidad y excelencia de la prestación médico y farmacéutico asistencial y compromete el acceso y el derecho a la salud y medicamentos de la comunidad”¹⁷².

Argentina ha instaurado la mediación en muchas materias, no solo a nivel médico, por lo que su política de resolución extrajudicial de conflictos es mucho más amplia que los otros países.

Ahora bien, es importante resaltar que la Ley Básica de Salud de Buenos Aires, desarrolla un concepto integral de salud, el que comprende varias de las necesidades básicas de los seres humanos, tales como; alimentación, vivienda, educación, trabajo, vestido, ambiente, etc. Con ello refleja una comprensión social del concepto y del compromiso por garantizar y proteger el derecho de acceso al mismo.

En lo que a resolución de conflictos médicos se refiere, es importante mencionar que en dicha localidad existe TACAMES, un tribunal especializado en conciliación y arbitraje médico, que busca llegar a acuerdos equitativos e imparciales. A su vez, también comprometidos con el acceso universal de sus usuarios, ha creado la instancia de la mediación gratuita para todas aquellas víctimas de daños que no posean los recursos económicos para pagar los servicios. Para hacer frente a dichos desafíos, al igual que los otros países observados, posee un equipo de profesionales de médicos y abogados que trabajan para alcanzar los acuerdos requeridos por los usuarios.

Estas son algunas experiencias extranjeras en lo que a resolución alternativa de conflictos en salud se trata, como se pudo constatar en dichos países la mediación, la

¹⁷² ARGENTINA. ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO MÉDICO Y SALUD [en línea]. [consulta: 1 diciembre 2018]. Disponible en: <<https://aademes.org/noticias/val/2844/clausula-compromisoria-su-importancia.html>>.

conciliación o el arbitraje médico cumplen roles fundamentales en el acceso a la justicia y en la reparación de daños en salud. A su vez, en Europa también existen algunos países que aplican estas vías de resolución de conflictos médicos, un ejemplo de aquello es Francia¹⁷³, que utiliza la mediación como figura central en la resolución de conflictos médicos.

III. ANÁLISIS COMPARATIVO DE CUATRO ASPECTOS DE LA MEDIACIÓN EN SALUD **EN CHILE**

Como pudimos observar en el capítulo uno, el derecho a la salud ha sido tratado en términos amplios por las convenciones de derechos humanos, puesto que incluye un conjunto de bienes, servicios y condiciones indispensables para alcanzar el máximo nivel posible de salud. En ese sentido a modo de ejemplo el Comité del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), en la Observación N° 14, señala que: “En cambio,

¹⁷³ Este país incorporó la mediación médica tanto al interior de los hospitales como fuera de ellos. A grandes rasgos se puede decir que dentro de cada hospital los medios para solucionar los conflictos dependen de la presidencia del grupo hospitalario y fuera de los hospitales, se aplica a través de las Comisiones Regionales de Conciliación e Indemnización. Al interior del hospital funcionaba la figura del “conciliador médico”, el que buscaba solucionar de manera amigable los conflictos entre los médicos y los pacientes. Sin embargo, en el año 1989 fue anulada la creación de dicho conciliador, puesto que se consideró ilegal, al permitir el acceso a los documentos médicos sin el consentimiento de los pacientes. Con el tiempo se hizo necesaria la labor de dicho conciliador, por lo que en la práctica los hospitales nombraron a un conciliador entre el Director del Hospital y el Presidente de las Comisión Médica del Establecimiento. Para una mayor interiorización se recomienda consultar el texto “La experiencia francesa en mediación”, de Pilar Rodríguez Peña, *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, 2008, tomo n° 19.

entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud”¹⁷⁴; “Por lo tanto, el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud”¹⁷⁵; “(...) acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud (...)”¹⁷⁶. De este modo, el ejercicio del derecho a la salud incluye, la primera fase, que se materializa cuando la persona requiere un diagnóstico o tratamiento médico frente a una enfermedad o una asistencia urgente en caso de un accidente, y a su vez incluye una eventual segunda fase, puesto que existe solo en caso de daños a los pacientes (daños que muchas veces son de carácter grave, hablamos de invalidez total o parcial e incluso la muerte de los pacientes) y su función es hacer frente a las consecuencias nocivas del ejercicio de la medicina y de las prestaciones que esta involucra. En ambas fases se exige cumplir con las obligaciones impuestas por los tratados de derechos humanos y otorgar un tratamiento basado en los principios de la dignidad humana, igualdad, equidad, justicia y no discriminación, así como dar cumplimiento a los estándares internacionales que se han establecido en la materia ((a) Disponibilidad; b) Accesibilidad: (No discriminación/Accesibilidad física: /Accesibilidad económica/Acceso a la información); c) Aceptabilidad; y d) Calidad). Ambas fases son muy importantes, pero en este capítulo nos referiremos específicamente a la segunda, es decir, a la que debe resolver los conflictos jurídicos de las víctimas de daños en salud. Este es un tema de gran relevancia, puesto que está directamente relacionado con otro derecho humano fundamental, es decir, el acceso a la justicia¹⁷⁷, ya que, quien sufre daños en salud tiene derecho a que aquel daño le sea reparado, por vías justas, equitativas y efectivas, otorgadas y garantizadas por el Estado.

¹⁷⁴ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES. CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL. NACIONES UNIDAS. *Observación general 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud* [en línea] 2000, párrafo 8, p. 3. [consulta: 8 julio 2017]. Disponible en: <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf>>.

¹⁷⁵ *Ibid.*, párrafo 9.

¹⁷⁶ *Ibid.*, párrafo 11.

¹⁷⁷ PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. *Manual de Políticas Públicas para el acceso a la Justicia. América Latina y el Caribe* [en línea] 2005, Argentina, p. 11. [consulta: 27 octubre 2018]. Disponible en: <<http://inecip.org/wp-content/uploads/Inecip-Manual-Politicas-Publicas.pdf>>. “El acceso a la justicia es un concepto que hace referencia a las posibilidades de las personas de obtener una respuesta satisfactoria a sus necesidades jurídicas y cuyo ámbito material de aplicación se delimita mediante el análisis del conjunto de derechos de los ciudadanos y la valoración de la naturaleza y extensión de la actividad pública y de los mecanismos o instrumentos jurídicos necesarios para garantizarlos”.

En el mismo sentido el Comité señala: “Las obligaciones de proteger incluyen, entre otras, las obligaciones de los Estados de adoptar leyes u otras medidas para velar por el acceso igual a la atención de la salud y los servicios relacionados con la salud proporcionados por terceros; velar por que la privatización del sector de la salud no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de atención de la salud; controlar la comercialización de equipo médico y medicamentos por terceros, y asegurar que los facultativos y otros profesionales de la salud reúnan las condiciones necesarias de educación, experiencia y deontología. [...] Los Estados deben velar asimismo, por que terceros no limiten el acceso de las personas a la información y los servicios relacionados con la salud”¹⁷⁸.

Ahora bien, esto se encuentra íntimamente relacionado con el tema de este capítulo, puesto que la mediación en salud no es realizada por profesionales que dependan de Estado sino que es llevada a cabo por terceros, y fue establecida como una especie de filtro para que la gran cantidad de conflictos en salud no colapsara el sistema judicial chileno. Pero aquello trajo consigo una serie de injusticias y deficiencias que afectan y vulneran día a día los derechos de muchas víctimas en salud. A estas víctimas, el derecho internacional les reconoce el derecho a ser resarcidas del daño que sufrieron, en ese sentido resulta esencial mencionar aquí específicamente lo que señala la Observación General N° 14 del artículo 12 del PIDESC, cuando una persona ha sido víctima de un daño producto de la violación del derecho a la salud, esta le otorga el derecho a contar con cualquier recurso apropiado tanto nacional como internacional para los efectos de obtener una reparación adecuada. Así se ordena en el párrafo 59, que señala: “Toda persona o grupo que sea víctima de una violación del derecho a la salud deberá contar con recursos judiciales efectivos u otros recursos apropiados en los planos nacional o internacional. Todas las víctimas de esas violaciones deberán tener derecho a una reparación adecuada, que podrá adoptar la forma de restitución, indemnización, satisfacción o garantías de que no se repetirán los hechos”¹⁷⁹.

¹⁷⁸ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES. CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL. NACIONES UNIDAS. *Observación general 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud* [en línea] 2000, párrafo 35, p. 10. [consulta: 8 julio 2017]. Disponible en: <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf>>.

¹⁷⁹ *Ibid.*, párrafo 59, p. 17.

Ahora bien, esto sucede en el ámbito internacional, pero a nivel nacional ¿Cuál es la realidad en esta materia? ¿Las víctimas de daños en salud tienen acceso a la justicia? ¿Y si tienen acceso a la justicia, en qué condiciones lo hacen? Para contestar estas preguntas es que a continuación realizaremos un análisis crítico al Sistema Nacional de Mediación en Salud a más de diez años de su implementación, sobre la base de cuatro factores comparativos: costo económico, formación de los mediadores, acceso geográfico a los lugares en donde se llevan a cabo las mediaciones y la eficacia de los acuerdos.

Comenzaremos por mencionar que en nuestro país la mediación¹⁸⁰ por daños en salud fue establecida en la Ley N° 19.966 sobre Garantías Explícitas en Salud (GES), esta alternativa de resolución de conflictos es extrajudicial y tiene un carácter previo y obligatorio. Con esta nueva forma de resolver los conflictos se buscaba aminorar las contiendas en salud y consecuentemente, descongestionar el sistema judicial.

En términos simples, la mediación en salud procede en los casos en que un paciente sufre un daño a causa de una prestación de salud, dicha mediación se realiza exclusivamente ante dos instituciones, el Consejo de Defensa del Estado (en adelante CDE) y la Superintendencia de Salud (en adelante Superintendencia). La primera institución interviene cuando el daño es causado por un prestador de salud público (prestadores institucionales públicos que forman las redes asistenciales definidas por el artículo 16 bis del Decreto Ley N° 2.763, del año 1979¹⁸¹, o sus funcionarios) y la segunda cuando el daño es causado por un prestador privado.

En consecuencia, la víctima de un daño en salud tiene dos caminos jurídicos, uno en sede penal, presentando una denuncia o querrela. Y otro en sede civil, presentando la solicitud de mediación ante el CDE o la Superintendencia (dependiendo quien causó el daño)

¹⁸⁰ Ley n° 19.966, de 3 de septiembre de 2004 [en línea] [consulta: 8 septiembre 2018]. Disponible en: <www.bcn.cl>. Artículo 43, inciso final. “La mediación es un procedimiento no adversarial y tiene por objetivo propender a que, mediante la comunicación directa entre las partes y con intervención de un mediador, ellas lleguen a una solución extrajudicial de la controversia”.

¹⁸¹ Decreto Ley n° 2763, de 3 de agosto de 1979, artículo 17. [en línea] [consulta: 8 junio 2018]. Disponible en: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=249177&idVersion=>>. “La Red Asistencial de cada Servicio de Salud estará constituida por el conjunto de establecimientos asistenciales públicos que forman parte del Servicio, los establecimientos municipales de atención primaria de salud de su territorio y los demás establecimientos públicos o privados que suscriban convenio con el Servicio de Salud respectivo, conforme al artículo 2° de esta ley, los cuales deberán colaborar y complementarse entre sí para resolver de manera efectiva las necesidades de salud de la población. La Red Asistencial de cada Servicio de Salud deberá colaborar y complementarse con la de los otros Servicios de Salud, a fin de resolver adecuadamente las necesidades de salud de la población”.

y si esta mediación resulta frustrada, dirigirse a los tribunales de justicia presentando la correspondiente demanda civil.

Entonces, en sede civil las víctimas no pueden dirigirse directamente ante los tribunales de justicia, porque deben presentar la solicitud de mediación ante las instituciones señaladas precedentemente. Aquí surgen legítimas preguntas ¿es razonable obligar a las víctimas a asistir a una mediación? (si bien la realización de la mediación no es obligatoria, sí lo es la presentación de la solicitud de mediación), esta realidad ¿representa un real derecho de acceso a la justicia?

En nuestra opinión creemos que no, porque en primer lugar, el acceso a la justicia es un derecho humano garantizado por múltiples tratados, específicamente, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el acceso a la justicia está garantizado fundamentalmente por los artículos 8.1 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica. Un Estado de Derecho no puede existir si sus derechos humanos no están reconocidos y garantizados, y así ocurre con el derecho de acceso a la justicia, el cual no solo debe estar formalmente reconocido por las leyes, sino que además debe ser efectivo, es decir, brindar un expedito y directo acceso a los sistemas de resolución de conflictos, así lo ha resuelto la Corte IDH “[...] no basta con que los recursos existan formalmente, sino que los mismos deben tener efectividad, [...]. La existencia de esta garantía constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho [...]”¹⁸². Consideramos que presentar una solicitud de mediación como paso previo a demandar directamente ante los tribunales de justicia, representa un obstáculo al acceso, demora la actuación e intervención de la justicia civil para aquellas víctimas que desean con justo derecho dejar su caso a la resolución de un juez imparcial en un Estado de Derecho, especialmente cuando el sistema prestado por el Estado no garantiza igual acceso, ni atención de calidad, según analizaremos en este apartado.

En segundo lugar, el acceso a la justicia es un derecho garantizado constitucionalmente y en nuestra Ley Fundamental está reconocido específicamente en el artículo 19 N° 2. En ese sentido, todos somos titulares de este derecho, y lo podemos ejercer siempre que suframos una vulneración de cualquier derecho, esa es la razón de su existencia.

¹⁸² Claude Reyes y otros VS. Chile. Corte interamericana de Derechos Humanos. 19 septiembre 2006, párrafo 131.

Es por ello que creemos que una víctima en salud, no debe estar obligada a presentar una solicitud de mediación, ya que al ser dañada en su integridad física o psicológica por prestadores de salud, de inmediato el sistema jurídico fundado en el derecho constitucional de acceso a la justicia debe estar disponible para ella, en todo momento y de manera directa y expedita, sin limitaciones de ninguna especie. Como ocurre en el caso en que el daño sea causado por prestadores no previstos en las redes asistenciales del artículo 16 bis del Decreto Ley N° 2763 de 1979. Así lo ha resuelto la Contraloría General de la República (CGR), a modo de ejemplo en el dictamen N° 17.159 de fecha 03 de abril de 2009, en donde el Hospital de la Universidad de Chile le solicita se pronuncie respecto a qué institución es la que debe realizar el procedimiento de mediación a los pacientes que sufran daños en dicho recinto asistencial, ante lo cual la citada Contraloría dictaminó: “[...] Esta Contraloría cumple con informar que los procedimientos de mediación previstos en el artículo 43 y siguientes de la Ley N° 19.966, no son aplicables a los reclamos formulados en contra del Hospital Clínico de la Universidad de Chile, por eventuales daños provocados a los pacientes en los términos previstos en ese texto legal”¹⁸³.

En tercer lugar, entendemos que existe un colapso del sistema judicial chileno (una de las razones dadas para instalar la mediación como trámite prejudicial en conflictos en salud), pero no coincidimos que una manera de descongestionarlo¹⁸⁴ sea por la vía de la mediación en salud como trámite previo y obligatorio (inconstitucional incluso para algunos

¹⁸³ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen n° 17.159, de 3 abril de 2009 [en línea]. [consulta: 15 enero 2019]. Disponible en: <https://www.contraloria.cl/appinf/LegisJuri%5Cboletinjurisprudencia.nsf/DetalleDictamenBoletin?OpenForm&UNID=EDEB32COC802A22B84257597004B7203>. “[...] Como puede advertirse el Hospital Clínico de la Universidad de Chile, no es un prestador que forme parte de las redes asistenciales, de manera que no concurre, en la especie, ese supuesto del artículo 43, inciso primero, de la Ley N°19.966, que como ya se ha consignado, es básico para que pueda tener lugar el procedimiento de mediación ante el Consejo de Defensa del Estado, que contempla dicha ley. En efecto, ninguna de las tres hipótesis normativas que –con arreglo al artículo 17 del decreto con fuerza de ley antes indicado- adscriben a un prestador de salud a la red asistencial, se configura respecto de ese hospital, toda vez que este no forma parte de ningún Servicio de Salud, no es un establecimiento municipal, ni ha suscrito un convenio con alguno de dichos Servicios para atender coordinadamente las necesidades de salud de la población. Por otra parte, tampoco la señalada Superintendencia de Salud tiene competencia para intervenir en un procedimiento de mediación en reclamos formulados por daños que se hayan ocasionado a los pacientes en prestaciones asistenciales entregadas en el hospital materia de la consulta, porque en el inciso segundo del citado artículo 43, solo la habilita para hacerlo en el caso de los prestadores privados, calidad que no inviste el Hospital Clínico de la Universidad de Chile”.

¹⁸⁴ TC. 10 julio 2012. Rol n° 2042-11-INA. (En la opinión de los Ministros disidentes). N° 4, p. 33 “[...] los disidentes ponen de manifiesto una serie de inconstitucionalidades. N° 4 [...] asumir a priori que la sola interposición de unas acciones reparatorias puede generar alguna “judicialización injustificada y excesiva”, aparte de configurar una predicción sin fundamento, no puede justificar que al sospechado se lo induzca a depreciar un derecho claro e incuestionable, porque en tal caso no se le estaría asegurando la constitucionalmente debida “protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”.

Ministros del Tribunal Constitucional¹⁸⁵). Primero, el derecho a la salud como se vio en el primer capítulo es el derecho humano más importante en la vida de las personas, internacionalmente garantizado y protegido por tratados de derechos humanos, por lo que resulta evidente la íntima relación que tiene con el derecho de acceso a la justicia (otro derecho humano), de manera directa y expedita, sin trabas ni requisitos que lo obstaculicen o demoren en su ejercicio, así también lo han sostenido Ministros del Tribunal Constitucional, en voto de minoría: “Que resulta incuestionable que el precepto legal impugnado representa una traba, obstáculo o impedimento infundado para acceder a la justicia”¹⁸⁶. En ese sentido, consideramos que si es por descongestionar el sistema judicial chileno, entonces se debe realizar una modificación en la tramitación de causas que tratan de otras materias, por ejemplo, aplicar la mediación u otra salida alternativa para los juicios que casi completan el trabajo de los tribunales civiles, como por ejemplo las causas ejecutivas, ingresadas y tramitadas masivamente por los bancos o las casas comerciales, en lugar de entorpecer el legítimo derecho de acceso a la justicia de las víctimas de daños en salud.

Así las cosas, entonces ¿qué tenemos? un acceso directo a la justicia para las empresas que ejecutan a sus clientes (demostrando así, que al momento de legislar, hubo una clara prioridad por temas patrimoniales y no sociales) sin embargo, para las víctimas de daños en salud no hay un acceso directo a la justicia, sino que el sistema las obliga a intentar acordar y no les otorga directamente una aplicación del derecho y de la justicia. Por el contrario las víctimas de daños en salud, deben realizar una solicitud de mediación, lo cual implica un desgaste de tiempo, de recursos humanos, de recursos económicos y en donde la mayoría de los acuerdos no son efectivos, porque como veremos más adelante, los números

¹⁸⁵ *Ibid.*, párrafo n° 6, p. 35. “[...] siendo de reiterar que, aun de admitirse la legitimidad de la mediación prejudicial obligatoria, para que sea constitucionalmente aceptable, ella debe llevarse a cabo dentro del Poder Judicial”. Párrafo n° 7, p. 35. “[...] pesa sobre el precepto legal reparado una tercera causal de inconstitucionalidad, que lo anula en su origen, pues la norma que instituyó este mecanismo preceptivo y alternativo de mediación, constitutivo de un “equivalente jurisdiccional” y comoquiera que no se canaliza dentro de la institucionalidad judicial, debió tramitarse en la forma una ley orgánica constitucional, por imperativo del artículo 77, inciso primero, de la Carta Fundamental. [...] respecto del inciso segundo del artículo 43 de la Ley n° 19.966, durante su tramitación no fue oída la Corte Suprema, lo que infringe el precedentemente citado artículo 77, ni se sometió al control preventivo de constitucionalidad ante este Tribunal, lo que contraviene el artículo 93 n° 1, de la Constitución Política”.

¹⁸⁶ *Ibid.*, párrafo n° 5.

de mediaciones exitosas son muy bajos en comparación al universo de personas que tienen derecho a una justa reparación.

En conclusión, el sistema no otorga a las víctimas de daños en salud de manera directa y expedita el acceso a la justicia, sino que por el contrario, les impone trabas de acceso que no se justifican considerando el mal resultado del Sistema de Mediación vigente en Chile.

Sostenemos que las víctimas deben “tener derecho a elegir” si presentan la solicitud de mediación o se dirigen directamente a los tribunales de justicia, tal como sucede en la realidad mexicana en esta materia “[...] en México el afectado por un daño médico puede demandar directamente la reparación a los tribunales, sin que sea obligatorio el paso previo por la CONAMED”¹⁸⁷. Los ciudadanos son libres de optar entre dirigirse directamente a los tribunales de justicia o hacer uso de los métodos de resolución de conflictos alternativos, tales como la mediación, conciliación o el arbitraje. Esto refleja el gran respeto por las personas y específicamente el respeto por las víctimas de daños en salud, en cuanto a su derecho de acceso a la justicia.

Importante resulta mencionar aquí, la opinión de los Ministros disidentes en juicio rol N° 2042-11, del Tribunal Constitucional, a propósito de la inconstitucionalidad de la mediación; “[...] el artículo 43, inciso segundo, de la Ley N° 19.966, no puede ser aplicado en el juicio pendiente, por resultar contrario a la Constitución, toda vez, al contemplar una mediación obligatoria como presupuesto del libre acceso a la Justicia, vulnera abiertamente el derecho asegurado en el artículo 19 N° 3, de la Constitución, además de que, al establecer que esa mediación tenga lugar fuera del Poder Judicial, infringe su artículo 76 inciso primero [...]”¹⁸⁸.

A su vez, también es relevante mencionar la postura de la Corte Suprema en causa rol N° 5195-2011, en donde la recurrente interpuso un recurso de casación en el fondo que

¹⁸⁷ BARRÍA GUTIÉRREZ, Pedro y SAINT GEORGE ARCE, Corina. El modelo mexicano de arbitraje médico. Un aporte a la calidad de la medicina y a la comunicación entre médicos y pacientes. *Revista de Derecho* [en línea] 2008, Consejo de Defensa del Estado, n° 17, p. 158. [consulta: 5 junio 2018]. Disponible en: <https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/8b049278-325b-4f95-867a-9330ad6d5419/file_4820b0e10f7ac.pdf?MOD=AJPERES>.

¹⁸⁸ TC. 10 julio 2012. rol n° 2042-11-INA, p. 31 a 32, encabezado de la explicación de los votos disidentes.

buscaba anular la sentencia de primera instancia, toda vez que el trámite de la mediación en salud, ya se había llevado a cabo, en ese sentido la Corte en cuestión señaló “[...] si bien no se cumplió con el requisito de la mediación antes de la interposición de la demanda, dicha omisión, en primer término, no constituye un trámite declarado esencial por la ley sino únicamente una irregularidad que, sin afectar el fondo de la acción deducida, debe corregirse. Por otro lado, el hecho de recurrirse directamente a la protección jurisdiccional, en nada obsta a que con posterioridad, ya trabada jurídicamente la Litis con la notificación de la demanda, pueda efectuarse el mentado llamado a mediación, [...]”¹⁸⁹. Continúa, “[...] tampoco es posible sostener que una diligencia, en los términos que expresamente prevé en inciso segundo del artículo 43 citado, para cuyo fracaso solo basta que las partes no acuerden la persona del mediador, preliminar incluso a la invitación de arreglo, pueda constituir una diligencia de la esencia de la acción o del procedimiento, que traiga envuelta la nulidad procesal en los términos propuestos, tanto cuanto su eficacia es tan feble que se ve supeditada al simple hecho del desacuerdo en un aspecto básico como el anotado [...]”¹⁹⁰. También se pronuncia en cuanto al debido proceso, por cuanto señala: “[...] aparece de manifiesto en la resolución reclamada el alejamiento a los principios constitucionales del debido proceso, que privilegian la opción de posibilitar el derecho de defensa antes que limitarlo, como ha ocurrido en este caso, en que la demandante ha sido privada de la posibilidad de requerir que los tribunales conozcan y juzguen la pretensión ejercida en virtud del derecho a la acción que les asegura nuestra Carta Fundamental. [...] Así resulta indiscutible que la sentencia impugnada entrabó la posibilidad de la actora de ejercer su derecho a someter el conflicto de autos –en lo que a ella empece- a la decisión de los tribunales competentes, esto es su derecho de acción y de defensa, consagrado en el artículo 19 N° 3 inciso primero de la Constitución Política de la República [...]”¹⁹¹.

Solo para los efectos de recordar, y realizar el análisis comparativo de los cuatro factores señalados anteriormente, mencionaremos aquí los principios generales orientadores de la Ley N° 19.966, estos fueron: a) El derecho a la salud (la salud es un derecho de todas las personas y todas deben acceder a él); b) Equidad en salud (buscando evitar las

¹⁸⁹ C. Suprema. 3 septiembre 2012. VL: CL/5195-2011, considerando decimoquinto [en línea] [consulta: 10 enero 2019]. Disponible en: <<https://2019.vlex.com/#vid/436289246>>.

¹⁹⁰ *Ibid.*

¹⁹¹ *Ibid.*, considerando decimosexto.

desigualdades evitables e injustas); c) Solidaridad en salud (que todos tengamos las mismas garantías, sin que influyan factores como nivel educacional, clase social y estatus económico); d) Eficiencia en el uso de los recursos (tanto financieros como humanos) y e) Participación social en salud (reconocimiento del individuo como ciudadano y a la vez un sistema de salud que da cuenta de sus avances como de sus falencias). A su vez en la historia de la ley, se da cuenta que el sistema de salud es un todo, que incluye las instancias que resuelven las consecuencias nocivas de una prestación de salud, en ese sentido “El sistema de salud existe para proteger la salud de las personas y para el evento en que ella sea afectada y para remediar o paliar sus efectos negativos”¹⁹².

Y en términos específicos la Ley N° 19.966 menciona los principios especiales bajo los cuales se orienta esta mediación, señalando en su artículo 49 que el mediador deberá velar porque se respeten los principios de: “igualdad, celeridad, voluntariedad, confidencialidad e imparcialidad”¹⁹³. Estos principios que rigen la mediación en salud en nuestro país deben cumplirse cabalmente, puesto que son exigidos legalmente.

La mediación en salud es una alternativa de resolución de conflictos extrajudicial que debe tener como base los derechos humanos y la dignidad de todas las personas, porque es una herramienta legal que está a disposición de ellas. Pero además, porque trabaja con personas cuya integridad ha sido gravemente perjudicada, puesto que, han sufrido un daño en su salud (física y/o psicológica), por lo que están afectadas emocionalmente, y no solo ellas, sino que también su círculo familiar más íntimo.

El tener como base los derechos humanos es también una obligación internacional para nuestro país, no solo por los tratados internacionales que nos obligan como Estado, sino que también porque la Corte Interamericana de Derechos Humanos falló en contra de Chile en el siguiente sentido: “[...] la Corte estima necesario ordenar al Estado que, dentro del plazo de un año, adopte programas de educación y formación permanentes dirigidos a los estudiantes de medicina y profesionales médicos, así como a todo el personal que conforma

¹⁹² BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la ley. *Ley N° 19.966, establece un régimen de garantías de salud* [en línea] 3 de Septiembre de 2004, p. 49. [consulta: 12 mayo 2018]. Disponible en: <<https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/502/1/HL%2019966.pdf>>.

¹⁹³ Ley N° 19.966, de 3 septiembre 2004, artículo 49. [en línea] [consulta: 15 junio 2018]. Disponible en: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=229834&buscar=19966>>.

el sistema de salud y seguridad social, incluyendo órganos de mediación [...]”¹⁹⁴. Es irrefutable que la jurisdicción internacional nos ha ordenado la educación en derechos humanos en cuanto a la mediación en salud, por lo que resulta imprescindible que Chile cree las políticas públicas necesarias en esta materia. Las víctimas de daños en salud no pueden seguir esperando, es urgente que la mediación posea las condiciones mínimas de igualdad, equidad, celeridad, no discriminación y efectividad para responder a todas sus múltiples necesidades.

Además de los derechos humanos como eje central sobre el cual la mediación en salud debe centrar su trabajo, también debe cumplir con las normas nacionales (constitucionales y legales) que existen sobre la materia y ser un reflejo fiel de los principios que inspiraron la reforma de la ley.

A continuación analizaremos uno a uno los elementos comparativos sobre la base de las normas internacionales de derechos humanos y los principios orientadores de la ley que implementó la mediación en salud.

1. Costo económico

Para comenzar este tema nos referiremos a un gran trabajo realizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, respecto al acceso a la justicia. Esta Comisión estableció cuatro temas centrales en cuanto a la protección judicial de los derechos económicos, sociales y culturales, y en ese sentido señala: “[...] 1) la obligación de remover obstáculos económicos para garantizar el acceso a los tribunales; 2) los componentes del debido proceso en los procedimientos administrativos relativos a derechos sociales; 3) los componentes del debido proceso en los procedimientos judiciales relativos a derechos sociales; y 4) los componentes del derecho a la tutela judicial efectiva de derechos sociales, individuales y colectivos”¹⁹⁵. Lo importante de este trabajo es que fija estándares

¹⁹⁴ Poblete Vilches y Otros VS. Chile. Corte interamericana de Derechos Humanos. 08 marzo 2018, párrafo 237, p. 71.

¹⁹⁵ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos* [en línea] 2007, p. 1, punto 3. [consulta: 27 enero 2019]. Disponible en: <<http://www.cidh.org/pdf%20files/ACCESO%20A%20LA%20JUSTICIA%20DESC.pdf>>.

internacionales en cuanto al acceso a la justicia, y bajo aquellos parámetros los Estados deben delimitar su actuar y responder antes las obligaciones impuestas en esta materia.

Lamentablemente es una realidad que la situación económica de las personas influye en la mayoría de los aspectos de sus vidas así como en las oportunidades a las que pueden acceder, y el derecho a ser oída por un tribunal, no queda excluido. Es por eso que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “Un primer aspecto del derecho de acceder a la justicia en materia de derechos sociales, es la existencia de obstáculos económicos o financieros en el acceso a los tribunales y el alcance de la obligación positiva del Estado de remover esos obstáculos para garantizar un efectivo derecho a ser oído por un tribunal. De esta manera, numerosas cuestiones vinculadas con el efectivo acceso a la justicia --como la disponibilidad de la defensa pública gratuita para las personas sin recursos y los costos del proceso-- resultan asuntos de inestimable valor instrumental para la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. En este sentido, es común que la desigual situación económica o social de los litigantes se refleje en una desigual posibilidad de defensa en juicio”¹⁹⁶.

Es por lo anteriormente señalado que el acceso a la justicia ha sido garantizado como un derecho para todas las personas, y en ese sentido es un imperativo para los Estados el no imponer trabas o prerequisites para ejercerlo, de manera que cualquier obstáculo en su desarrollo puede revestir la forma de una vulneración del mismo. En ese sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, recordó la prohibición de discriminar respecto a la condición económica de las personas y explicitó que “[...] si una persona que busca la protección de la ley para hacer valer los derechos que la Convención le garantiza, encuentra que su posición económica (en este caso, su indigencia) le impide hacerlo porque no puede pagar la asistencia legal necesaria o cubrir los costos del proceso, queda discriminada por motivo de su posición económica y colocada en condiciones de desigualdad ante la ley”¹⁹⁷.

Por otro lado, dentro de los estándares internacionales en materia de salud se encuentra el de la accesibilidad y una de sus dimensiones se refiere a la accesibilidad económica

¹⁹⁶ *Ibid.*, párrafo 5, p. 1.

¹⁹⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión consultiva OC-11/90. Excepciones al agotamiento de los recursos internos (art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos)* [en línea] 1990, párrafo 22, p. 7. [consulta: 14 enero 2019]. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_11_esp.pdf>.

(asequibilidad), es decir, que sobre la base de la equidad todos los servicios de salud y los que estén relacionados estén al alcance de todas las personas “[...] los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos. Los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. La equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos”¹⁹⁸.

Ahora bien, la mediación es un método extrajudicial de resolución de conflictos, que es aplicado a las contiendas jurídicas en materia de salud. En ese sentido, lo que busca es que aquellas personas víctimas de daños en salud, vean resueltos sus conflictos. De manera que este método alternativo, debe cumplir con todas las exigencias legales tanto nacionales como internacionales (específicamente en lo que se refiere a los estándares que se han fijado por tratados de derechos humanos, entre ellos los mencionados precedentemente) en materia de acceso a la justicia,¹⁹⁹ desde un punto de vista amplio²⁰⁰ y no solo como acceso a tribunales. Entonces ¿que se espera de este mecanismo alternativo de resolución de conflictos? Que en materia económica, no imponga limitaciones o fije trabas que impidan su ejercicio a las víctimas, y en Chile no se respeta este estándar, ya que, las víctimas del sector privado deben pagar para llevar a cabo la mediación, y ese costo económico, muchas veces

¹⁹⁸ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES. CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL. NACIONES UNIDAS. *Observación general 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud* [en línea] 2000, párrafo 12, letra b) iii), p. 4. [consulta: 10 octubre 2018]. Disponible en: <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf>>.

¹⁹⁹ PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. *Manual de Políticas Públicas para el Acceso a la Justicia. América Latina y el Caribe* [en línea] Ediciones del Instituto, Argentina, 2005, p. 11. [consulta: 6 julio 2018]. Disponible en: <<http://inecip.org/wp-content/uploads/Inecip-Manual-Politiclas-Publicas.pdf>>. “Por el contrario el enfoque del acceso a la justicia que comparte el PNUD no se agota en la contemplación del aspecto cuantitativo o cualitativo de los recursos judiciales sino que entiende el acceso a la justicia al mismo tiempo como un objetivo y como un medio. Siendo un fin en sí mismo, se percibe, a su vez, como un prerequisite previo, como un instrumento para la transformación de las relaciones de poder que perpetúan la exclusión, la pobreza y la dependencia de grupos tales como mujeres, presos, indígenas, migrantes, discapacitados, menores, ancianos, trabajadores, etc”.

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 14. “Es por ello que para el PNUD este derecho es más que acceso a los tribunales: es el acceso a un remedio eficaz para un problema tutelado por el derecho. Una política de acceso a la justicia implica entonces crear o fortalecer toda instancia, estatal o comunitaria, centralizada o descentralizada, que coadyuve a garantizar el ejercicio de los derechos y que sea capaz de dar respuesta, con imparcialidad e integridad, a las demandas de las personas, en especial de las de aquellas más desfavorecidas”.

se transforma en una limitación en el acceso a la justicia, situación que obligatoriamente debe subsanarse por el Estado de Chile.

Continuando con el tema, como vimos precedentemente, la mediación en salud, es un filtro discriminatorio (debiendo ser todo lo contrario, es decir, una mecanismo que efectivamente resuelva estos conflictos, desde una mirada de los derechos humanos e integre a muchas personas que en el día a día son discriminados, ayudando de ese modo a un desarrollo en materia de acceso a la justicia²⁰¹), para muchas víctimas, ya que el Estado le impuso un costo económico para aquellos que sufren un daño en el sector privado, lo que a todas luces manifiesta una discriminación que no posee ninguna justificación. De manera que no es de acceso gratuito para todos, lo que se vuelve un tema relevante de analizar, ya que, en materia de acceso a la justicia el costo económico implica una traba que el Estado debe superar. Recordemos que nuestro legislador distinguió entre las personas que se atienden en el servicio público (para quienes la mediación es gratuita) y aquellas personas que se atienden en el servicio privado (para quienes la mediación es pagada) el valor de este servicio está configurado por los honorarios de los mediadores. Consideramos que la mediación al tener un costo económico y que además sea de cargo de las víctimas, (y no solo eso, sino que además de algunas de ellas), conforma una discriminación (de la que el Estado no se hace cargo), ya que algunos deben pagar y otros no, constituyéndose así, en una vulneración del derecho de acceso a la justicia para un gran porcentaje de las víctimas de daños en salud. El Estado no sólo no debe imponer trabas u obstáculos (obligación negativa), sino que además, debe remover dichos obstáculos (obligación positiva), es en esa dirección que la Comisión IDH, ha señalado “Un primer aspecto del derecho de acceder a la justicia en materia de derechos sociales, es la existencia de obstáculos económicos o financieros en el acceso a los tribunales y el alcance de la obligación positiva del Estado de remover esos obstáculos para garantizar un efectivo derecho a ser oído por un tribunal [...]”²⁰².

²⁰¹ *Ibid.*, p. 11. “[...] es fruto de incorporar de la evolución de la concepción de los derechos humanos a la noción de acceso a la justicia, y convierte a las políticas de acceso a la justicia en elementos fundamentales para garantizar el desarrollo”.

²⁰² COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos* [en línea] 2007, p. 1. [consulta: 11 noviembre 2018]. Disponible en: <<http://www.cidh.org/pdf%20files/ACCESO%20A%20LA%20JUSTICIA%20DESC.pdf>>

Al tratarse de un método de resolución de conflictos, relacionado directamente con el derecho a la salud, y que busca hacer justicia a las víctimas de daños en salud, es coherente concluir que no debe ser discriminatorio. Entonces ¿por qué se hizo esta diferenciación? ¿En dónde está la justificación a esta diferencia? Y no es nada menor la legítima duda, ya que como dijo Barría y Saint George, “En Chile [...] distinguió entre prestadores privados (mediación pagada) y prestadores públicos (mediación gratuita), pero desgraciadamente quedaron fuera de mediación gratuita los consultorios primarios de las Corporaciones Municipales de Derecho Privado, donde se atienden las personas más modestas”²⁰³. Es inevitable pensar ¿cómo es posible que las personas más modestas tengan que pagar por este servicio? ¿Cómo el Estado de Chile como garante de los derechos fundamentales de todas las personas no ha contemplado una solución a esta discriminación? ¿Cómo se justifica esta discriminación? No se logra entender que las personas más pobres y humildes de este país deban sufrir las consecuencias de un daño en salud y peor aún, deban soportar el costo económico de la mediación. A mayor abundamiento la Contraloría General de la República ha resuelto dar por terminada la mediación en salud cuando las personas no pagan los honorarios de los mediadores, como es el caso de personas con menores ingresos, en ese sentido el dictamen N° 023078N14-2014 dispuso: “[...] existiendo en la especie constancia cierta de que una de las partes del respectivo proceso no está dispuesta a pagar los honorarios a que tiene derecho el mediador, cabe concluir que ello importa una manifestación de voluntad de no perseverar en él, por lo que éste debe darse por terminado [...]”²⁰⁴. Según este dictamen, muchas personas simplemente no pueden llevar a cabo una mediación en salud y por consiguiente obtener una solución colaborativa y pronta a su conflicto, simplemente por no pagar los costos económicos de los mediadores, de manera que para ellos el acceso a la justicia nuevamente está impedido. Muchas de esas personas quedan fuera de la mediación en salud, simplemente, porque no tienen recursos económicos para pagar los honorarios de los mediadores, situación injusta y discriminatoria.

²⁰³ BARRÍA GUTIÉRREZ, Pedro y SAINT GEORGE ARCE, Corina. El modelo mexicano de arbitraje médico. Un aporte a la calidad de la medicina y a la comunicación entre médicos y pacientes. *Revista de Derecho* [en línea] Consejo de Defensa del Estado, 2008, n° 17, p. 176. [consulta: 8 junio 2018]. Disponible en: <https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/8b049278-325b-4f95-867a-9330ad6d5419/file_4820b0e10f7ac.pdf?MOD=AJPERES>.

²⁰⁴ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen n° 023078N14, de 1 de abril de 2014 [en línea] Último párrafo. [consulta: 7 enero 2019]. Disponible en: <<https://www.contraloria.cl/pdfbuscador/dictamenes/023078N14/html>>.

Sostenemos que si el Estado impone cargas o costos económicos a las víctimas de daños en salud, este debe como garante de los derechos fundamentales de todos sus habitantes, hacerse cargo del costo monetario de las mediaciones, sobre todo para no perjudicar a aquellas personas que no pueden pagar. En ese sentido, es muy importante mencionar aquí la opinión “The State Justice Institute” en cita de texto de Macarena Vargas Pávez, que señala “[...] las normas recomendadas para programas de Mediación Anexo a Tribunales de esta institución sugieren que los programas de mediación obligatoria debieran operar siempre y cuando se pueda garantizar que: a) Los costos de mediación sean cubiertos por el Estado. b) No existan coerciones para llegar a acuerdos. c) Los mediadores y los programas de mediación sean: i) de alta calidad, ii) de fácil acceso, iii) permitan la participación de las partes, iv) permitan la participación de los abogados, cuando así lo deseen las partes, y v) brinden información clara y completa sobre los procesos y procedimientos precisos que se requieren. Además se recomienda que al momento de tomar la decisión tener en consideración ciertos aspectos importantes relativos al conflicto: costos monetarios y emocionales para las partes, el interés de las partes de alcanzar resultados acordes a sus necesidades, los intereses de las personas que no son partes, pero cuyas vidas pueden verse afectadas, la importancia de la confianza pública en el sistema de justicia, entre otras”²⁰⁵. A mayor abundamiento, mencionaremos lo señalado por el Comité de Derechos Humanos, en la Observación General N° 32: “Esta garantía prohíbe también toda distinción relativa al acceso a los tribunales y cortes de justicia que no esté basada en derecho y no pueda justificarse con fundamentos objetivos y razonables. La garantía se infringe si a determinadas personas se les impide entablar una acción contra cualquier otra persona por razones tales como la raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición”²⁰⁶. En este sentido, la realidad es que las personas pertenecientes a los estratos sociales más bajos y pobres, no tienen acceso a la mediación si no poseen los recursos económicos para pagar, algo que por todos lados evidencia una clara limitación al ejercicio del derecho de acceso a la justicia.

²⁰⁵ VARGAS PAVEZ, Macarena. Mediación obligatoria. Algunas razones para justificar su incorporación. *Revista de Derecho*. Valdivia [en línea] 2008, v 21, n° 2, p. 183-202. [consulta: 14 enero 2019]. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502008000200008>.

²⁰⁶ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. NACIONES UNIDAS. *Observación General N° 32. Artículo 14. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia* [en línea] párrafo 9. [consulta: 26 enero 2019]. Disponible en: <<http://www.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/2017/02/observacion-32.pdf>>.

Siguiendo con el tema, si bien la mediación ante el CDE es gratuita, también sus usuarios pertenecen a los sectores más modestos de la población, y por ello es razonable que no tenga un costo económico, en palabras de María Soledad Lagos, mediadora del CDE “Hay que considerar que la enorme mayoría de las personas que acuden a mediación presenta una condición socioeconómica desventajada [...]”²⁰⁷.

La preparación educacional de los usuarios en su mayoría es de bajo nivel, es más, “Según caracterización de los usuarios (reclamantes y/o dañados) que formulan solicitudes de mediación, más del 50% no sobrepasa el 4° año medio de escolaridad [...] y un 52% de los interesados (reclamantes y/o dañados) no son trabajadores remunerados activos [...], esto es dueña de casa, desempleado, pensionado, jubilado, estudiante. Ambos porcentajes son muy similares y elevados, lo que permite establecer un perfil de privación socioeconómica de los reclamantes. Además, hay un quebranto emocional y la sensación de victimización de pacientes y familiares muy fuerte, escuchándose muchas veces que esto ocurre “por ser pobre”, siendo la mala experiencia de salud el resultado de la lectura profunda de desigualdades”²⁰⁸.

En México la mediación es gratuita para todas las personas que sufran un daño en salud. No se hace ninguna diferencia entre prestador público o privado, ya que este país hizo del sistema de resolución de conflictos en salud una política de Estado, ajustando su derecho a la salud a las normas internacionales de derechos humanos. En ese sentido la revista CONAMED señala que “Debe resaltarse el hecho de que el servicio es gratuito, cumpliéndose con el derecho humano de gratuidad en la impartición de justicia, previsto en el artículo 17 Constitucional”²⁰⁹.

²⁰⁷ LAGOS OCHOA, María Soledad. *Experiencia de la mediación por daños en salud y conveniencia de su extensión en el ámbito público*. XXI Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública. Santiago, Chile [en línea] 8-11 noviembre, 2016, p. 17. [consulta: 15 junio 2018]. Disponible en: <[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/FF778B0D1774F8B80525811400610353/\\$FILE/agosoch.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/FF778B0D1774F8B80525811400610353/$FILE/agosoch.pdf)>.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 5.

²⁰⁹ BUSTAMANTE-LEIJA, Luis Eduardo, *et al.* Mecanismos alternativos de solución de controversias en la prestación de servicios de salud. *Revista CONAMED* [en línea] México, 2012, 17(3), p. 129. [consulta: 25 mayo 2018]. Disponible en: <<https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/4062805.pdf>>.

Dentro de los principios orientadores de la ley que instauró la mediación en Chile, estaba el de la equidad en salud, buscaba con ello hacer frente a las desigualdades evitables e injustas, sin embargo el hecho que unas personas tengan que pagar y otras no (cuando muchas de ellas, si no la gran mayoría, carece de los recursos económicos) es una gran desigualdad, de la cual el Estado de Chile no se hace cargo. La mediación debe ser gratuita para toda la población, forma parte del principio de igualdad que se impone en materia de salud. Las discriminaciones sin justificación no son procedentes, y esta es una de ellas, no corresponden con la dignidad humana y menos con el derecho humano a la salud.

2. Formación profesional de los mediadores

Los mediadores son las personas que ayudan a las partes a alcanzar el mejor acuerdo posible para ellas sobre la base de la comunicación, la imparcialidad y el aseguramiento de la igualdad de condiciones, entre otros principios que rodean su labor. Ahora bien, en el caso de Chile sucede algo muy particular, los mediadores del Consejo de Defensa del Estado, a veces son abogados del mismo servicio, por lo que se presenta una situación compleja. Las víctimas de daños en el sistema de salud público, deben presentar una solicitud de mediación ante el CDE, y este nombra a un mediador que en ocasiones es un abogado de la misma institución, es decir, es un abogado que debe abstenerse de la defensa de los intereses fiscales, de manera que ¿dónde está la imparcialidad? La mediación se define por su imparcialidad, sin embargo en el caso de algunos mediadores en salud del sector público aquello no acontece. De esta manera esta mediación adolece de graves falencias de fondo, se produce un conflicto de interés que debe ser eliminado, ya que se pierde la debida imparcialidad (en este caso consideramos tal como lo indica las Naciones Unidas, que si el mediador no puede ser imparcial debe ocupar su lugar otro mediador)²¹⁰. Esta organización internacional (Naciones Unidas) señala dos cosas muy relevantes en este punto: “El mediador debe poder llevar un proceso equilibrado en el que se trate a todos los agentes de manera justa y no debe tener un interés material en el resultado [...]”²¹¹. Además expresa

²¹⁰ NACIONES UNIDAS. *Directrices de las Naciones Unidas para una mediación eficaz* [en línea] 2012, p. 10. [consulta: 4 diciembre 2018]. Disponible en: <https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/GuidanceEffectiveMediation_UNDPA2012%28spanish%29_0.pdf>. “Ceder el proceso a otro mediador o entidad mediadora si se sienten incapaces de mantener un enfoque equilibrado e imparcial”.

²¹¹ *Ibid.*

que se debe: “Seleccionar a un mediador competente con la experiencia, las aptitudes, los conocimientos y la sensibilidad cultural necesarios para la situación de conflicto concreta. El mediador debe considerarse objetivo, imparcial y con autoridad y debe ser una persona íntegra. Además, deberá tener una antigüedad y un peso moral acorde con el contexto del conflicto y ser aceptable para las partes”²¹².

A su vez, los mediadores deben rodearse de un conjunto de especialistas en los temas particulares que abordan y de ese modo brindar una atención de calidad y especializada, en ese mismo sentido lo ha señalado las Naciones Unidas “Apoyar al mediador con un equipo de refuerzo integrado por especialistas, en particular expertos en el diseño de procesos de mediación, especialistas en el país o la región y asesores jurídicos, así como con apoyo logístico, administrativo y de seguridad [...]”²¹³. Además, esta misma organización, exige que los mediadores deben estar actualizados en materia de derecho internacional y señala que “Los mediadores deben conocer y manejar el derecho internacional y los marcos normativos aplicables y deberán: ser claros y transmitir su mandato y los parámetros jurídicos aplicables a su labor”²¹⁴.

Muy relacionado con lo anterior y específicamente en materia de salud es muy importante tener en cuenta el estándar internacional de calidad: “Calidad. Además de aceptables desde el punto de vista cultural, los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad. Ello requiere entre otras cosas, personal médico capacitado [...]”²¹⁵.

A continuación se muestra una tabla con información proporcionada por el CDE por medio de la ley de transparencia, dando a conocer el listado de mediadores.

Tabla N° 1: Lista de mediadores

| Mediadores | Profesión |
|---------------------------|-----------|
| Antof. Noreen Moya Siales | Abogado |
| Antof. Laura Luna Milla | Abogado |

²¹² *Ibid.*, p. 7.

²¹³ *Ibid.*

²¹⁴ *Ibid.*, p. 17.

²¹⁵ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES. CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL. NACIONES UNIDAS. *Observación general 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*. [en línea] 2000, párrafo 12, letra d, p. 4. [consulta: 12 junio 2018]. Disponible en: <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf>>.

| | |
|---|-------------------------------------|
| Arica. Carmen Perea Nina | Abogado |
| Arica. Ana María Cortés Espejo | Abogado |
| Chill-Ext. María José Navarrete Dávila | Abogado |
| Chill. Claudia Carrasco López | Ingeniero en Administración Pública |
| Conce-Ext. Claudia Mancilla Martínez-Conde | Abogado |
| Conce-Ext. Pilar Marianela Rodríguez Peña | Abogado |
| Conce. Juan Carlos Miguez Avendaño | Abogado |
| Conce. Alicia Felmer Opitz | Abogado |
| Conce. Patricio Alejandro Quijón Mellado | Abogado |
| Copia. Edward Monares Tapia | Abogado |
| Coyha. Paulo Gómez Canales | Abogado |
| Iquiq. Diego Muñoz Urbina | Abogado |
| Ptaar. Vanessa del Pilar Calisto Gallardo | Abogado |
| Ptomo-Ext. Yasnina Anderson Espinoza | Periodista |
| Ptomo-Ext. Gabriela Carrillo Barrera | Abogado |
| Ptomo. Felipe Eduardo González Solís | Abogado |
| Ranca. Braulio Sánchez Gortary | Abogado |
| Ranca. María Teresa Benavides Cifuentes | Abogado |
| Seren-Ext. Luisa Herrera Sandoval | Contadora |
| Seren. Patricia Concha Traverso | Abogado |
| Snmig-Ext. Alida Oyarzún Palma | Enfermera |
| Snmig-Ext. Catalina Browne López | Abogado |
| Snmig. Virginia Andrea Vega Díaz | Abogado |
| Stgo-Ext. Carmen Soto Guerrero | Psicóloga |
| Stgo-Ext. Claudia Siebel Bierwirth | Abogado |
| Stgo-Ext. Gloria Mancilla Brito | Profesora |
| Stgo-Ext. Gloria Tapia Toro | Psicóloga |
| Stgo-Ext. Gloria Torres Ávila | Abogado |
| Stgo-Ext. María Isabel Ahumada Vargas | Ingeniero Comercial |
| Stgo-Ext. Myriam Barrientos Gómez | Licenciada en Filosofía |
| Stgo. Andrés Hurtado de Mendoza Prieto | Abogado |
| Stgo. Carlos Demarchi Luarte | Abogado |
| Stgo. María José Reyes Fernández | Abogado |
| Stgo. María Soledad Lagos Ochoa | Abogado |
| Talca-Ext. María Loreto Pizarro Quezada | Abogado |
| Talca. Paula Andrea Belmar Morales | Asistente social |
| Temuc. Luis Risco Ferreira | Abogado |
| Valdi-Ext. Claudia Labbé Altamirano | Profesora |
| Valdi. Claudia Soto Navarro | Abogado |
| Valdi. Daniel Medina Berrocal | Abogado |
| Valpo-Ext. María Cristina Schiaffino González | Abogado |
| Valpo. Claudia Olivos Gómez | Abogado |

| | |
|------------------------------|---------|
| Valpo. Daniela Skirving Toro | Abogado |
|------------------------------|---------|

Fuente: Información proporcionada por el Consejo de Defensa del Estado, a través de la Ley de Transparencia, mayor detalle en el anexo del presente trabajo.

Tabla N° 2: Preparación profesional de los mediadores

| | |
|---|----|
| Abogados | 49 |
| Licenciados en ciencias jurídicas | 03 |
| Médicos cirujanos | 03 |
| Enfermeros | 03 |
| Matronas | 02 |
| Tecnólogos Médicos | 01 |
| Psicólogos | 20 |
| Ingenieros Comerciales | 03 |
| Ingeniero en Administración Agroindustrial | 01 |
| Ingeniero Civil Industrial | 01 |
| Licenciados en Filosofía | 02 |
| Periodistas | 02 |
| Asistentes Sociales | 27 |
| Trabajadores Sociales | 02 |
| Administradores Públicos | 01 |
| Administradores Industriales | 01 |
| Sociólogos | 04 |
| Orientadora en Relaciones Humanas y Familia | 01 |
| Terapeuta Ocupacional | 01 |
| Profesor de Matemática | 01 |
| Profesor de Biología Y CC. Naturales | 02 |
| Profesor en Física | 01 |
| Profesor de Ciencias Físicas | 01 |
| Profesor de Educación Física | 01 |
| Profesor de Educación Básica | 03 |
| Profesor de Historia y Geografía | 03 |
| Pedagogía en Inglés | 01 |

Fuente: Información proporcionada por la Superintendencia de Salud, a través de la Ley de Transparencia, mayor detalle en el anexo del presente trabajo.

Según las tablas precedentes, en el período analizado, existía un total de cuarenta y cinco (45) mediadores que ejercían en el CDE, de los cuales treinta y cuatro (34) eran abogados, entre otros profesionales se encontraban: un ingeniero en administración pública, un periodista, una contadora, una enfermera, dos psicólogas, un ingeniero comercial, una licenciada en filosofía, un asistente social y dos profesoras.

En el caso de la Superintendencia, esta contaba con un total de ciento cuarenta (140) mediadores, de los cuales, cuarenta y nueve (49) eran abogados y tres (03) médicos, entre otras profesiones se encontraba a la fecha analizada: veinte (20) psicólogos, veintisiete (27) asistentes sociales y una gran cantidad de profesores de diferentes áreas.

Ahora bien, dado que las materias que se someten a mediación son daños a la salud, es razonable pensar que las exigencias para ser mediador dicen relación con materias médicas o legales (ya que también está involucrada directamente la responsabilidad médica), pero no es así, los requisitos²¹⁶ para ser mediador (tanto para el CDE como para la Superintendencia) son: 1) Tener un título profesional de una carrera de a lo menos diez semestres de duración, otorgado por una institución de educación superior del Estado o reconocida por este. 2) Tener cinco años de experiencia laboral a lo menos. 3) No haber sido condenado u objeto de una formalización de investigación criminal, en su caso, por delito que merezca pena aflictiva.

¿Dónde se encuentran los requisitos especiales que dicen relación con la medicina, a propósito de que estamos frente a conflictos en salud? Quedó claro que no se exigen, y esto es preocupante, porque deja en evidencia la falta de especialización de los profesionales a cargo de las mediaciones, claramente no se cumple con el estándar de calidad que exige la observación general del PIDESC (señalada con anterioridad), cuestión preocupante, puesto que nuestro país asumió la obligación de respetar el derecho a la salud en todos sus ámbitos y la preparación especializada de sus mediadores forma parte de un servicio equitativo, justo y de calidad, cuya base es el respeto por la dignidad humana.

La responsabilidad de los mediadores no se refiere solo con llegar a acuerdos, sino que estos reflejen una efectiva reparación a las víctimas por el daño causado, y eso se materializa con profesionales especializados en el conocimiento de la medicina, en conjunto con abogados. Si el conflicto fuese económico y no médico ¿sería responsable que los mediadores fuesen solo médicos y otros pocos de áreas sociales y no de las ciencias

²¹⁶ CONSEJO DE DEFENSA DEL ESTADO. *Reglamento de mediación por reclamos en contra de prestadores institucionales públicos de salud o sus funcionarios y prestadores privados de salud* [en línea] 2005, artículo 10. [consulta: 6 marzo 2018]. Disponible en: <https://www.cde.cl/transparencia/docs/reglamento_mediacion.pdf>.

económicas? Por cierto que no, entonces ¿por qué las víctimas de daños en salud deben ser asistidas por mediadores que no son médicos?

Ahora bien, siguiendo el mismo razonamiento anterior, resulta lógico pensar que los conflictos en salud sean resueltos por médicos, ya que son los que poseen el conocimiento especializado y la experiencia necesaria para responder ante las reales y verdaderas necesidades de las víctimas de daños en salud, pero lamentablemente no es así. Es más, en el CDE, a la fecha en que se proporcionaron los datos, no existía un mediador médico, y en la superintendencia había solo tres. En consecuencia, podemos decir que en Chile en el período estudiado, solo había tres mediadores médicos de un total de ciento cuarenta y cinco. Situación absolutamente grave, ya que el inmenso universo de mediadores restantes, no contaba con los conocimientos específicos en la materia, situación que no es responsabilidad de esas personas, que por cierto, deben hacer lo mejor posible su trabajo, sino que es un problema estructural del Sistema Nacional de Mediación en salud.

Los conflictos en salud poseen dos aristas claras, una médica y otra legal, por lo que es necesario que estos conflictos se resuelvan con los profesionales de esas áreas, es decir, médicos y abogados, en conjunto, asistiéndose mutuamente en beneficio de las víctimas. De esa manera los acuerdos alcanzados responden efectivamente a las reales necesidades de las víctimas. Chile está muy atrás en esta materia, ya que si observamos el sistema de mediación en México (CONAMED)²¹⁷ veremos que la mitad de sus mediadores son médicos y la otra mitad abogados, y es una forma de trabajo muy eficiente y justa, ya que responde con precisión a las reales necesidades de las víctimas con un equipo de trabajo especialista en la materia, que conocen profundamente de lo que se trata el conflicto y la manera justa de solucionarlo a través del enfoque interdisciplinario.

Las desigualdades²¹⁸ en esta materia son enormes y perjudican gravemente la seriedad y eficacia de la mediación en salud. Quedó en evidencia que los mediadores no se

²¹⁷ BARRÍA GUTIÉRREZ, Pedro y SAINT GEORGE ARCE, Corina. El modelo mexicano de arbitraje médico. Un aporte a la calidad de la medicina y a la comunicación entre médicos y pacientes. *Revista de Derecho* [en línea] Consejo de Defensa del Estado, 2008, n° 17, p. 160. [consulta: 7 mayo 2018]. Disponible en: <https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/8b049278-325b-4f95-867a-9330ad6d5419/file_4820b0e10f7ac.pdf?MOD=AJPERES>. “Esta receptividad entre los médicos ha sido facilitada por la circunstancia que la mitad de los profesionales de la CONAMED son médicos”.

²¹⁸ LAGOS OCHOA, María Soledad. *Experiencia de la mediación por daños en salud y conveniencia de su extensión en el ámbito público*. XXI Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública. Santiago, Chile, 8-11 [en línea] noviembre, 2016, p. 6. [consulta: 15 mayo 2018]. Disponible en:

encontraban capacitados ni contaban con toda la formación necesaria y exigida en esta materia al observar el número de acuerdos alcanzados. En el período de tiempo analizado, no existió el conocimiento teórico en temas médicos, ni la experiencia básica para conocer de manera directa cómo acontecen los daños en salud y las consecuencias que se derivan de él. Cuestión por cierto mínima para hacerse cargo de las soluciones que se les deben presentar a las víctimas de los daños, y también a sus familiares cuando el daño ha causado la muerte o secuelas graves en la víctima.

En materia de conflictos médicos, como en este caso vemos, los especialistas en esta área son los médicos²¹⁹, son los llamados a atender los conflictos en salud, y si de ciento cuarenta personas que realizaban la función de mediar solo tres eran médicos, las probabilidades de llegar a acuerdos efectivos eran mínimas.

Es un imperativo exigir mayores requisitos a los mediadores, no solo tener una carrera universitaria de cuatro semestres, ya que esto es un requisito muy básico y precario a la hora de llegar acuerdos en materia de salud y de cumplir el rol de mediador, puesto que se exige un compromiso profesional, técnico, moral, integral, imparcial, especializado, y en constante preparación, tal como lo señala las Naciones Unidas “Una labor de mediación responsable y creíble exige una buena preparación. La preparación combina los conocimientos y las capacidades individuales del mediador con un equipo bien cohesionado de especialistas y el apoyo político, financiero y administrativo necesario de la entidad mediadora”²²⁰.

[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/FF778B0D1774F8B80525811400610353/\\$FILE/agosoch.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/FF778B0D1774F8B80525811400610353/$FILE/agosoch.pdf). “Por la otra parte, concurren abogados que representan a los establecimientos hospitalarios, pero que no tienen preparación en negociación y/o mediación y en general en resolución colaborativa; [...]”. “Sumado a lo ya señalado, existe una fuerte asimetría informativa, ya que quienes atienden son expertos en medicina y los pacientes son legos, lo que se reproduce en la mediación y por ello el mediador debe propender a un equilibrio de poder que haga factible y viable el desarrollo del proceso.” “[...] el mediador debe contar herramientas concretas que le permitan re-establecer los equilibrios [...]”. “Estas desigualdades en mediación deben corregirse, de lo contrario no es posible desarrollar el proceso”.

²¹⁹ *Ibid.*, p. 9. “[...] la mediación por daños en salud se desarrolla en un escenario de fuerte asimetría, no solo por la vulnerabilidad que genera en un paciente y su familia el deterioro de la salud; sino además por la brecha de información, frente a profesionales sanitarios. La participación de los médicos ha ido en ascenso, pero siempre sería positivo un mayor grado de compromiso. Muchas veces sucede que concurren abogados de aseguradoras dando explicaciones médicas que a la primera interrogante no pueden ser respondidas competentemente por el profesional de las ciencias sociales. Ello genera que comunicacionalmente, la participación del médico sea vista por el reclamante (paciente o su familia) como deficitaria y carente de compromiso”.

²²⁰ NACIONES UNIDAS. *Directrices de las Naciones Unidas para una mediación eficaz* [en línea] 2012, p. 6. [consulta: 4 diciembre 2018]. Disponible en: https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/GuidanceEffectiveMediation_UNDPA2012%28spanish%29_0.pdf.

La situación debe mejorar, los médicos deben ser al menos la mitad de los mediadores, ya que son los que mejor conocen los problemas en salud y por ende a su vez son los llamados a solucionar los conflictos de manera equitativa, justa y eficiente.

En el período analizado, existió claramente una falencia del sistema de mediación en salud en nuestro país, ya que no brindaba la calidad exigida por los tratados internacionales señalados en el capítulo uno de este trabajo, la preparación de los mediadores no estaba a la altura de los temas médicos, no poseían la especialización requerida para atender conflictos en salud, en consecuencia, Chile no estaba (y no está) respondiendo a su obligación internacional en la materia, pues no brinda un servicio de mediación de calidad con profesionales capacitados y especializados en medicina.

Nos parecen muy interesantes y efectivas las directrices para desarrollar la mediación propuestas por las Naciones Unidas, puesto que sugieren una entidad de mediación única, y de ese modo se logra un trabajo en conjunto y coordinado, “Las organizaciones, los Estados y otros agentes mediadores deberían tomar en consideración las siguientes directrices para promover una mayor coherencia, coordinación y complementariedad en su apoyo y su participación en la labor de mediación: los procesos de mediación deberán contar con un mediador principal, preferiblemente de una única entidad. Las iniciativas de mediación con dos o más entidades deberían basarse en un mandato coherente de las entidades pertinentes con un único mediador principal. Este sistema aporta claridad, reduce al mínimo la necesidad de las partes en conflicto de buscar un foro y facilita la coordinación y el desarrollo de un proceso de mediación coherente”²²¹.

3. Acceso geográfico a los lugares en donde se llevan a cabo las mediaciones

El acceso a la justicia no solo es analizado desde el punto de vista económico, sino que también desde la perspectiva de la ubicación geográfica de los recintos en donde se lleva a cabo la aplicación de justicia, es decir, los tribunales. Pero desde una interpretación amplia, también se relaciona con la ubicación geográfica de los lugares en donde se llevan a cabo las

²²¹ *Ibid.*, p. 19.

mediaciones en salud, ya que este mecanismo busca resolver los conflictos jurídicos de las víctimas en salud, de forma previa a la jurisdicción o de forma extrajudicial.

Resulta trascendental revisar este aspecto desde la perspectiva de la accesibilidad geográfica de los lugares en donde se llevan a cabo las mediaciones, ya que las víctimas en su mayoría no cuentan con los medios económicos ni físicos para trasladarse de un lugar a otro. El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece: “No discriminación: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos. Accesibilidad física: los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial los grupos vulnerables o marginados, como las minorías étnicas y poblaciones indígenas, las mujeres, los niños, los adolescentes, las personas mayores, las personas con discapacidades y las personas con VIH/SIDA. La accesibilidad también implica que los servicios médicos [...] se encuentren a una distancia geográfica razonable, incluso en lo que se refiere a zonas rurales. Además, la accesibilidad comprende el acceso adecuado a los edificios para las personas con discapacidades”²²². A mayor abundamiento mencionaremos lo que expresado la “Corte Interamericana de Derechos Humanos en esta materia “[...] el SIDH ha establecido que los costos del proceso –sea este judicial o administrativo- y la localización de los tribunales son factores que también pueden redundar en la imposibilidad de acceder a la justicia y en la consecuente violación del derecho a las garantías judiciales”²²³.

A) Situación de Acceso Geográfico a la Mediación en Salud en Chile

A 1) Consejo de Defensa del Estado

Tabla N° 3: Ubicación geográfica de cada centro de mediación

| |
|---|
| Ubicación geográfica de cada centro de mediación en cada región del país. |
|---|

²²² COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES. CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL. NACIONES UNIDAS. *Observación general 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud* [en línea] 2000 párrafo 12, letra i-ii, p. 4. [consulta: 15 junio 2018]. Disponible en: <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf>>.

²²³ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos* [en línea] 2007, párrafo 92, p. 20. [consulta: 28 diciembre 2018]. Disponible en: <<http://www.cidh.org/pdf%20files/ACCESO%20A%20LA%20JUSTICIA%20DESC.pdf>>.

| |
|---|
| Procuraduría Fiscal de Arica, 7 de junio 280, piso 3, Arica. |
| Procuraduría Fiscal de Iquique, Sotomayor 528, piso 5, Iquique. |
| Procuraduría Fiscal de Antofagasta, Arturo Prat 482, of. 301, Antofagasta. |
| Procuraduría Fiscal de Copiapó, Colipí 570, of. 505, Copiapó. |
| Procuraduría Fiscal de La Serena, Eduardo de la Barra 336 of. 301, La Serena. |
| Procuraduría Fiscal de Valparaíso, Prat 772, piso 2, Valparaíso. |
| Procuraduría Fiscal de San Miguel, Almirante Latorre 4820, San Miguel. |
| Unidad Central de Mediación, Estado 360, oficina 701, Santiago. |
| Procuraduría Fiscal de Rancagua, Rubio 285, of. 710, Rancagua. |
| Procuraduría Fiscal de Talca, Calle 1 Poniente N° 1055, Edificio Plaza Talca, Talca. |
| Procuraduría Fiscal de Chillán, 18 de septiembre 329, Chillán. |
| Procuraduría Fiscal de Concepción, Diagonal Pedro Aguirre Cerda 1129, piso 4, Concepción. |
| Procuraduría Fiscal de Temuco, Claro Solar 950, piso 5, of. 502, Temuco. |
| Procuraduría Fiscal de Valdivia, Independencia 630, piso 3, of. 311, Valdivia. |
| Procuraduría Fiscal de Puerto Montt, Rancagua 203, piso 5, Puerto Montt. |
| Procuraduría Fiscal de Coyhaique, Prat 564, Coyhaique. |
| Procuraduría Fiscal de Punta Arenas, 21 de mayo 1678, Punta Arenas. |

Fuente: Información proporcionada por el Consejo de Defensa del Estado, a través de la Ley de Transparencia, mayor detalle en el anexo del presente trabajo.

Esta tabla muestra (a la fecha en que fue analizada la información) que en cada región existía una oficina para llevar a cabo las mediaciones, pero en la práctica ¿se encontraban al alcance geográfico de todos los sectores de la población, incluso para los que residen en sectores rurales periféricos o para los grupos más marginados? Tal como se exige en la Observación General N° 14, sección 12, letra d: “ii) Accesibilidad física: Los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial los grupos vulnerables o marginados, como las minorías étnicas y poblaciones indígenas, las mujeres, los niños, los adolescentes, las personas mayores, las personas con discapacidades y las personas con VIH/SIDA. La accesibilidad también implica que los servicios médicos y los factores determinantes básicos de la salud, como el agua limpia potable y los servicios sanitarios adecuados, se encuentran a una distancia geográfica razonable, incluso en lo que se refiere a las zonas rurales. Además, la accesibilidad comprende el acceso adecuado a los edificios para las personas con discapacidades. iii) Accesibilidad económica (asequibilidad): Los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos. [...] La equidad exige que sobre los hogares más pobres

no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos en salud, en comparación con los hogares más ricos”²²⁴.

La mediación en salud, forma parte del sistema de salud en su conjunto, al ser un mecanismo que debe otorgar un acceso a la justicia, y en ese sentido opera en la exigibilidad del derecho a la salud. Es por ello que debe cumplir con todos los estándares y exigencias que le ordenan los tratados internacionales y la ley nacional. Cabe preguntarse ¿el servicio de mediación está al alcance geográfico de toda la población, incluidos los grupos marginados? ¿Este mecanismo garantiza un acceso a la justicia desde la perspectiva del acceso geográfico? Esa es la interrogante que se debe responder a través de la información proporcionada. En ese sentido la tabla muestra una oficina en cada región, pero bien sabemos que la regiones son físicamente extensas, poseen miles de kilómetros y las distancias muchas veces son extensas, por lo que es necesario preguntarse si a pesar de existir una oficina en cada región ¿se cumple con el requisito de ser accesible a toda la población? ¿Sobre todo si cumple con ser accesible a los grupos más marginados? Es más ¿es accesible a las víctimas de daños en salud, en casos de parálisis, invalidez total o parcial, donde probablemente deben usar silla de ruedas? O ¿es accesible en los casos en donde las personas no poseen los recursos económicos para asistir a las reuniones de mediación o los recursos digitales para participar en sesiones on line?

Es claramente presumible que al existir una sola oficina en zonas geográficas de acceso complejo, no existan todas las facilidades de acceso físico para todas las personas, en especial las marginadas y en especial las víctimas de daños en salud que en muchos casos viven a kilómetros de distancia (en condiciones de pobreza) de los lugares en donde se llevan a cabo las mediaciones.

Es por ello que es muy necesaria la existencia de otras vías de acceso al sistema, donde se puedan llevar a cabo mediaciones no solo presenciales, sino que a través de otros medios, utilizando las herramientas tecnológicas de la actualidad. En el caso de México, los usuarios que requieren la atención de la CONAMED, tienen acceso a ella vía telefónica, vía email o

²²⁴ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES. CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL. NACIONES UNIDAS. *Observación general 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud* [en línea] 2000, párrafo 12, p. 4. [consulta: 20 junio 2018]. Disponible en: <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf>>.

finalmente personalmente, e incluso existe un arbitraje médico en línea “Cabe señalar que el contar con un arbitraje médico en línea, no elimina al arbitraje médico tradicional, ya que ambos pueden tener vigencia como instrumentos de solución de inconformidades ante la CONAMED, dando mayores opciones a los pacientes que han sufrido algún percance relacionado con la actividad médica”²²⁵.

El Consejo de Defensa del Estado posee una línea telefónica gratuita para atender llamados de los usuarios. Es así como, entre marzo y diciembre de 2005 “La gran mayoría de los reclamos se presentó a través de la línea 880 800 233, de acceso gratuito desde todo el territorio del país. [...], en el mismo período, esta línea recibió 1535 llamadas, con un término medio mensual de 153 llamadas. Hay que destacar que una cantidad apreciable de llamados no correspondió efectivamente a reclamos por daños en salud. Algunas personas llamaron reclamando respecto de beneficios previsionales, tales como negativa de cobertura de Isapres o Fonasa, problemas en tramitación de licencias médicas o pensiones de invalidez. Otras llamaron por requerimientos no satisfechos por diversas entidades estatales”²²⁶.

El Consejo de Defensa del Estado posee diferentes caminos solo para ingresar reclamos, más no para realizar mediaciones que no sean presenciales. Los diferentes reclamos que ingresan al CDE, lo hacen por: 1. “La línea 800 800 233, de acceso en todo Chile y gratuita; 2. El sitio web del Consejo de Defensa del Estado, www.cde.cl; 3. El portal del internet de trámite fácil, www.tramitefacil.cl; y 4. Personalmente en cualquiera de las oficinas del CDE (17 Procuradurías Fiscales a lo largo de todo Chile). La necesidad de atender público, por primera vez en su larga historia, llevó al CDE a incorporarse al sistema OIRS (Oficinas de Información, Reclamos y Sugerencias), política pública, que responde al concepto de ventanilla única, inserto dentro de la modernización del Estado”²²⁷. Sin embargo, a pesar de contar con tres canales de comunicación, solo uno de ellos lleva a la mediación, es decir, el personal. Es en sesiones presenciales en donde se llevan a cabo los acuerdos en salud, no

²²⁵ RÍOS RUIZ, Alma de los Ángeles. El arbitraje en la praxis médica, análisis y perspectivas de nuevos mecanismos para la solución de controversias. *Revista Electrónica de la Facultad de Derecho* [en línea] México, mayo-agosto 2014, n° 13, p. 24-25. [consulta: 28 junio 2018]. Disponible en: <<http://www.revistas.unam.mx/index.php/amicus/article/viewFile/50044/45011>>.

²²⁶ BARRÍA GUTIÉRREZ, Pedro. Aporte a la cultura de la paz. *Revista de Derecho* [en línea] Consejo de Defensa del Estado, 2005, n° 14, p. 4. [consulta: 12 abril 2018]. Disponible en: <<https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/34248580-e99f-4e47-8b5a-dd7146291af1/7.pdf?MOD=AJPERES>>.

²²⁷ *Ibid.*, p. 18.

por la vía telefónica o en el sitio web, cuestión que debe cambiar, tal como acontece en México, en donde se realizan acuerdos telefónicamente con personal especializado. De ese modo se evita que muchas personas se queden sin acuerdos por no poder asistir a las reuniones y no contar con el dinero necesario para pagar los honorarios de los mediadores.

A 2) Situación de los mediadores de la Superintendencia de Salud

En este punto la Superintendencia de Salud respondió a la solicitante por ley de Transparencia “[...] La mediación es un procedimiento no adversarial y tiene por objetivo propender a que, mediante la comunicación directa entre las partes y con la intervención de un mediador, ellas llegen a una solución extrajudicial de la controversia”. Asimismo, en dicho cuerpo legal en su artículo 51 establece que “para permitir el éxito del procedimiento todas las declaraciones de las partes y las actuaciones de la mediación tendrán el carácter de secretas. En conformidad a lo establecido en el inciso anterior, tanto el mediador como las partes involucradas deberán guardar reserva de todo lo que hayan conocido durante o con ocasión del proceso de mediación. Este deber de confidencialidad alcanza a los terceros que tomen conocimiento del caso a través de informes o intervenciones que hayan contribuido al desarrollo o al éxito del procedimiento”. En base a lo anterior, es pertinente indicar que los registros que posee la Intendencia de Prestadores de Salud sobre mediación tienen un enfoque administrativo, para facilitar la realización de los procedimientos de mediación y solo cuenta con información estadística de carácter general. Por otra parte, la mera solicitud o la aceptación del prestador de participar en un proceso de mediación no son indicativos por sí solos de responsabilidad en los hechos denunciados. En relación a su solicitud, la Intendencia de Prestadores de Salud, no cuenta con la información sistematizada de acuerdo a sus requerimientos específicos”²²⁸.

A pesar de ello, fue revisada la página web de la Superintendencia de Salud, corroborando la existencia de oficinas de la Superintendencia en cada región, muy similar al caso del CDE, sin embargo nuevamente nos encontramos con el problema de acceso a los lugares para las personas más marginadas que viven en sitios rurales y que además viven en

²²⁸ Respuesta de la Superintendencia de Salud a solicitud de información n° A0006T0001041 de fecha 24 de julio de 2017, realizada a través de la Ley de Transparencia. Dando respuesta en el sentido expuesto precedentemente con fecha 4 de septiembre de 2017, bajo número de oficio 3123. (Respuesta completa disponible en el anexo del presente trabajo).

condiciones de pobreza. En dicho sitio web se señala textualmente “La mediación propiamente tal se realiza en oficinas de mediadores privados que cuentan con la debida acreditación e inscripción en la Superintendencia de Salud”²²⁹. Por lo que queda evidenciado que no hay sitios específicos dedicados a la mediación en salud y de acceso geográfico para todas las personas, más aún para aquellas marginadas y que viven en sectores rurales separados por enormes distancias físicas.

Lamentablemente en algunos puntos de este trabajo no se pudo hacer una comparación total de ambos sistemas de mediación puesto que la Superintendencia de Salud, respondió no poseer información respecto a lo solicitado. En ese sentido también podemos observar como no se cumple con otro estándar internacional en materia de salud reconocido en la Observación General N° 14, en cuanto a “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud” que dice relación con el acceso a la información “ese acceso comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud”²³⁰. En cuanto a lo solicitado queda demostrado en este trabajo, que no se requirió a la institución datos personales de las víctimas ni detalles acerca de los daños sufridos, sino que información muy general y de acceso público, como la dirección de las oficinas de mediación a lo largo del país, por lo que no se transgrede el deber de confidencialidad del proceso de mediación.

4. Duración y efectividad de las mediaciones

Después de este análisis es imprescindible revisar si la mediación en salud es efectiva, es decir, si las víctimas de daños en salud encuentran una solución real a su conflicto. A continuación se exponen varias tablas con variada información al respecto, de esa manera se busca exponer la cantidad de acuerdos en proporción a la cantidad de solicitudes de mediación a nivel nacional, tanto del sistema público como del privado.

a. Solicitudes de mediación

²²⁹ CHILE. SUPERINTENDENCIA DE SALUD. MINISTERIO DE SALUD [en línea] [consulta: 5 junio 2018]. Disponible en: <<http://www.supersalud.gob.cl/servicios/669/w3-article-5573.html>>.

²³⁰ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES. CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL. NACIONES UNIDAS. *Observación general 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud* [en línea] 2000, párrafo 12, letra b, iv), p. 4. [consulta: 21 junio 2018]. Disponible en: <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf>>.

Consejo de Defensa del Estado

Tabla N° 4: Número y porcentaje de solicitudes de mediación período 2005 -2006

| Región | 2005 | | 2006 | |
|--------------|-------------------|-------------|-------------------|-------------|
| | N° de Solicitudes | % del total | N° de Solicitudes | % del total |
| Arica | 4 | 1% | 4 | 1% |
| Iquique | 4 | 1% | 6 | 1% |
| Antofagasta | 13 | 3% | 33 | 5% |
| Copiapó | 2 | 1% | 9 | 1% |
| La Serena | 16 | 4% | 19 | 3% |
| Valparaíso | 49 | 12% | 81 | 12% |
| Santiago | 120 | 30% | 166 | 26% |
| San Miguel | 68 | 17% | 94 | 14% |
| Rancagua | 15 | 4% | 32 | 5% |
| Talca | 18 | 5% | 23 | 4% |
| Chillán | 9 | 2% | 21 | 3% |
| Concepción | 42 | 11% | 68 | 10% |
| Temuco | 7 | 2% | 31 | 5% |
| Valdivia | 14 | 4% | 27 | 4% |
| Puerto Montt | 13 | 3% | 26 | 4% |
| Coyhaique | 2 | 1% | 3 | 0% |
| Punta Arenas | 0 | 0% | 6 | 1% |
| Totales | 395 | 100% | 649 | 100% |

Fuente: Información proporcionada por el Consejo de Defensa del Estado, a través de la Ley de Transparencia, mayor detalle en el anexo del presente trabajo.

Tabla N° 5: Número y porcentaje de solicitudes de mediación período 2007-2009

| Región | 2007 | | 2008 | | 2009 | |
|-------------|-------------------|-------------|-------------------|-------------|-------------------|-------------|
| | N° de solicitudes | % del total | N° de solicitudes | % del total | N° de solicitudes | % del total |
| Arica | 9 | 1 | 13 | 1 | 34 | 3 |
| Iquique | 27 | 3 | 33 | 3 | 27 | 2 |
| Antofagasta | 26 | 3 | 23 | 2 | 21 | 2 |
| Copiapó | 16 | 2 | 27 | 2 | 24 | 2 |
| La Serena | 65 | 8 | 51 | 5 | 42 | 4 |
| Valparaíso | 104 | 12 | 134 | 12 | 128 | 11 |
| Santiago | 182 | 22 | 294 | 27 | 294 | 25 |

| | | | | | | |
|-------------|-----|-----|------|-----|------|-----|
| San Miguel | 119 | 14 | 168 | 15 | 201 | 17 |
| Rancagua | 49 | 6 | 62 | 6 | 72 | 6 |
| Talca | 32 | 4 | 46 | 4 | 55 | 5 |
| Chillán | 18 | 2 | 27 | 2 | 28 | 2 |
| Concepción | 87 | 10 | 102 | 9 | 109 | 9 |
| Temuco | 36 | 4 | 47 | 4 | 57 | 5 |
| Valdivia | 19 | 2 | 25 | 2 | 21 | 2 |
| Pto. Montt | 33 | 4 | 29 | 3 | 45 | 4 |
| Coyhaique | 6 | 1 | 2 | 0 | 12 | 1 |
| Pta. Arenas | 9 | 1 | 7 | 1 | 13 | 1 |
| Totales | 837 | 100 | 1090 | 100 | 1183 | 100 |

Fuente: Información proporcionada por el Consejo de Defensa del Estado, a través de la Ley de Transparencia, mayor detalle en el anexo del presente trabajo.

Tabla N° 6: Número y porcentaje de solicitudes de mediación período 2010 a 2012

| Región | 2010 | | 2011 | | 2012 | |
|-------------|-------------------|-------------|-------------------|-------------|-------------------|-------------|
| | N° de solicitudes | % del total | N° de solicitudes | % del total | N° de solicitudes | % del total |
| Arica | 34 | 3 | 14 | 1 | 19 | 2 |
| Iquique | 31 | 3 | 43 | 4 | 21 | 2 |
| Antofagasta | 41 | 3 | 36 | 3 | 30 | 2 |
| Copiapó | 25 | 2 | 25 | 2 | 15 | 1 |
| La Serena | 59 | 5 | 30 | 3 | 44 | 4 |
| Valparaíso | 126 | 10 | 134 | 11 | 119 | 10 |
| Santiago | 324 | 26 | 307 | 26 | 302 | 25 |
| San Miguel | 203 | 17 | 188 | 16 | 204 | 17 |
| Rancagua | 66 | 5 | 85 | 7 | 83 | 7 |
| Talca | 29 | 2 | 39 | 3 | 55 | 5 |
| Chillán | 34 | 3 | 27 | 2 | 29 | 2 |
| Concepción | 105 | 9 | 88 | 7 | 132 | 11 |
| Temuco | 55 | 4 | 62 | 5 | 63 | 5 |
| Valdivia | 32 | 3 | 45 | 4 | 27 | 2 |
| Pto. Montt | 43 | 3 | 56 | 5 | 54 | 4 |
| Coyhaique | 8 | 1 | 5 | 0 | 2 | 0 |
| Pta. Arenas | 15 | 1 | 7 | 1 | 14 | 1 |
| Totales | 1230 | 100 | 1191 | 100 | 1213 | 100 |

Fuente: Información proporcionada por el Consejo de Defensa del Estado, a través de la Ley de Transparencia, mayor detalle en el anexo del presente trabajo.

Tabla N° 7: Número y porcentaje de mediaciones período 2013 a 2015

| Región | 2013 | | 2014 | | 2015 | |
|--------|-------------------|-------------|-------------------|-------------|-------------------|-------------|
| | N° de solicitudes | % del total | N° de solicitudes | % del total | N° de solicitudes | % del total |

| | | | | | | |
|-------------|------|-----|------|-----|------|-----|
| Arica | 13 | 1 | 22 | 2 | 18 | 2 |
| Iquique | 22 | 2 | 35 | 3 | 24 | 2 |
| Antofagasta | 23 | 2 | 24 | 2 | 32 | 3 |
| Copiapó | 19 | 2 | 28 | 3 | 22 | 2 |
| La Serena | 36 | 3 | 48 | 4 | 40 | 4 |
| Valparaíso | 121 | 11 | 117 | 10 | 128 | 12 |
| Santiago | 284 | 26 | 266 | 24 | 279 | 26 |
| San Miguel | 187 | 17 | 167 | 15 | 146 | 14 |
| Rancagua | 72 | 6 | 64 | 6 | 45 | 4 |
| Talca | 76 | 7 | 59 | 5 | 50 | 5 |
| Chillán | 27 | 2 | 15 | 1 | 30 | 3 |
| Concepción | 99 | 9 | 117 | 10 | 112 | 11 |
| Temuco | 52 | 5 | 55 | 5 | 44 | 4 |
| Valdivia | 32 | 3 | 34 | 3 | 29 | 3 |
| Pto. Montt | 38 | 3 | 48 | 4 | 42 | 4 |
| Coyhaique | 2 | 0 | 7 | 1 | 13 | 1 |
| Pta. Arenas | 9 | 1 | 9 | 1 | 11 | 1 |
| Totales | 1112 | 100 | 1115 | 100 | 1065 | 100 |

Fuente: Información proporcionada por el Consejo de Defensa del Estado, a través de la Ley de Transparencia, mayor detalle en el anexo del presente trabajo.

Tabla N° 8: Número y porcentaje de solicitudes de mediación período 2016 - junio 2017

| Región | 2016 | | Junio 2017 | | Total | |
|-------------|-------------------|-------------|-------------------|-------------|-------------------|-------------|
| | N° de solicitudes | % del total | N° de solicitudes | % del total | N° de solicitudes | % del total |
| Arica | 14 | 1 | 7 | 1 | 205 | 1,6 |
| Iquique | 24 | 2 | 15 | 2 | 312 | 2,4 |
| Antofagasta | 39 | 3 | 12 | 2 | 353 | 2,7 |
| Copiapó | 28 | 2 | 17 | 3 | 257 | 2,0 |
| La Serena | 52 | 5 | 30 | 5 | 532 | 4,1 |
| Valparaíso | 158 | 14 | 64 | 10 | 1.464 | 11,4 |
| Santiago | 238 | 21 | 136 | 22 | 3.195 | 24,9 |
| San Miguel | 163 | 14 | 91 | 15 | 2.001 | 15,6 |
| Rancagua | 65 | 6 | 39 | 6 | 751 | 5,8 |
| Talca | 64 | 6 | 44 | 7 | 591 | 4,6 |
| Chillán | 23 | 2 | 12 | 2 | 300 | 2,3 |
| Concepción | 113 | 10 | 62 | 10 | 1.237 | 9,6 |
| Temuco | 57 | 5 | 27 | 4 | 594 | 4,6 |
| Valdivia | 34 | 3 | 17 | 3 | 356 | 2,8 |
| Pto. Montt | 40 | 4 | 22 | 4 | 489 | 3,8 |
| Coyhaique | 10 | 1 | 9 | 1 | 81 | 0,6 |
| Pta. Arenas | 18 | 2 | 14 | 2 | 132 | 1,0 |
| Totales | 1141 | 100 | 618 | 100 | 12.852 | 100,0 |

Fuente: Información proporcionada por el Consejo de Defensa del Estado, a través de la Ley de Transparencia, mayor detalle en el anexo del presente trabajo.

En las tablas N° 4 a la N° 8, queda evidenciado que desde el año 2005 a 2017:

1. Las solicitudes de mediación, en su gran mayoría fueron en aumento en todas las regiones y en todos los años. Es decir, existe un gran universo de víctimas de daños en salud, son miles de personas en esta situación, que recurren a la mediación esperando obtener una solución real a su conflicto.
2. La mayor concentración de solicitudes de mediación se produjo en las regiones Metropolitana (Santiago y San Miguel), Valparaíso y Concepción. Existe claramente un número considerablemente mayor de solicitudes en Santiago más que en cualquier otra región.
3. La gran cantidad de solicitudes de mediación en determinadas regiones, no solo obedece a la existencia de una mayor densidad poblacional, sino que al problema real de nuestro país de concentración de recursos económicos y de información en la capital del país. Esto genera mayores posibilidades de acceso al sistema de solo unos pocos y deja fuera a una inmensa mayoría de personas que son víctimas no solo del daño en salud, sino que de la realidad injusta de este país, representada por la ínfima preocupación por los habitantes que viven en zonas rurales alejados de la metrópoli. Estas personas se encuentran separadas de todo, no solo por los miles de kilómetros de distancia física de la capital sino que también de una enorme distancia de posibilidades de acceso a la información y de exigibilidad de sus derechos más básicos. Y lamentablemente son las personas más pobres de este país quienes sufren las consecuencias de la concentración económica y de acceso a la justicia y a la información.

Un sistema de resolución de conflictos debe responder a las necesidades de todos sus habitantes, sobre todo de aquellos que se encuentran en situaciones más desfavorables y vulnerables, por lo que la concentración de solicitudes de mediación en solo tres regiones evidencia un sistema que no vela por los derechos esenciales (en este caso de acceso al derecho a la salud y a la justicia) de todos sus habitantes, un sistema que es inequitativo, discriminatorio e ineficaz. Esto refleja la concentración económica y de la población, que se vive en Chile, problema que

afecta no sólo a la mediación en salud, sino que influye en muchos más aspectos del país, como la educación, vivienda, salud, trabajo, etc.

4. En doce años y medio hubo un total de 12.852 solicitudes de mediación. Concentrándose ellas en su mayoría en Santiago, San Miguel, Valparaíso y Concepción.
5. Si bajamos de los números y nos detenemos a pensar que esas cifras representan a personas reales, “de carne y hueso” que además son víctimas de daños en su salud, el panorama no es alentador. Son más de 12.800 personas que recurren con dolor, necesidad y esperanza a un método de resolución del conflicto, pero que en la realidad se encuentran con un escenario que no satisface sus reales necesidades de justicia.

Superintendencia de salud

Período comprendido entre el 10 de marzo de 2005 al 30 de junio de 2013²³¹

²³¹ CHILE. INTENDENCIA DE PRESTADORES DE SALUD. SUPERINTENDENCIA DE SALUD [en línea]. [consulta: 8 marzo 2018]. *Estadísticas de Mediación con Prestadores Privados de Salud Ley N° 19.966. Período: 10 de marzo de 2005 al 30 de junio de 2013*. Elaborado por Mónica Barraza Madariaga, Analista de la Unidad de Control de Gestión. 17 de Octubre de 2014. Disponible en: <http://www.supersalud.gob.cl/documentacion/666/articulos-10154_recurso_1.pdf>.

Tabla N° 9: Solicitudes de mediación admisibles por año

| Solicitudes de mediación admisibles por año | |
|---|------|
| 2005 | 58 |
| 2006 | 181 |
| 2007 | 248 |
| 2008 | 360 |
| 2009 | 422 |
| 2010 | 493 |
| 2011 | 525 |
| 2012 | 667 |
| 2013 | 372 |
| Total | 3326 |

Fuente: Información proporcionada por la Superintendencia de Salud, a través de la Ley de Transparencia, mayor detalle en el anexo del presente trabajo.

Tabla N° 10: Total de solicitudes admisibles por región

| Total de solicitudes admisibles por región | |
|--|------|
| Región Metropolitana | 1958 |
| Región de Valparaíso | 283 |
| Región de Antofagasta | 250 |

Fuente: Información proporcionada por la Superintendencia de Salud, a través de la Ley de Transparencia, mayor detalle en el anexo del presente trabajo.

Período comprendido entre el 10 de marzo de 2005 al 31 de diciembre de 2013²³²

Tabla N° 11: Solicitudes de mediación admisibles por año

²³² CHILE. INTENDENCIA DE PRESTADORES DE SALUD. SUPERINTENDENCIA DE SALUD [en línea]. [consulta: 4 marzo 2018]. *Estadísticas de Mediación con Prestadores Privados de Salud Ley N° 19.966. Período: 10 de marzo de 2005 al 31 de diciembre de 2013*. Elaborado por Mónica Barraza Madariaga, Analista de la Unidad de Control de Gestión. 21 de Octubre de 2014. Disponible en: <http://www.supersalud.gob.cl/documentacion/666/articulos-10155_recurso_1.pdf>.

| Solicitudes de mediación admisibles por año | |
|---|-------|
| 2005 | 58 |
| 2006 | 181 |
| 2007 | 248 |
| 2008 | 360 |
| 2009 | 422 |
| 2010 | 493 |
| 2011 | 525 |
| 2012 | 667 |
| 2013 | 740 |
| Total | 3.694 |

Fuente: Información proporcionada por la Superintendencia de Salud, a través de la Ley de Transparencia, mayor detalle en el anexo del presente trabajo.

Tabla N° 12: Total de solicitudes admisibles por región

| Total de solicitudes admisibles por región | |
|--|-------|
| Región Metropolitana | 2.188 |
| Región de Valparaíso | 305 |
| Región de Antofagasta | 273 |

Fuente: Información proporcionada por la Superintendencia de Salud, a través de la Ley de Transparencia, mayor detalle en el anexo del presente trabajo.

Período comprendido entre el 10 de marzo de 2005 al 30 de junio de 2014²³³

²³³ CHILE. INTENDENCIA DE PRESTADORES DE SALUD. SUPERINTENDENCIA DE SALUD [en línea]. [consulta: 6 marzo 2018]. *Estadísticas de Mediación con Prestadores Privados de Salud Ley N° 19.966. Período: 10 de marzo de 2005 al 30 de junio de 2014*. Elaborado por Mónica Barraza Madariaga, Analista de la Unidad de Control de Gestión. 22 de Octubre de 2014. Disponible en: <http://www.supersalud.gob.cl/documentacion/666/articulos-10156_recurso_1.pdf>.

Tabla N° 13: Solicitudes de mediación admisibles por año

| Solicitudes de mediación admisibles por año | |
|---|-------|
| 2005 | 58 |
| 2006 | 181 |
| 2007 | 248 |
| 2008 | 360 |
| 2009 | 422 |
| 2010 | 493 |
| 2011 | 525 |
| 2012 | 667 |
| 2013 | 740 |
| 2014 | 364 |
| Total | 4.058 |

Fuente: Información proporcionada por la Superintendencia de Salud, a través de la Ley de Transparencia, mayor detalle en el anexo del presente trabajo.

Tabla N° 14: Total de solicitudes admisibles por región

| Total de solicitudes admisibles por región | |
|--|-------|
| Región Metropolitana | 2.388 |
| Región de Valparaíso | 343 |
| Región de Antofagasta | 290 |
| | |

Fuente: Información proporcionada por la Superintendencia de Salud, a través de la Ley de Transparencia, mayor detalle en el anexo del presente trabajo.

Período comprendido entre el 10 de marzo de 2005 al 31 de diciembre de 2014²³⁴

Tabla N° 15: Solicitudes de mediación admisibles por año

| Solicitudes de mediación admisibles por año | |
|---|-----|
| 2005 | 58 |
| 2006 | 180 |
| 2007 | 247 |
| 2008 | 360 |
| 2009 | 422 |
| 2010 | 491 |
| 2011 | 520 |
| 2012 | 666 |

²³⁴ CHILE. INTENDENCIA DE PRESTADORES DE SALUD. SUPERINTENDENCIA DE SALUD [en línea]. [consulta: 7 marzo 2018]. *Estadísticas de Mediación con Prestadores Privados de Salud Ley N° 19.966. Período: 10 de marzo de 2005 al 31 de diciembre de 2014*. Elaborado por Mónica Barraza Madariaga, Analista de la Unidad de Control de Gestión. 12 de enero de 2015. Disponible en: <www.supersalud.gob.cl/documentacion/666/articulos-10338_recurso_1.pdf>.

| | |
|-------|-------|
| 2013 | 738 |
| 2014 | 751 |
| Total | 4.433 |

Fuente: Información proporcionada por la Superintendencia de Salud, a través de la Ley de Transparencia, mayor detalle en el anexo del presente trabajo.

Tabla N° 16: Total de solicitudes admisibles por región

| | |
|--|-------|
| Total de solicitudes admisibles por región | |
| Región Metropolitana | 2.545 |
| Región de Valparaíso | 388 |
| Región de Antofagasta | 301 |

Fuente: Información proporcionada por la Superintendencia de Salud, a través de la Ley de Transparencia, mayor detalle en el anexo del presente trabajo.

Período comprendido entre el 10 de marzo de 2005 al 30 de junio de 2015²³⁵

Tabla N° 17: Solicitudes de mediación admisibles por año

| | |
|---|-------|
| Solicitudes de mediación admisibles por año | |
| 2005 | 58 |
| 2006 | 180 |
| 2007 | 247 |
| 2008 | 360 |
| 2009 | 422 |
| 2010 | 491 |
| 2011 | 520 |
| 2012 | 666 |
| 2013 | 738 |
| 2014 | 748 |
| 2015 | 382 |
| Total | 4.812 |

Fuente: Información proporcionada por la Superintendencia de Salud, a través de la Ley de Transparencia, mayor detalle en el anexo del presente trabajo.

Tabla N° 18: Total de solicitudes admisibles por región

| | |
|--|-------|
| Total de solicitudes admisibles por región | |
| Región Metropolitana | 2.587 |
| Región de Valparaíso | 388 |
| Región de Antofagasta | 308 |

²³⁵ CHILE. INTENDENCIA DE PRESTADORES DE SALUD. SUPERINTENDENCIA DE SALUD [en línea]. [consulta: 7 marzo 2018]. *Estadísticas de Mediación con Prestadores Privados de Salud Ley N° 19.966. Período: 10 de marzo de 2005 al 30 de junio de 2015*. Elaborado por Mónica Barraza Madariaga, Analista de la Unidad de Control de Gestión. 31 de julio de 2015. Disponible en: <www.supersalud.gob.cl/documentacion/666/articulos-12879_recurso_1.pdf>.

Fuente: Información proporcionada por la Superintendencia de Salud, a través de la Ley de Transparencia, mayor detalle en el anexo del presente trabajo.

En las tablas N° 9 a N° 18, dentro de un período de tiempo que va desde el 10 de marzo de 2005 al 30 de junio de 2015, queda reflejado un fenómeno muy similar al del CDE, es decir, las solicitudes de mediación fueron en aumento durante todos los años analizados y hubo concentración de solicitudes en tres regiones, Metropolitana, Valparaíso y Antofagasta.

La realidad acá es muy similar a lo que sucede en el Consejo de Defensa, existe aumento de solicitudes y concentración de mediaciones solo en algunas regiones, evidenciándose la misma realidad anterior.

b. Porcentaje de acuerdo de las mediaciones

Consejo de Defensa del Estado

Tabla N° 19: Porcentaje de acuerdos alcanzados y no alcanzados durante el período 2012-2013

| Región | 2012 | | | | | 2013 | | | | |
|-------------|---------|-----|------------------|-----|-------|---------|-----|------------------|----|-------|
| | Acuerdo | | Falta de acuerdo | | Total | Acuerdo | | Falta de acuerdo | | Total |
| | N° | % | N° | % | N° | N° | % | N° | % | N° |
| Arica | 4 | 33 | 8 | 67 | 12 | 5 | 38 | 8 | 62 | 13 |
| Iquique | 3 | 16 | 16 | 84 | 19 | 5 | 31 | 11 | 69 | 16 |
| Antofagasta | 0 | 0 | 26 | 100 | 26 | 2 | 10 | 19 | 90 | 21 |
| Copiapó | 5 | 29 | 12 | 71 | 17 | 1 | 8 | 12 | 92 | 13 |
| La Serena | 2 | 9 | 21 | 91 | 23 | 8 | 31 | 18 | 69 | 26 |
| Valparaíso | 17 | 17 | 84 | 83 | 101 | 12 | 12 | 92 | 88 | 104 |
| Santiago | 36 | 17 | 177 | 83 | 213 | 48 | 21 | 176 | 79 | 224 |
| San Miguel | 25 | 14 | 151 | 86 | 176 | 29 | 19 | 124 | 81 | 153 |
| Rancagua | 15 | 19 | 66 | 81 | 81 | 6 | 11 | 48 | 89 | 54 |
| Talca | 17 | 40 | 25 | 60 | 42 | 24 | 31 | 53 | 69 | 77 |
| Chillán | 1 | 7 | 14 | 93 | 15 | 2 | 7 | 27 | 93 | 29 |
| Concepción | 21 | 22 | 75 | 78 | 96 | 24 | 28 | 61 | 72 | 85 |
| Temuco | 1 | 2 | 62 | 98 | 63 | 2 | 5 | 42 | 95 | 44 |
| Valdivia | 5 | 19 | 21 | 81 | 26 | 3 | 12 | 23 | 88 | 26 |
| Pto. Montt | 11 | 19 | 48 | 81 | 59 | 10 | 28 | 26 | 72 | 36 |
| Coyhaique | 1 | 100 | 0 | 0 | 1 | 4 | 100 | 0 | 0 | 4 |
| Pta. Arenas | 4 | 33 | 8 | 67 | 12 | 2 | 22 | 7 | 78 | 9 |

| | | | | | | | | | | |
|-------|-----|----|-----|----|-----|-----|----|-----|----|-----|
| Total | 168 | 17 | 814 | 83 | 982 | 187 | 20 | 747 | 80 | 934 |
|-------|-----|----|-----|----|-----|-----|----|-----|----|-----|

Fuente: Información proporcionada por el Consejo de Defensa del Estado, a través de la Ley de Transparencia, mayor detalle en el anexo del presente trabajo.

Tabla N° 20: Porcentaje de acuerdos alcanzados y no alcanzados durante el período 2014-2015

| Región | 2014 | | | | | 2015 | | | | |
|--------------|------------|-----------|------------------|-----------|------------|------------|-----------|------------------|-----------|------------|
| | Acuerdo | | Falta de acuerdo | | Total | Acuerdo | | Falta de acuerdo | | Total |
| | N° | % | N° | % | N° | N° | % | N° | % | N° |
| Arica | 6 | 29 | 15 | 71 | 21 | 2 | 12 | 15 | 88 | 17 |
| Iquique | 2 | 6 | 30 | 94 | 32 | 4 | 16 | 21 | 84 | 25 |
| Antofagasta | 0 | 0 | 23 | 100 | 23 | 2 | 11 | 16 | 89 | 18 |
| Copiapó | 4 | 17 | 20 | 83 | 24 | 5 | 31 | 11 | 69 | 16 |
| La Serena | 12 | 26 | 34 | 74 | 46 | 4 | 13 | 28 | 88 | 32 |
| Valparaíso | 28 | 28 | 72 | 72 | 100 | 36 | 31 | 82 | 69 | 118 |
| Santiago | 59 | 26 | 170 | 74 | 229 | 46 | 21 | 169 | 79 | 215 |
| San Miguel | 24 | 15 | 138 | 85 | 162 | 38 | 30 | 89 | 70 | 127 |
| Rancagua | 2 | 5 | 41 | 95 | 43 | 13 | 29 | 32 | 71 | 45 |
| Talca | 13 | 26 | 37 | 74 | 50 | 23 | 40 | 35 | 60 | 58 |
| Chillán | 3 | 19 | 13 | 81 | 16 | 2 | 8 | 23 | 92 | 25 |
| Concepción | 28 | 27 | 74 | 73 | 102 | 32 | 30 | 75 | 70 | 107 |
| Temuco | 5 | 9 | 49 | 91 | 54 | 3 | 8 | 37 | 93 | 40 |
| Valdivia | 5 | 18 | 23 | 82 | 28 | 3 | 14 | 18 | 86 | 21 |
| Pto. Montt | 6 | 16 | 31 | 84 | 37 | 8 | 23 | 27 | 77 | 35 |
| Coyhaique | 2 | 67 | 1 | 33 | 3 | 4 | 57 | 3 | 43 | 7 |
| Pta. Arenas | 0 | 0 | 5 | 100 | 5 | 3 | 25 | 9 | 75 | 12 |
| Total | 199 | 20 | 776 | 80 | 975 | 228 | 25 | 690 | 75 | 918 |

Fuente: Información proporcionada por el Consejo de Defensa del Estado, a través de la Ley de Transparencia, mayor detalle en el anexo del presente trabajo.

Tabla N° 21: Porcentaje de acuerdos alcanzados y no alcanzados en el período 2016 - primer semestre del año 2017

| Región | 2016 | | | | | Primer semestre 2017 | | | | |
|---------|---------|----|------------------|----|-------|----------------------|----|------------------|----|-------|
| | Acuerdo | | Falta de acuerdo | | Total | Acuerdo | | Falta de acuerdo | | Total |
| | N° | % | N° | % | N° | N° | % | N° | % | N° |
| Arica | 1 | 13 | 7 | 88 | 8 | 1 | 17 | 5 | 83 | 6 |
| Iquique | 4 | 24 | 13 | 76 | 17 | 1 | 9 | 10 | 91 | 11 |

| | | | | | | | | | | |
|-------------|-----|----|-----|-----|-----|-----|----|-----|-----|-----|
| Antofagasta | 10 | 26 | 28 | 74 | 38 | 0 | 0 | 7 | 100 | 7 |
| Copiapó | 8 | 32 | 17 | 68 | 25 | 4 | 40 | 6 | 60 | 10 |
| La Serena | 13 | 33 | 27 | 68 | 40 | 13 | 54 | 11 | 46 | 24 |
| Valparaíso | 21 | 16 | 110 | 84 | 131 | 13 | 21 | 48 | 79 | 61 |
| Santiago | 48 | 23 | 163 | 77 | 211 | 23 | 21 | 88 | 79 | 111 |
| San Miguel | 34 | 24 | 109 | 76 | 143 | 18 | 30 | 43 | 70 | 61 |
| Rancagua | 10 | 19 | 43 | 81 | 53 | 13 | 33 | 26 | 67 | 39 |
| Talca | 14 | 30 | 33 | 70 | 47 | 14 | 44 | 18 | 56 | 32 |
| Chillán | 4 | 17 | 19 | 83 | 23 | 0 | 0 | 1 | 100 | 1 |
| Concepción | 24 | 22 | 85 | 78 | 109 | 8 | 15 | 47 | 85 | 55 |
| Temuco | 2 | 4 | 46 | 96 | 48 | 1 | 7 | 13 | 93 | 14 |
| Valdivia | 7 | 19 | 30 | 81 | 37 | 1 | 17 | 5 | 83 | 6 |
| Pto. Montt | 10 | 29 | 25 | 71 | 35 | 3 | 18 | 14 | 82 | 17 |
| Coyhaique | 3 | 60 | 2 | 40 | 5 | 1 | 25 | 3 | 75 | 4 |
| Pta. Arenas | 0 | 0 | 11 | 100 | 11 | 2 | 22 | 7 | 78 | 9 |
| Total | 213 | 22 | 768 | 78 | 981 | 116 | 25 | 352 | 75 | 468 |

Fuente: Información proporcionada por el Consejo de Defensa del Estado, a través de la Ley de Transparencia, mayor detalle en el anexo del presente trabajo.

En las tablas N° 19 a N° 21, es explícito que durante todos los años la ausencia de acuerdos y mediaciones frustradas lideró las cifras, es decir, en el año 2012 las mediaciones sin acuerdo llegaron al 83%, 2013 al 80%, 2014 al 80%, 2015 al 75%, 2016 al 100% y el primer semestre del 2017 al 78%. En consecuencia, se observa que las víctimas de daños en salud no logran obtener la solución efectiva e integral a sus conflictos. Las tasas de desacuerdo son altísimas, no se cumple en la realidad el objetivo para el cual fue creada la mediación, es decir, solucionar el conflicto de salud, otorgando una solución justa y real a las víctimas, por el contrario se evidencia que no se alcanzan los acuerdos esperados y necesarios.

Dada esta realidad ¿Qué se consigue obligando a las personas a presentar la solicitud de mediación si una vez que esta se lleva a cabo existe un 80% de probabilidad que no se llegue a acuerdo? Es razonable deducir que, aparentemente este trámite previo y obligatorio no es una herramienta útil a la hora de solucionar este tipo de conflictos, sino un obstáculo para el acceso efectivo a la tutela judicial de derechos y un incentivo para iniciar la judicialización del conflicto.

Tabla N° 22: Número de mediaciones terminadas (período 2005 – 2010)

| | |
|--|------------------------|
| | Mediaciones terminadas |
|--|------------------------|

| | Acuerdo | Sin acuerdo |
|----------------|---------|-------------|
| | N° | N° |
| Arica | 17 | 56 |
| Iquique | 20 | 86 |
| Antofagasta | 18 | 101 |
| Copiapó | 22 | 74 |
| La Serena | 43 | 164 |
| Valparaíso | 75 | 441 |
| Santiago | 135 | 863 |
| San Miguel | 73 | 620 |
| Rancagua | 53 | 205 |
| Talca | 19 | 158 |
| Chillán | 27 | 89 |
| Concepción | 107 | 342 |
| Temuco | 34 | 151 |
| Valdivia | 21 | 89 |
| Puerto Montt | 40 | 121 |
| Coyhaique | 11 | 14 |
| Punta Arenas | 16 | 21 |
| Total Nacional | 731 | 3.595 |
| | 4.326 | |

Fuente: Información obtenida de la "Experiencia de la mediación por daños en salud y conveniencia de su extensión en el ámbito público". Lagos Ochoa, María Soledad Lagos. XXI Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública. Santiago, Chile, 2016. Mayor información en cita a pie de página número 234.

Tabla N° 23: Mediaciones en las que no se llegó a acuerdo, dentro de ellas las que llegaron a juicio y las que no (período 2005 – 2010)

| Sin acuerdo | | | |
|-------------|------|------------|------|
| Sin Juicio | | Con Juicio | |
| N° | % | N° | % |
| 54 | 96,4 | 2 | 3,6 |
| 75 | 87,2 | 11 | 12,8 |
| 98 | 97,0 | 3 | 3,0 |
| 68 | 91,9 | 6 | 8,1 |
| 152 | 92,7 | 12 | 7,3 |
| 368 | 83,4 | 73 | 16,6 |
| 806 | 93,4 | 57 | 6,6 |
| 581 | 93,7 | 39 | 6,3 |
| 179 | 87,3 | 26 | 12,7 |
| 137 | 86,7 | 21 | 13,3 |
| 77 | 86,5 | 12 | 13,5 |
| 275 | 80,4 | 67 | 19,6 |
| 131 | 86,8 | 20 | 13,2 |

| | | | |
|-------|------|-----|------|
| 74 | 83,1 | 15 | 16,9 |
| 104 | 86,0 | 17 | 14,0 |
| 12 | 85,7 | 2 | 14,3 |
| 18 | 85,7 | 3 | 14,3 |
| 3.209 | 89,3 | 386 | 10,7 |

Fuente: Información obtenida de la "Experiencia de la mediación por daños en salud y conveniencia de su extensión en el ámbito público". Lagos Ochoa, María Soledad Lagos. XXI Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública. Santiago, Chile, 2016. Mayor información en cita a pie de página número 234.

En total en 3.940 casos no se han ejercido las acciones legales correspondientes²³⁶, (esta cifra se compone de la suma entre las mediaciones terminadas en acuerdo correspondientes a un total de 731 casos y aquellas en donde no se inició un juicio, correspondientes a 3.209 casos, esta suma da un total de 3.940 casos).

En las tablas N° 22 y N° 23 se observa claramente que existe un gran número de personas víctimas de daños en salud que finalmente no consiguen un acuerdo en mediación y tampoco concurren a demandar a los tribunales de justicia. Entonces, ¿nos encontramos frente a un sistema de resolución de conflictos que otorga un acceso a la justicia? Acceso a la justicia como un derecho humano básico y fundamental garantizado para todos los ciudadanos. Existieron durante esos años, casi 4000 víctimas cuyo conflicto jurídico no fue resuelto, ni por la vía de la mediación ni por la vía jurisdiccional. En ese sentido ¿El Estado de Chile está garantizando el acceso a la justicia a sus ciudadanos?

Superintendencia de Salud

Período comprendido entre el 10 de marzo de 2005 al 30 de junio de 2013²³⁷

²³⁶ LAGOS OCHOA, María Soledad. *Experiencia de la mediación por daños en salud y conveniencia de su extensión en el ámbito público*. XXI Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública. Santiago, Chile [en línea] 8-11 nov, 2016, p. 23. [consulta: 15 junio 2018]. Disponible en: <[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/FF778B0D1774F8B80525811400610353/\\$FILE/agosoch.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/FF778B0D1774F8B80525811400610353/$FILE/agosoch.pdf)>.

²³⁷ CHILE. INTENDENCIA DE PRESTADORES DE SALUD. SUPERINTENDENCIA DE SALUD [en línea]. [consulta: 9 abril 2018]. *Estadísticas de Mediación con Prestadores Privados de Salud Ley N° 19.966. Período: 10 de marzo de 2005 al 30 de junio de 2013*. Elaborado por Mónica Barraza Madariaga, Analista de la Unidad de Control de Gestión. 17 de Octubre de 2014. Disponible en: <www.supersalud.gob.cl/documentacion/666/articulos-10154_recurso_1.pdf>.

Tabla N° 24: Estado de solicitudes de mediación admisibles

| Estado de solicitudes de mediación admisibles | |
|---|-------|
| Terminadas | 3.320 |
| En trámite | 6 |
| Total | 3.326 |

Fuente: información proporcionada por la Superintendencia de Salud, a través de la Ley de Transparencia.

Tabla N° 25: Resultado de cada mediación terminada

| Por resultado de la mediación terminada | |
|---|-------|
| Acuerdo directo | 44 |
| Acuerdo total | 349 |
| Acuerdo parcial | 23 |
| Sin acuerdo | 1.353 |
| Certificado de mediación frustrada | 1.467 |
| Desistimiento / abandono del reclamante | 60 |
| Inadmisibles | 7 |
| Orientación de la mediación | 17 |
| Total | 3.320 |

Fuente: información proporcionada por la Superintendencia de Salud, a través de la Ley de Transparencia.

Período comprendido entre el 10 de marzo de 2005 al 31 de diciembre de 2013²³⁸

Tabla N° 26: Estado de las solicitudes de mediación admisibles

| Estado de solicitudes de mediación admisibles | |
|---|-------|
| Terminadas | 3.680 |
| En trámite | 14 |
| Total | 3.694 |

Fuente: información proporcionada por la Superintendencia de Salud, a través de la Ley de Transparencia.

Tabla N° 27: Resultado de cada mediación terminada

| Por resultado de la mediación terminada | |
|---|-------|
| Acuerdo directo | 44 |
| Acuerdo total | 392 |
| Acuerdo parcial | 25 |
| Sin acuerdo | 1.500 |

²³⁸ CHILE. INTENDENCIA DE PRESTADORES DE SALUD. SUPERINTENDENCIA DE SALUD [en línea]. [consulta: 11 abril 2018]. *Estadísticas de Mediación con Prestadores Privados de Salud Ley N° 19.966. Período: 10 de marzo de 2005 al 31 de diciembre de 2013*. Elaborado por Mónica Barraza Madariaga, Analista de la Unidad de Control de Gestión. 21 de Octubre de 2014. Disponible en: <http://www.supersalud.gob.cl/documentacion/666/articulos-10155_recurso_1.pdf>.

| | |
|---------------------------------------|-------|
| Certificado de mediación frustrada | 1.626 |
| Desistimiento/Abandono del reclamante | 66 |
| Inadmisibles | 9 |
| Orientación a la mediación | 18 |
| Total | 3.680 |

Fuente: información proporcionada por la Superintendencia de Salud, a través de la Ley de Transparencia.

Período comprendido entre el 10 de marzo de 2005 al 30 de junio de 2014²³⁹

Tabla N° 28: Estado de solicitudes de mediación admisibles

| | |
|---|-------|
| Estado de solicitudes de mediación admisibles | |
| Terminadas | 3.956 |
| En trámite | 102 |
| Total | 4.058 |

Fuente: información proporcionada por la Superintendencia de Salud, a través de la Ley de Transparencia.

Tabla N° 29: Resultado de cada mediación terminada

| | |
|---|-------|
| Por resultado de la mediación terminada | |
| Acuerdo directo | 44 |
| Acuerdo total | 414 |
| Acuerdo parcial | 28 |
| Sin acuerdo | 1.612 |
| Certificado de mediación frustrada | 1.757 |
| Desistimiento/Abandono del reclamante | 73 |
| Inadmisibles | 10 |
| Orientación a la mediación | 18 |
| Total | 3.956 |

Fuente: información proporcionada por la Superintendencia de Salud, a través de la Ley de Transparencia.

Período comprendido entre el 10 de marzo de 2005 al 31 de diciembre de 2014²⁴⁰

²³⁹ CHILE. INTENDENCIA DE PRESTADORES DE SALUD. SUPERINTENDENCIA DE SALUD [en línea]. [consulta: 11 mayo 2018]. *Estadísticas de Mediación con Prestadores Privados de Salud Ley N° 19.966. Período: 10 de marzo de 2005 al 30 de junio de 2014*. Elaborado por Mónica Barraza Madariaga, Analista de la Unidad de Control de Gestión. 22 de Octubre de 2014. Disponible en: <www.supersalud.gob.cl/documentacion/666/articles-10156_recurso_1.pdf>.

²⁴⁰ CHILE. INTENDENCIA DE PRESTADORES DE SALUD. SUPERINTENDENCIA DE SALUD [en línea]. [consulta: 12 mayo 2018]. *Estadísticas de Mediación con Prestadores Privados de Salud Ley N° 19.966. Período: 10 de marzo de 2005 al 31 de diciembre de 2014*. Elaborado por Mónica Barraza Madariaga, Analista de la Unidad de Control de Gestión. 12 de enero de 2015. Disponible en: <www.supersalud.gob.cl/documentacion/666/articles-10338_recurso_1.pdf>.

Tabla N° 30: Estado de las solicitudes de mediación admisibles

| Estado solicitudes de mediación admisibles | |
|--|-------|
| Terminadas | 4.104 |
| En trámite | 329 |
| Total | 4.433 |

Fuente: información proporcionada por la Superintendencia de Salud, a través de la Ley de Transparencia.

Tabla N° 31: Resultado de cada mediación terminada

| Por resultado de la mediación terminada | |
|---|-------|
| Acuerdo directo | 44 |
| Acuerdo total | 432 |
| Acuerdo parcial | 30 |
| Sin acuerdo | 1.661 |
| Certificado de mediación frustrada | 1.829 |
| Desistimiento/Abandono del reclamante | 83 |
| Inadmisible | 04 |
| Orientación a la mediación | 21 |
| Total | 4.104 |

Fuente: información proporcionada por la Superintendencia de Salud, a través de la Ley de Transparencia.

Período comprendido entre el 10 de marzo de 2005 al 30 de junio de 2015²⁴¹

Tabla N° 32: Estado de las solicitudes de mediación admisibles

| Estado solicitudes de mediación admisibles | |
|--|-------|
| Terminadas | 4.458 |
| En trámite | 354 |
| Total | 4.812 |

Fuente: información proporcionada por la Superintendencia de Salud, a través de la Ley de Transparencia.

Tabla N° 33: Resultado de las mediaciones terminadas

| Por resultado de la mediación terminada | |
|---|-----|
| Acuerdo directo | 43 |
| Acuerdo total | 463 |
| Acuerdo parcial | 32 |

²⁴¹ CHILE. INTENDENCIA DE PRESTADORES DE SALUD. SUPERINTENDENCIA DE SALUD [en línea]. [consulta: 14 mayo 2018]. *Estadísticas de Mediación con Prestadores Privados de Salud Ley N° 19.966. Período: 10 de marzo de 2005 al 30 de junio de 2015*. Elaborado por Mónica Barraza Madariaga, Analista de la Unidad de Control de Gestión. 31 de julio de 2015. Disponible en: <http://www.supersalud.gob.cl/documentacion/666/articulos-12879_recurso_1.pdf>.

| | |
|---------------------------------------|-------|
| Sin acuerdo | 1.820 |
| Certificado de mediación frustrada | 1.992 |
| Desistimiento/Abandono del reclamante | 87 |
| Inadmisible | 11 |
| Orientación a la mediación | 10 |
| Total | 4.458 |

Fuente: información proporcionada por la Superintendencia de Salud, a través de la Ley de Transparencia.

En las tablas N° 24 a N° 33, que abarca el período comprendido entre el 10 de marzo de 2005 hasta el 30 de junio de junio de 2015, se observa que los acuerdos totales llegaron a 463, los casos sin acuerdo a 1820 y las mediaciones frustradas a un total de 1992 casos.

Con estas cifras del sistema privado (como también sucede en el sistema público del CDE) se evidencia claramente una mediación que no cumple con el objetivo previsto, es decir, las solicitudes de mediación no llegan a niveles considerables de acuerdos, más bien todo lo contrario, existe un gran universo de personas que no encuentran en la mediación la solución a su problema. Entre las mediaciones frustradas y las que no llegan a acuerdo hay más de 3812 mediaciones sin resultado positivo. Se trata de números altísimos que reflejan claramente una realidad que debe ser modificada, y de ese modo entregar a los habitantes una herramienta efectiva y útil para solucionar los conflictos sanitarios.

c. Duración de las mediaciones

Consejo de Defensa del Estado

Tabla N° 34: Total de mediaciones durante el período 2012 – 2017

| Total año 2012 a 2017 | | | | | | |
|-----------------------|----------------|----|-------------------------|----|-------|------|
| Región | Más de 60 días | | Menor o igual a 60 días | | Total | |
| | N° | % | N° | % | % | N° |
| Arica | 22 | 32 | 47 | 68 | 69 | 100% |
| Iquique | 22 | 20 | 88 | 80 | 110 | 100% |
| Antofagasta | 38 | 32 | 81 | 68 | 119 | 100% |
| Copiapó | 56 | 59 | 39 | 41 | 95 | 100% |
| La Serena | 84 | 43 | 112 | 57 | 196 | 100% |
| Valparaíso | 204 | 36 | 369 | 64 | 573 | 100% |
| San Miguel | 439 | 59 | 299 | 41 | 738 | 100% |
| Santiago | 693 | 61 | 442 | 39 | 1135 | 100% |
| Rancagua | 128 | 47 | 143 | 53 | 271 | 100% |
| Talca | 159 | 59 | 111 | 41 | 270 | 100% |

| | | | | | | |
|-------------|------|----|------|----|------|------|
| Chillán | 26 | 26 | 75 | 74 | 101 | 100% |
| Concepción | 308 | 63 | 184 | 37 | 492 | 100% |
| Temuco | 141 | 66 | 72 | 34 | 213 | 100% |
| Valdivia | 61 | 47 | 69 | 53 | 130 | 100% |
| Pto. Montt | 71 | 41 | 103 | 59 | 174 | 100% |
| Coyhaique | 21 | 70 | 9 | 30 | 30 | 100% |
| Pta. Arenas | 17 | 33 | 34 | 67 | 51 | 100% |
| Total | 2490 | 52 | 2277 | 48 | 4767 | 100% |

Fuente: Información obtenida del Consejo de Defensa del Estado, a través de la Ley de Transparencia.

Esta tabla muestra que desde el año 2012 a 2017 hubo un total de 2490 mediaciones que duraron más del tiempo legal establecido para ello, es decir, más de 60 días, y 2277 mediaciones duraron menos de 60 días o igual a 60 días. Esto indica que un gran número de mediaciones no cumple con los plazos legales establecidos y con ello se genera que un enorme universo de víctimas deben, soportar no solo el daño sufrido, sino que además que no se respeten los plazos legales fijados.

Superintendencia de Salud

En este punto nuevamente no fue posible obtener la información puesto que dicha institución respondió “[...] que los registros que posee la Intendencia de Prestadores de Salud sobre mediación tienen un enfoque administrativo, para facilitar la realización de los procedimientos de mediación y solo cuenta con información estadística de carácter general”.²⁴²

Tabla N° 35: Mediaciones realizadas durante el período 2005 a 2017

| | 2005 | 2006 | 2007 | 2008 | 2009 | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 | 2015 | 2016 | 2017 | Total general |
|--------------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|------|---------------|
| Antofagasta | 0 | 17 | 20 | 36 | 18 | 39 | 38 | 60 | 44 | 34 | 40 | 43 | 27 | 416 |
| Arica | 0 | 0 | 0 | 7 | 12 | 8 | 3 | 8 | 12 | 9 | 8 | 9 | 3 | 79 |
| Concepción | 0 | 7 | 18 | 25 | 30 | 35 | 27 | 41 | 38 | 61 | 50 | 58 | 29 | 419 |
| Copiapó | 0 | 1 | 3 | 4 | 2 | 3 | 7 | 9 | 15 | 16 | 13 | 13 | 7 | 93 |
| Coyhaique | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 1 | 0 | 1 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 2 |
| Iquique | 0 | 2 | 3 | 1 | 4 | 5 | 9 | 18 | 10 | 17 | 10 | 11 | 15 | 105 |
| La Serena | 0 | 1 | 6 | 6 | 6 | 8 | 8 | 8 | 13 | 7 | 9 | 18 | 8 | 98 |
| Puerto Montt | 3 | 14 | 12 | 10 | 14 | 17 | 23 | 22 | 22 | 16 | 14 | 21 | 25 | 213 |
| Punta Arenas | 0 | 0 | 0 | 2 | 0 | 4 | 1 | 0 | 2 | 3 | 1 | 4 | 2 | 19 |

²⁴² Oficio n° 3123 de 4 de septiembre de 2017, en respuesta a solicitud de información n° AO006T0001041 por Ley de Transparencia de 24 de julio de 2017. (La respuesta completa se encuentra disponible en el anexo del presente trabajo).

| | | | | | | | | | | | | | | |
|----------------------|-----------|------------|------------|------------|------------|------------|------------|------------|------------|------------|------------|------------|------------|--------------|
| Rancagua | 0 | 0 | 11 | 12 | 15 | 24 | 33 | 33 | 33 | 32 | 39 | 34 | 20 | 286 |
| Santiago | 52 | 113 | 130 | 218 | 270 | 288 | 293 | 363 | 430 | 426 | 461 | 439 | 366 | 3849 |
| Talca | 0 | 5 | 5 | 6 | 3 | 8 | 9 | 17 | 18 | 17 | 22 | 27 | 15 | 152 |
| Temuco | 1 | 2 | 6 | 3 | 10 | 8 | 16 | 11 | 22 | 29 | 12 | 28 | 12 | 160 |
| Valdivia | 0 | 0 | 0 | 3 | 13 | 6 | 5 | 5 | 7 | 4 | 6 | 5 | 3 | 57 |
| Viña del Mar | 2 | 17 | 33 | 25 | 24 | 37 | 41 | 59 | 66 | 69 | 62 | 65 | 39 | 539 |
| Total general | 58 | 179 | 247 | 358 | 421 | 491 | 513 | 655 | 732 | 740 | 747 | 775 | 571 | 6.487 |

Fuente: Información obtenida de la Superintendencia de Salud a través de Ley de Transparencia.

Esta tabla muestra que desde el año 2005 hasta el 2017 se realizaron 6487 mediaciones en todo el país, constatando nuevamente que la gran mayoría de ellas se concentraron en la ciudad de Santiago.

Tabla N° 36: Mediaciones en estado terminado

| Tipo de termino | 2007 | 2008 | 2009 | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 | 2015 | 2016 | 2017 | Total |
|----------------------|----------|----------|----------|----------|----------|-----------|-----------|------------|------------|------------|------------|--------------|
| Acuerdo parcial | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 1 | 0 | 7 | 8 | 8 | 3 | 27 |
| Acuerdo total | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 1 | 81 | 62 | 79 | 21 | 244 |
| Sin acuerdo | 2 | 5 | 7 | 3 | 2 | 12 | 19 | 336 | 400 | 369 | 123 | 1.278 |
| Total general | 2 | 5 | 7 | 3 | 2 | 13 | 20 | 424 | 470 | 456 | 147 | 1.549 |

Fuente: Información obtenida de la Superintendencia de Salud a través de Ley de Transparencia.

Tabla N° 37: Mediaciones en estado terminado (otras causas de término)

| Causa | 2005 | 2006 | 2007 | 2008 | 2009 | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 | 2015 | 2016 | 2017 | Total |
|------------------------------------|-----------|------------|------------|------------|------------|------------|------------|------------|------------|------------|------------|------------|------------|--------------|
| Abandono del reclamante | 0 | 0 | 0 | 2 | 0 | 5 | 5 | 10 | 8 | 7 | 13 | 10 | 9 | 69 |
| Acuerdo directo de las partes | 0 | 3 | 5 | 4 | 11 | 7 | 4 | 7 | 2 | 1 | 3 | 5 | 0 | 52 |
| Certificado de mediación frustrada | 54 | 174 | 240 | 347 | 398 | 470 | 495 | 617 | 697 | 306 | 256 | 263 | 131 | 4.448 |
| Desistimiento del reclamante | 4 | 2 | 0 | 0 | 5 | 6 | 7 | 8 | 5 | 2 | 5 | 9 | 4 | 57 |
| Total | 58 | 179 | 245 | 353 | 414 | 488 | 511 | 642 | 712 | 316 | 277 | 287 | 144 | 4.626 |

Fuente: Información obtenida de la Superintendencia de Salud a través de Ley de Transparencia.

De las tablas N° 36 y N° 37, se observa que de un universo total de 6175 mediaciones en estado de terminado, realizadas entre los años 2007 a 2017, 4448 casos corresponden a mediaciones frustradas y 1278 casos a mediaciones en donde no hay acuerdo. Solo en 244 casos se alcanzó un acuerdo total. La realidad de la mediación en el ámbito privado tampoco alcanza niveles que den cuenta de un sistema que responde a las necesidades de las víctimas de daños en salud.

Algo muy similar fue constatado por un estudio realizado por la Universidad de Talca y que se evidencia en la tabla que sigue a continuación.

Tabla N° 38: Tasa de éxito de la mediación en salud, en el sistema público y privado (período 2005 a 2009)²⁴³

| Año | N° de casos ingresados aceptados | | N° de casos con acuerdo a través de mediación | | Tasa de éxito del procedimiento de mediación | |
|-------|----------------------------------|-----------------------|---|-----------------------|--|-----------------------|
| | Sistema Salud Pública | Sistema Salud Privada | Sistema Salud Pública | Sistema Salud Privada | Sistema Salud Pública | Sistema Salud Privada |
| 2005 | 297 | 67 | 38 | 4 | 12.79 | 5.9 |
| 2006 | 538 | 205 | 90 | 25 | 16.7 | 12.195 |
| 2007 | 597 | 247 | 113 | 28 | 18.92 | 11.33 |
| 2008 | 959 | 359 | 151 | 43 | 15.74 | 11.97 |
| 2009 | 1020 | 420 | 220 | 38 | 21.56 | 9.04 |
| Total | 3411 | 1.298 | 612 | 138 | 17.94 | 10.63 |

Fuente: Tasa de éxito de la mediación en salud en Chile entre los años 2005 y 2009 en el sistema de Salud Público y Privado. Mayor información en cita a pie de página número 242.

Una persona que sufre un daño a causa de una prestación de salud, sea en el sistema privado como en el público, no solo es víctima de ese daño en su salud, sino que en nuestro país además sufre una doble victimización al no contar con un sistema de resolución de conflictos en salud que le otorgue un acceso a la justicia, velando por sus derechos fundamentales y por su dignidad. Esto es así, porque en primer lugar, ese sistema no es gratuito para todos, no es de fácil acceso geográfico a las personas que viven en zonas alejadas de las grandes ciudades con acceso económico, no cuentan con los profesionales

²⁴³ CANDIA, Paola y SUAZO GALDAMES, Iván. *Tasa de Éxito del Sistema de Mediación Prejudicial por Daño en Salud en Chile entre los años 2005 y 2009*. [en línea] Universidad de Talca, Temuco, 2011, vol. 5, n° 3, p. 300-303. [consulta: 8 junio 2018]. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-381X2011000300015>.

especializados en medicina y con la preparación técnica e imparcialidad (en algunos casos) requerida, y para mayor abundamiento los acuerdos que se necesitan, no se alcanzan, es decir, la mediación no lleva a cabo su objetivo, ya que en muchos casos las mediaciones son frustradas.

Queda demostrado que la mediación en salud no es un medio efectivo de resolución de los conflictos médicos, las tasas de éxito no superan el 21%²⁴⁴, tanto en el sistema privado como en el sistema público. En ese sentido, es urgente la creación de un sistema universal que permita que todas las personas tengan un acceso real e integral (que ninguna persona quede fuera de él por razones económicas o geográficas o por cualquier otro motivo) al sistema de resolución de contiendas en salud, que vele siempre por la dignidad de las personas víctimas de daños en esta materia, respetando y garantizando sus derechos humanos y que a su vez cumpla con todos los estándares internacionales fijados en materia de salud. La calidad y eficacia del sistema, demuestra la seriedad y responsabilidad con que se enfrenta esta materia y lamentablemente los números evidenciaron que las mediaciones no son un canal de acceso eficaz a la obtención de justicia.

CONCLUSIONES

²⁴⁴ LAGOS OCHOA, María Soledad. 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*, Chile [en línea] n° 18, 2013, p. 90 [consulta: 7 mayo 2018]. Disponible en: <http://web.derecho.uchile.cl/cej/rej18/LAGOS_9.pdf>. “Actualmente, la Unidad de Mediación ha recibido más de 8000 solicitudes de mediación y su porcentaje promedio de acuerdos fluctúa en 21%”.

La salud es esencial para tener una vida digna, ya que de ella depende el buen desarrollo de todas las funciones vitales del cuerpo y mente humana. De ahí la gran importancia del tratamiento jurídico que se realice en materia del derecho a la salud, ya que influye directamente en la realidad de cada persona. En ese sentido y como quedó evidenciado en el primer capítulo de este trabajo, el derecho a la salud ha sido garantizado internacionalmente como un derecho humano (Chile ha suscrito tratados reconociéndolo en dicho sentido) por lo que los Estados tienen la obligación (como garante de los derechos fundamentales de todos sus habitantes) de estructurar su ordenamiento jurídico en razón de aquello, otorgando garantías efectivas para su cumplimiento.

El derecho a la salud conforma un conjunto de bienes, servicios y condiciones, tal como se reconoce en la Observación General N° 14 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales el cual prescribe “[...] el derecho a la salud debe entenderse, como un derecho al disfrute de toda gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud”, en ese sentido no solo incluye la atención en salud, sino que también el enfrentamiento de las consecuencias nocivas que se derivan de su ejercicio, es decir, la manera en que se resuelven los conflictos en salud. En Chile, quienes sufren un daño a causa de una prestación de salud, no pueden dirigirse directamente a los tribunales de justicia, ya que por ley se encuentran obligados a cumplir primero con una etapa extrajudicial, es decir, la mediación. Como quedó evidenciado aquello representa un obstáculo en el pleno ejercicio del derecho de acceso a la justicia, ya que cualquier persona que se sienta vulnerada en sus derechos puede dirigirse a los tribunales de justicia para obtener la directa aplicación del derecho, sin embargo bajo esta realidad nacional, estas víctimas deben cumplir con un paso previo. Nuestra legislación, direcciona a las víctimas en salud para tratar de llegar a un acuerdo, antes de garantizarle la directa aplicación de justicia, situación que no se adapta a un Estado de Derecho como el nuestro. Consideramos que las víctimas deben tener la oportunidad de elegir si desean una mediación o la intervención directa de los tribunales de justicia.

Por otro lado, la mediación en salud en Chile, adolece de graves falencias que dicen relación fundamentalmente con la discriminación y la falta de equidad, ya que el legislador estableció cargas económicas solo para algunas víctimas, además no brinda lugares de acceso geográfico para todas las personas que sufren daños en salud, ya que las oficinas en

donde se llevan a cabo las mediaciones se encuentran a grandes distancias físicas de las poblaciones rurales. Por otro lado, la mayoría de sus mediadores carecen de la formación técnica y especializada requerida para este tipo particular de casos. Y finalmente, las mediaciones exitosas que se han realizado son muy bajas en comparación a la cantidad de solicitudes que se han presentado, es decir, el nivel de eficacia de los acuerdos no representa un real acceso a la justicia para el gran universo de víctimas en salud.

Tanto el derecho a la salud, como el acceso a la justicia, son derechos humanos que un Estado de Derecho debe asegurar y garantizar a toda su población sin discriminación. Lamentablemente un mecanismo de resolución de conflictos extrajudicial, previo y obligatorio como paso preliminar a la aplicación de justicia, implica una barrera de acceso a la misma. La mediación como un mecanismo extrajudicial para resolver conflictos aplicado en salud, debe otorgar garantías de ser una alternativa eficaz y equitativa en la resolución de dichos conflictos, sin embargo, a lo largo de esta investigación quedó evidenciada una realidad que no se condice con ello, por el contrario, da cuenta de la existencia de un mecanismo extrajudicial que genera discriminaciones económicas y geográficas a muchas víctimas en salud, y peor aún a víctimas que viven en condiciones de pobreza y que muchas veces pertenecen a los sectores más vulnerables y marginados de la sociedad. A su vez, los profesionales responsables de otorgar garantías de imparcialidad y calidad en la adopción de los acuerdos, carecen de la formación internacional en materia de derechos humanos y medicina, temas fundamentales a la hora de trabajar con víctimas de daños en salud. Y finalmente el nivel de acuerdo no supera el 21%, por lo que este mecanismo no responde de manera eficaz ante la gran cantidad de solicitudes de mediación. Queda claro que existe la intención de mediar, pero lamentablemente los acuerdos alcanzados no representan ni la mitad del total de solicitudes de mediación, existen altos números de mediaciones frustradas, en ese sentido dicha realidad da cuenta de una necesidad no satisfecha.

Con este tipo de mediación lo que se provoca es una doble victimización de los usuarios, ya que en primer lugar sufren efectivamente el daño en salud a raíz de una negligencia médica o una mala atención en salud y en segundo lugar la víctima vuelve a sufrir un daño, esta vez a causa de una mediación que no le otorga un acceso a la justicia y además no vela por la igualdad y la dignidad de todas las personas.

Proponemos en primer lugar, que los conflictos en salud puedan resolverse directamente ante los Tribunales de Justicia, puesto que es el órgano encargado de aplicar justicia en un Estado de Derecho, y en el caso en cuestión hablamos de personas que han sido afectadas en su derecho más esencial, el derecho a la salud. De manera que resulta lógico que todas o muchas de ellas busquen una solución judicial a su conflicto, y en ese sentido, el Estado debe cumplir con garantizar el derecho de acceso a la justicia para toda su población, puesto que está al servicio de la persona humana. En segundo lugar, pensamos que si la víctima no desea seguir el camino judicial si tenga el derecho a elegir una salida alternativa, como la mediación. De esta manera las personas que sufren daños en su salud, tienen garantizado su derecho de acceso a la justicia ordinaria y en el evento que lo decidan el Estado les garantice la existencia de un mecanismo extrajudicial llevado a cabo a través de la figura de la mediación, pero una vez que ellas así lo decidan. En tercer lugar consideramos que debe existir un sistema de resolución de conflictos en salud único, que no haga distinción entre las víctimas de daños del sistema de salud público y privado, porque desde ahí comienzan las discriminaciones (en primer lugar económicas) y no hay ninguna justificación para que algunas víctimas paguen por la mediación y otras no. Consideramos que este sistema de mediación debe ser gratuito para todas las personas, ya que el Estado al crear un sistema alternativo extrajudicial debe afrontar el costo económico de aquello. En cuarto lugar creemos que este sistema de mediación debe poseer el carácter de universal e inclusivo, es decir, accesible para todas las posibles víctimas en salud y a sus familias, y considerando seriamente las condiciones particulares (nivel educacional y lugar de residencia) de las víctimas, sobre todo en lo que respecta a los sectores más vulnerables y marginales de la sociedad. En quinto lugar, una vez que se opte por la mediación deben existir diferentes canales por los cuales se pueda llegar a un acuerdo, es decir, debe existir la posibilidad de una mediación telefónica, on-line y presencial (en la medida que el nivel de gravedad de cada caso lo permita) en ese sentido se disminuye la cantidad de tiempo invertido en llegar a un acuerdo y a la vez permite que muchas víctimas que viven en zonas alejadas geográficamente de las oficinas de mediación tengan acceso a este mecanismo extrajudicial en condiciones más rápidas y expeditas, eliminando así las barreras actuales en esta materia.

Y para finalizar, pero no por ello menos importante, es trascendental el acceso a la información por parte de todos los ciudadanos de este país en materia de salud, ya que es

un tema fundamental en la vida de todas las personas. No es aceptable que una institución pública que tiene una obligación frente a la población responda a un requerimiento de un ciudadano “no poseer la información requerida”, en circunstancias que lo solicitado no son datos personales de las víctimas (en ese sentido no se viola el deber de confidencialidad), sino que datos públicos, cifras que deben estar al alcance de todos, más aún si hablamos de Ley de Transparencia y del derecho a la información. Es tiempo de aplicar específicamente en materia de salud, lo que señala el Comité del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “El comité interpreta el derecho a la salud, [...] como un derecho inclusivo que no solo abarca la atención de salud oportuna y apropiada, sino también los principales factores determinantes de la salud, [...] y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, [...]. Otro aspecto importante es la participación de la población en todo el proceso de adopción de decisiones sobre las cuestiones relacionadas con la salud en los planos comunitario, nacional e internacional”.²⁴⁵

²⁴⁵ COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES. CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL. NACIONES UNIDAS. *Observación general 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud* [en línea] 2000, párrafo 12, p. 3. [consulta: 5 julio 2018]. Disponible en: <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf>>.

BIBLIOGRAFÍA

1. DOCTRINA

AADEFARM. ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO FARMACÉUTICO [en línea] [consulta: 19 octubre 2018] Disponible en: <https://aedefarm.org/noticias/val/2843/%3Cspan%3Eetacames%3C-span%3E-tribunal-americano-de-conciliaci%C3%B3n-y-arbitraje-m%C3%A9dico-y-de-salud--.html>

ALLARD SOTO, Raúl; HENNIG LEAL, Monia Clarissa y GALDÁMEZ ZELADA, Liliana. *El derecho a la salud y su (des)protección en el Estado subsidiario* [en línea] Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, 2016, año 14, N° 1 [consulta: 19 diciembre 2017]. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v14n1/art04.pdf>.

BARRÍA GUTIÉRREZ, Pedro. Aporte a la cultura de la paz. *Revista de Derecho* [en línea] Consejo de Defensa del Estado, 2005, n° 14 [consulta: 12 abril 2018]. Disponible en: <https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/34248580-e99f-4e47-8b5a-dd7146291af1/7.pdf?MOD=AJPERES>.

BARRÍA GUTIÉRREZ, Pedro y SAINT GEORGE ARCE, Corina. El modelo mexicano de arbitraje médico: un aporte a la calidad de la medicina y a la comunicación entre médicos y pacientes. *Revista de Derecho* [en línea] 2008, n° 17, Consejo de Defensa del Estado [consulta: 5 junio 2018]. Disponible en: https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/8b049278-325b-4f95-867a-9330ad6d5419/file_4820b0e10f7ac.pdf?MOD=AJPERES.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. *Historia de la Ley 19.966*, Primer trámite Constitucional [en línea] Cámara de Diputados, mensaje 22 de mayo de 2002, mensaje en Sesión 2, legislatura 347 [consulta: 2 octubre 2017]. Disponible en: https://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/vista-expandida/5682/#h2_1_2.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. *Historia de la ley. Ley N°19.966 Establece un régimen de garantías en salud*, primer trámite constitucional [en línea] Cámara de Diputados, Primer

Informe de Comisión de Salud, 13 de noviembre de 2002. Informe de Comisión de Salud en Sesión 31. Legislatura 348, boletín n° 2947-11 (Exposición del doctor Osvaldo Artaza). [consulta: 20 mayo 2018]. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/5682/HLD_5682_4724757d40d27bd27502b49ccbc72230.pdf>.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. *Historia de la Ley N° 19.966*, primer trámite constitucional, cámara de Diputados [en línea] discusión en sala de 12 de diciembre de 2002, diario sesión en sesión 34, legislatura 348 [consulta: 25 mayo 2018]. Disponible en: <<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5682/>>.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la ley. *Ley N° 19.966, Establece un régimen de garantías en salud* [en línea] de 03 de Septiembre de 2004 [consulta: 1 octubre 2017]. Disponible en: <<https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/502/1/HL%2019966.pdf>>

BUSTAMANTE-LEIJA, Luis Eduardo, *et al.* Mecanismos alternativos de solución de controversias en la prestación de servicios de salud. *Revista CONAMED* [en línea] México, 2012, 17(3) [consulta: 25 mayo 2018]. Disponible en: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4062805.pdf>>.

CANDIA, Paola y SUAZO GALDAMES, Iván. *Tasa de Éxito del Sistema de Mediación Prejudicial por Daño en Salud en Chile entre los años 2005 y 2009* [en línea] Universidad de Talca, Temuco, 2011, vol. 5, n° 3 [consulta: 8 junio 2018]. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-381X2011000300015>.

CENTRO DE DERECHOS HUMANOS. FACULTAD DE DERECHO. UNIVERSIDAD DE CHILE. Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Chile. *Anuario de Derechos Humanos 2005* [en línea] [consulta: 27 junio 2018]. Disponible en: <<https://anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/13360/13632>>.

CENTRO DE DERECHOS HUMANOS. FACULTAD DE DERECHO. UNIVERSIDAD DE CHILE. Examen de los informes presentados por los Estados Partes de Conformidad con los artículos

16 y 17 del Pacto. Observaciones Finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Chile. *Anuario de Derechos Humanos 2005* [en línea] [consulta: 15 junio 2018]. Disponible en: [<https://anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/download/13360/13632/>](https://anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/download/13360/13632/).

CHILE. INTENDENCIA DE PRESTADORES. SUPERINTENDENCIA DE SALUD. MINISTERIO DE SALUD. *Calidad y seguridad asistencial en Chile para alumnos de carreras de salud 2018* [en línea] Observatorio de calidad en Salud, guía práctica, 2018 [consulta: 2 febrero 2019]. Disponible en: http://www.supersalud.gob.cl/observatorio/671/articulos-16609_recurso_1.pdf.

CHILE. SUPERINTENDENCIA DE SALUD. MINISTERIO DE SALUD [en línea] [consulta: 5 junio 2018]. Disponible en: <http://www.supersalud.gob.cl/servicios/669/w3-article-5573.html>.

CHILE. INTENDENCIA DE PRESTADORES DE SALUD. SUPERINTENDENCIA DE SALUD [en línea] [consulta: 8 junio 2018]. *Estadísticas de Mediación con Prestadores Privados de Salud Ley N° 19.966. Período: 10 de marzo de 2005 al 30 de junio de 2013*. Elaborado por Mónica Barraza Madariaga, Analista de la Unidad de Control de Gestión. 17 de Octubre de 2014. Disponible en: http://www.supersalud.gob.cl/documentacion/666/articulos-10154_recurso_1.pdf.

CHILE. INTENDENCIA DE PRESTADORES DE SALUD. SUPERINTENDENCIA DE SALUD [en línea] [consulta: 4 junio 2018]. *Estadísticas de Mediación con Prestadores Privados de Salud Ley N° 19.966. Período: 10 de marzo de 2005 al 31 de diciembre de 2013*. Elaborado por Mónica Barraza Madariaga, Analista de la Unidad de Control de Gestión. 21 de Octubre de 2014. Disponible en: http://www.supersalud.gob.cl/documentacion/666/articulos-10155_recurso_1.pdf.

CHILE. INTENDENCIA DE PRESTADORES DE SALUD. SUPERINTENDENCIA DE SALUD [en línea] [consulta: 6 junio 2018]. *Estadísticas de Mediación con Prestadores Privados de Salud Ley N° 19.966. Período: 10 de marzo de 2005 al 30 de junio de 2014*. Elaborado por Mónica Barraza Madariaga, Analista de la Unidad de Control de Gestión. 22 de Octubre de 2014. Disponible en: http://www.supersalud.gob.cl/documentacion/666/articulos-10156_recurso_1.pdf.

CHILE. INTENDENCIA DE PRESTADORES DE SALUD. SUPERINTENDENCIA DE SALUD [en línea] [consulta: 7 junio 2018]. *Estadísticas de Mediación con Prestadores Privados de Salud Ley N° 19.966. Período: 10 de marzo de 2005 al 31 de diciembre de 2014*. Elaborado por Mónica Barraza Madariaga, Analista de la Unidad de Control de Gestión. 12 de enero de 2015. Disponible en: <www.supersalud.gob.cl/documentacion/666/articles-10338_recurso_1.pdf>.

CHILE. INTENDENCIA DE PRESTADORES DE SALUD. SUPERINTENDENCIA DE SALUD [en línea] [consulta: 7 junio 2018]. *Estadísticas de Mediación con Prestadores Privados de Salud Ley N° 19.966. Período: 10 de marzo de 2005 al 30 de junio de 2015*. Elaborado por Mónica Barraza Madariaga, Analista de la Unidad de Control de Gestión. 31 de julio de 2015. Disponible en: <www.supersalud.gob.cl/documentacion/666/articles-12879_recurso_1.pdf>.

CHILE. INTENDENCIA DE PRESTADORES DE SALUD. SUPERINTENDENCIA DE SALUD [en línea] [consulta: 9 junio 2018]. *Estadísticas de Mediación con Prestadores Privados de Salud Ley N° 19.966. Período: 10 de marzo de 2005 al 30 de junio de 2013*. Elaborado por Mónica Barraza Madariaga, Analista de la Unidad de Control de Gestión. 17 de Octubre de 2014. Disponible en: <www.supersalud.gob.cl/documentacion/666/articles-10154_recurso_1.pdf>.

CHILE. INTENDENCIA DE PRESTADORES DE SALUD. SUPERINTENDENCIA DE SALUD [en línea] [consulta: 11 junio 2018]. *Estadísticas de Mediación con Prestadores Privados de Salud Ley N° 19.966. Período: 10 de marzo de 2005 al 31 de diciembre de 2013*. Elaborado por Mónica Barraza Madariaga, Analista de la Unidad de Control de Gestión. 21 de Octubre de 2014. Disponible en: <http://www.supersalud.gob.cl/documentacion/666/articles-10155_recurso_1.pdf>.

CHILE. INTENDENCIA DE PRESTADORES DE SALUD. SUPERINTENDENCIA DE SALUD [en línea] [consulta: 11 junio 2018]. *Estadísticas de Mediación con Prestadores Privados de Salud Ley N° 19.966. Período: 10 de marzo de 2005 al 30 de junio de 2014*. Elaborado por Mónica Barraza Madariaga, Analista de la Unidad de Control de Gestión. 22 de Octubre de 2014. Disponible en: <www.supersalud.gob.cl/documentacion/666/articles-10156_recurso_1.pdf>.

CHILE. INTENDENCIA DE PRESTADORES DE SALUD. SUPERINTENDENCIA DE SALUD [en línea] [consulta: 12 junio 2018]. *Estadísticas de Mediación con Prestadores Privados de Salud Ley N° 19.966. Período: 10 de marzo de 2005 al 31 de diciembre de 2014*. Elaborado por Mónica Barraza Madariaga, Analista de la Unidad de Control de Gestión. 12 de enero de 2015. Disponible en: <www.supersalud.gob.cl/documentacion/666/articles-10338_recurso_1.pdf>.

CHILE. INTENDENCIA DE PRESTADORES DE SALUD. SUPERINTENDENCIA DE SALUD [en línea] [consulta: 14 junio 2018]. *Estadísticas de Mediación con Prestadores Privados de Salud Ley N° 19.966. Período: 10 de marzo de 2005 al 30 de junio de 2015*. Elaborado por Mónica Barraza Madariaga, Analista de la Unidad de Control de Gestión. 31 de julio de 2015. Disponible en: <http://www.supersalud.gob.cl/documentacion/666/articles-12879_recurso_1.pdf>.

COMISIÓN DE ARBITRAJE MÉDICO DEL ESTADO DE VERACRUZ. *Código de conducta de la Comisión de arbitraje médico del Estado de Veracruz* [en línea] [consulta: 25 octubre 2018]. Disponible en: <http://sistemas.cgever.gob.mx/2015/cods_cond/CODAMEVER.pdf>.

COMISIÓN NACIONAL DE ARBITRAJE MÉDICO. *Código de ética de los servidores públicos del gobierno federal*. Secretaría de la función pública [en línea] 2017 [consulta: 14 marzo 2018]. Disponible en: <<https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/188651/CodigoEticaServidoresPublicosdeAPF.pdf>>.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos* [en línea] 2007 [consulta: 17 agosto 2008]. Disponible en: <<http://www.cidh.org/pdf%20files/ACCESO%20A%20LA%20JUSTICIA%20DESC.pdf>>.

COMISIÓN NACIONAL DE ARBITRAJE MÉDICO. *Código de ética de los servidores públicos del gobierno federal* [en línea] 2017 [consulta: 14 marzo 2018]. Disponible en:

<<https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/188651/CodigoEticaServidoresPublicosdeAPF.pdf>>.

COMISIÓN NACIONAL DE ARBITRAJE MÉDICO [en línea] [consulta: 8 septiembre 2018]. Disponible en: <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/240640/Preguntas_frecuentes_CONAMED.pdf>.

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES. CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL. NACIONES UNIDAS. *Observación general 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud* [en línea] artículo 12, 2000, párrafo 8, p. 3 [consulta: 8 julio 2017]. Disponible en: <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf>>.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. NACIONES UNIDAS. *Observación General N° 32. Artículo 14. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia* [en línea] párrafo 9 [consulta: 26 agosto 2018]. Disponible en: <<http://www.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/2017/02/observacion-32.pdf>>.

COMISIÓN NACIONAL DE ARBITRAJE MÉDICO [en línea] [consulta: 14 septiembre 2018]. Disponible en: <<http://www.codamedver.gob.mx/quienes-somos/>>.

CONAMED. *Primera Reunión Regional sobre Solución de Controversias entre Usuarios y Prestadores de Servicios de Salud. Presentación de experiencias nacionales en materia de atención de controversias entre usuarios y prestadores de servicios de salud. "El caso de México"* [en línea] [consulta: 8 agosto 2018]. Disponible en: <Conamed.gob.mx/eventos/reunion_regional/pdf/presentaciones/mexico.pdf>.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen n° 17.159, de 3 abril de 2009 [en línea] [consulta: 15 enero 2019]. Disponible en: <<https://www.contraloria.cl/appinf/LegisJuri%5Cboletinjurisprudencia.nsf/DetalleDictamenBoletin?OpenForm&UNID=EDEB32C0C802A22B84257597004B7203>>.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen n° 023078N14, de 1 de abril de 2014 [en línea] 2014 [consulta: 14 enero 2019]. Disponible en: <<https://www.contraloria.cl/pdfbuscador/dictamenes/023078N14/html>>.

CONSEJO DE DEFENSA DEL ESTADO. *Reglamento de mediación por reclamos en contra de prestadores institucionales públicos de salud o sus funcionarios y prestadores privados de salud* [en línea] 2005, artículo 10 [consulta: 6 agosto 2018]. Disponible en: <https://www.cde.cl/transparencia/docs/reglamento_mediacion.pdf>.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión consultiva OC-11/90. Excepciones al agotamiento de los recursos internos (art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos)* [en línea] 1990 [consulta: 14 enero 2019]. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_11_esp.pdf>.

HERRERO JAEN, Sara. *Formalización del concepto de salud a través de la lógica: impacto del lenguaje formal en las ciencias de la salud*. Ene. Santa Cruz de la Palma [en línea] 2016, vol. 10, n° 2 [consulta: 3 junio 2018]. Disponible en: <http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1988-348X2016000200006>.

HIDALGO SALAS, Darwin. *et al.* Mecanismos alternativos para la solución de controversias en el contexto de los Derechos en Salud: Experiencia Peruana desde el centro de conciliación y arbitraje de la Superintendencia Nacional de Salud. *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública* [en línea] Perú, 2016, p. 570. [consulta: 22 octubre 2018]. Disponible en: <<http://www.scielo.org.pe/pdf/rins/v33n3/a25v33n3.pdf>>.

INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. *Situación de los Derechos Humanos en Chile*. Informe anual 2011 [en línea] 2011 [consulta: 5 junio 2018]. Disponible en: <<https://www.indh.cl/wp-content/uploads/2011/12/27555-Informe-Anual-2011-BAJA1.pdf>>.

INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. *Situación de los Derechos Humanos en Chile. Informe anual 2016* [en línea] 2016 [consulta: 5 junio 2018]. Disponible en: <<https://www.indh.cl/bb/wp-content/uploads/2017/01/Informe-Anual-INDH-2016.pdf>>.

INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. Informe final de resultados III Encuesta Nacional de Derechos Humanos 2015 [en línea] 2015 [consulta: 20 agosto 2018]. Disponible en: <<https://www.indh.cl/bb/wp-content/uploads/2017/01/Informe.pdf>>.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. UNAM. Constitución Mexicana [en línea] [consulta: 21 octubre 2018]. Disponible en: <<https://www.juridicas.unam.mx/legislacion/ordenamiento/constitucion-politica-de-los-estados-unidos-mexicanos>>.

JORDÁN D., Tomás. 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* [en línea] [consulta: 8 junio 2018]. Disponible en: <<https://anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/13256/13531>>.

LAGOS OCHOA, María Soledad. 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* [en línea] Chile, n° 18, 2013 [consulta: 10 marzo 2018]. Disponible en: <http://web.derecho.uchile.cl/cej/rej18/LAGOS_9.pdf>.

LAGOS OCHOA, María Soledad. *Experiencia de la mediación por daños en salud y conveniencia de su extensión en el ámbito público*. XXI Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública. Santiago, Chile [en línea] 8-11 noviembre, 2016, p. 17 [consulta: 15 junio 2018]. Disponible en: <[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/FF778B0D1774F8B80525811400610353/\\$FILE/lagosoch.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/FF778B0D1774F8B80525811400610353/$FILE/lagosoch.pdf)>.

NACIONES UNIDAS. *Directrices de las Naciones Unidas para una mediación eficaz* [en línea] 2012 [consulta: 3 diciembre 2018]. Disponible en: <https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/GuidanceEffectiveMediation_U_NDPA2012%28spanish%29_0.pdf>.

OCDE. ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO. *Panorama de la Salud 2017. Indicadores de la OCDE*, OECD [en línea] Edición Canifarma, 2018, Paris, tabla n° 2.1 [consulta: 5 junio 2018]. Disponible en: <<https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264306035-es.pdf?expires=1557363443&id=id&accname=guest&checksum=0C24614FB4E8AC2105B698D920B4F6AA>>.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD. *Salud en Chile 2010. Panorama de la situación de salud y del sistema de salud en Chile* [en línea] 2011, p. 6 [consulta: 9 octubre 2018]. Disponible en: <<http://new.paho.org/chi/images/PDFs/salud%20chile%202010.pdf>>.

PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. *Manual de Políticas Públicas para el Acceso a la Justicia. América Latina y el Caribe* [en línea] Ediciones del Instituto, Argentina, 2005 [consulta: 6 julio 2018]. Disponible en: <<http://inecip.org/wp-content/uploads/Inecip-Manual-Politiclas-Publicas.pdf>>.

RÍOS RUÍZ, Alma de los Ángeles y FUENTE DEL CAMPO, Antonio. *El derecho humano a la salud, frente a la responsabilidad médico-legal: una visión comparada*. Comisión Nacional de los Derechos Humanos [en línea] México, 2017 [consulta: 3 agosto 2018] Disponible en: <<http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/DH-Salud-Responsabilidad-Medico-Legal.pdf>>.

RÍOS RUIZ, Alma de los Ángeles. El arbitraje en la praxis médica, análisis y perspectivas de nuevos mecanismos para la solución de controversias. *Revista Electrónica de la Facultad de Derecho* [en línea] México, mayo-agosto 2014 n° 13 p. 25. [consulta: 20 enero 2018]. Disponible en: <<http://www.revistas.unam.mx/index.php/amicus/article/viewFile/50044/45011>>.

SARMIENTO MACHADO, Julio. Algunas visiones sobre la disciplina, práctica y concepto de la salud pública. *Revista Chilena de Salud Pública* [en línea] Chile, 2013, vol. 17 (2) [consulta: 3 septiembre 2018]. Disponible en: <<https://revistasaludpublica.uchile.cl/index.php/RCSP/article/view/27116/28748>>.

SUSALUD. SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD. *Revista virtual CECONAR* [en línea] Lima, Perú, noviembre 2007, año 1, n° 1 [consulta: 18 octubre 2018] Disponible en: <http://portal.susalud.gob.pe/wp-content/uploads/archivo/ceconar/01-2017_REVISTA-VIRTUAL-CECONAR.pdf>.

VARGAS PAVEZ, Macarena. Mediación obligatoria. Algunas razones para justificar su incorporación. *Revista de Derecho*. Valdivia [en línea] 2008, v 21, n° 2 [consulta: 14 enero 2019]. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502008000200008>.

WONG DE LIU, Claudia. *Determinantes Sociales de Salud* [en línea] 2012. Universidad de San Carlos, Facultad de Ciencias Médicas, fase I, área de Salud Pública I, figura n° 1 [consulta: 3 junio 2018]. Disponible en: <<https://saludpublicayepi.files.wordpress.com/2012/06/determinantes-sociales-2012.pdf>>

2. LEGISLACIÓN

Constitución Política de la República de Chile

Constitución Política de Perú

Constitución Política de Argentina

Constitución Política de México

Convención Americana de Derechos Humanos

Ley N° 19.966 Sobre Régimen de Garantías en Salud

Reglamento de la Ley N° 19.966

Decreto Supremo N° 47 de Salud y Hacienda

Resolución N° 142 Exenta conjunta de Salud y Hacienda

Ley Argentina N° 24.573

Ley Argentina N° 26.589

Ley Básica de Salud de la Ciudad de Buenos Aires N° 153

3. SITIOS WEB

www.rae.es

www.oecd.org/mexico/

www.un.org/es/

<https://www.who.int/es>

<http://www.supersalud.gob.cl/portal/w3-channel.html>

<http://www.cde.cl/transparencia/>

<https://www.bcn.cl/>

<https://www.gob.mx/conamed>

<http://www.codamedver.gob.mx/>

<http://portal.susalud.gob.pe/>

<http://portal.susalud.gob.pe/blog/que-es-el-ceconar/>

<https://aademes.org/>

<https://prezi.com/nauexn3svsmo/arbitraje-medico-internacional/>

<https://corteidh.or.cr/>

<http://www.fundacionlibra.org.ar/>

4. JURISPRUDENCIA

Corte de Apelaciones de Santiago. 9 marzo 2012. Rol N° 21. 331 – 2011.

Disponible en: <<http://iura.cl/jp/apelaciones/santiago/2011/21331.html>>.

Tribunal Constitucional. 26 junio 2008. Rol N° 976 – 2007 – INA.

Disponible en: <<https://www.tribunalconstitucional.cl/expediente>>.

Tribunal Constitucional. 10 julio 2012. Rol N° 2042 – 2011 - INA.

Disponible en: <<https://www.tribunalconstitucional.cl/expediente>>.

Claude Reyes y Otros vs Chile. Corte interamericana de Derechos Humanos. 19 septiembre 2006.

Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf>.

Poblete Vilches y Otros vs. Chile. Corte interamericana de Derechos Humanos. 08 marzo 2018. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf>

Corte Suprema. 3 septiembre 2012. VL: CL/5195 – 2011.

Disponible en: <https://2019.vlex.com/#vid/436289246>

ANEXO

En el presente anexo se encuentran los requerimientos realizados a través de Ley de Transparencia al Consejo de Defensa del Estado y la Superintendencia de Salud con sus respectivas respuestas, en los mismos términos en que fueron proporcionadas.

A ambos organismos les fue realizada la misma pregunta:

“Solicito a usted, todo lo que respecta a mediación desde los años 2005 hasta el presente en todas las regiones del país. Específicamente:

1. Número y porcentaje de mediaciones atendidas por cada mes y año en cada región.
2. Número y porcentaje de mediaciones exitosas y frustradas por cada mes y año en cada región.
3. Tiempo promedio de duración de cada mediación, porcentaje por mes y año.
4. Ubicación geográfica de cada centro de mediación en cada región del país.
5. Nómina de mediadores por región y su formación profesional.
6. Número de mediadores sancionados por cada región y año.
7. Número de mediadores que han presentado su renuncia por región y año.
8. Existencia de supervisores por región y número de supervisiones realizadas en cada año.
9. Tipo de daño reclamado por cada mediación y su correspondiente solución o acuerdo si es que existió, por cada mes y año”.

A) Consejo de Defensa del Estado

Con fecha 14 de julio de 2017, fue realizada una solicitud de acceso a información pública a este organismo, bajo el N° AX001T0000325, la cual fue respondida el día 10 de agosto de 2017, a través de oficio N° 03357 informando en el siguiente sentido:

“Como cuestión previa, es necesario mencionar que el procedimiento de mediación por daños en salud se encuentra regulado por la Ley N° 19.966, publicada en el Diario Oficial de 03 de septiembre de 2004 y el Reglamento de Mediación, contenido en el Decreto Supremo N° 47, de Salud y Hacienda, publicado en el Diario Oficial de 23 de junio de 2005.

La Ley establece modalidades distintas de mediación, según si se trata de reclamos contra establecimientos asistenciales públicos o privados.

Tratándose de reclamos en contra de establecimientos de salud públicos o sus funcionarios, que integran las Redes Asistenciales, la ley estableció un sistema gratuito que se realiza ante el Consejo de Defensa del Estado, el que, de conformidad a la misma ley,

puede designar como mediador a uno de sus funcionarios, a otro en comisión de servicio o a un profesional que reúna los requisitos legales para ser mediador y que se encuentren registrados ante la Superintendencia de Salud.

La duración de la mediación ha sido establecida por la ley en 60 días corridos o hasta 120 días corridos, en caso de prórroga de ese plazo por ambas partes. Ello explica que una de las causales de término de la mediación, sea la expiración del plazo, caso en que la mediación termina sin acuerdo entre las partes.

El control y supervisión de la mediación lo realizan los profesionales de la Unidad de Mediación de este Consejo. Todas las mediaciones son supervisadas en cuanto al cumplimiento del plazo legal de la mediación, contenido de los acuerdos y certificados de término habilitantes para demandar en caso de no arribarse a acuerdo, si fuere el caso.

Respecto al detalle de su requerimiento, se le comunica que la información disponible, salvo en cuanto al primer punto de su solicitud, abarca el período 2012 hasta el primer semestre de 2017, resultando imposible para este Servicio entregar la información con el detalle requerido respecto al período anterior.

Adicionalmente, se le informa a usted que desde el año 2012 en adelante la información que obra en poder de este Servicio se presenta año por año y no mes por mes como fue solicitada. La obtención de las estadísticas en la forma requerida implicaría la elaboración de la misma, debiendo los funcionarios de este Servicio realizar un extenso trabajo de búsqueda y sistematización, labor que este organismo no está obligado a hacer, ni está comprendido dentro de la información que debe entregarse por Ley de Transparencia, que es solo información ya existente en algún soporte (papel, informático u otro) y que obre en poder de los órganos de la Administración de conformidad al artículo 5° de la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública.

Recopilar esa información en la forma solicitada por usted, importaría destinar a un funcionario con dedicación exclusiva por más de 7 jornadas laborales, revisando asunto por asunto, en cada Procuraduría Fiscal, para lograr la sistematización de la información en términos inequívocos, lo que este Servicio no está en condiciones de realizar, sin abandonar las funciones que la ley le ha entregado, situación que se encuentra contemplada en el

artículo 21 N° 1 letra c) de la Ley N° 20.285, como una de las causales de denegación total o parcial de la información solicitada.

Teniendo en consideración lo señalado, se le comunica que respecto a los puntos 1, 2, 3, 4, 5 y 9 de su solicitud, encontrará la información adjunta al presente oficio.

Respecto al punto 6, se le comunica que no existen mediadores sancionados ni objeto de investigación de algún tipo.

En cuanto al punto 7, el número de mediadores que han presentado su renuncia por región y año asciende a un total de 4 personas, 2 de la Región Metropolitana, 1 en la IV Región y 1 en la VIII Región.

En relación al punto 8, se le informa que todas las mediaciones son supervisadas por la Unidad de Mediación de este Servicio que, realiza un control y supervisión a nivel nacional en cuanto a su tramitación, al cumplimiento del plazo legal de duración, contenido de los acuerdos y certificados de término habilitantes para demandar en caso de no arribarse a acuerdo, si fuere el caso.

Sin perjuicio de todo lo anterior y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley N° 20.285, este Consejo comunica a usted que podrá acceder a la información estadística elaborada por este Servicio en lo relativo a mediación por daños en salud ingresando a la página web: www.cde.cl en el banner “Servicios de mediación por daños en salud”, en el menú “Documentos para descargar”, en los enlaces “Estadísticas” y “Estudio Desjudicialización”, en donde encontrará información elaborada desde el año 2005 hasta el primer semestre de 2017.

Saluda atentamente a Ud.,

María Eugenia Manaud Tapia

Presidente del Consejo de Defensa del

Estado

A. Requerimiento a la Superintendencia de Salud

Con fecha 24 de julio de 2017, fue realizado a este organismo el requerimiento de información pública N° AO006T0001041, el cual fue respondido con fecha 04 de septiembre del mismo año por medio de oficio N° 3123, en el siguiente sentido:

“En virtud de lo dispuesto por la Ley N° 20.285, de Transparencia y Acceso a la Información de los organismos del Estado, cumpla con informar a usted lo siguiente:

1. Se debe informar en primera instancia que el procedimiento de mediación con prestadores de salud privados, establece en su artículo 43 de la Ley N° 19.966 que, “la mediación es un procedimiento no adversarial y tiene por objetivo propender a que, mediante la comunicación directa entre las partes y con intervención de un mediadores, ellas lleguen a una solución extrajudicial de la controversia”. Así mismo, en dicho cuerpo legal en su artículo 51 establece que “para permitir el éxito del procedimiento todas las declaraciones de las partes y las actuaciones de la mediación tendrán el carácter de secretas. En conformidad a lo establecido en el inciso anterior, tanto el mediador como las partes involucradas deberán guardar reserva de todo lo que hayan conocido durante o con ocasión del proceso de mediación. Este deber de confidencialidad alcanza a los terceros que tomen conocimiento del caso a través de informes o intervenciones que hayan contribuido al desarrollo o al éxito del procedimiento”.
2. En base a lo anterior, es pertinente indicar que los registros que posee la Intendencia de Prestadores de Salud sobre mediación tienen un enfoque administrativo, para facilitar la realización de los procedimientos de mediación y solo cuenta con información estadística de carácter general. Por otra parte, la mera solicitud o la aceptación del prestador de participar en un proceso de mediación no son indicativos por sí solos de responsabilidad en los hechos denunciados.
3. En relación a su solicitud, la Intendencia de Prestadores de Salud no cuenta con la información sistematizada de acuerdo a sus requerimientos específicos. Sin perjuicio de los anterior, se adjunta información estadística del área de Mediación que posee esta Intendencia entre el 10 de marzo de 2005 al 31 de agosto de 2017.

Finalmente, y en caso de no encontrarse conforme con la respuesta precedente, usted podrá interponer amparo a su derecho de acceso a la información ante el

Consejo para la Transparencia, en el plazo de 15 días hábiles contados desde la notificación del presente oficio.

Saluda atentamente a usted,

Enrique Araya Ramírez
Intendente de Prestadores de salud
Superintendencia de Salud.