

UDPFACULTAD
DE DERECHO



LUCES Y SOMBRAS DE LA MEDIACIÓN EN SALUD PÚBLICA: UNA MIRADA DESDE EL DEBIDO PROCESO

*Autores: Valentín Acuña, Pablo Arenas, Emiliano Bustamante,
Claudia Charles, María Elgueta, Andrea Fuentealba, Josefa
Guerrero, Gabriela González, Rodolfo Menanteaux, Bastían
Olivares, Sebastián Villegas.*

Directora del Semillero: Macarena Vargas Pavez

RESUMEN

Este trabajo aborda la regulación del procedimiento de mediación en salud pública desde la óptica del debido proceso, con el objetivo de averiguar cómo funciona dicho sistema, identificando qué características arroja como método alternativo de solución de conflictos y cual es su verdadera efectividad como tal. El trabajo adopta una postura crítica frente al diseño legislativo del sistema de mediación en salud pública.

Palabras clave: Debido Proceso- Mediación- Sistema de Salud

ABSTRACT

This paper approaches the issues regarding the public health mediation procedure, from the optic of due process, expecting to find out how said system works identifying what features it shows as an alternative conflict solution method. The paper takes a critical position towards the legislative design of the public health mediation system.

Key words: Due Process- Mediation- Health System

INDICE

INTRODUCCIÓN	3
CAPÍTULO I: El Derecho al Debido Proceso	4
1. Conceptos generales.....	4
2. Origen.....	4
3. Características y dimensiones del debido proceso.....	5
3.1. Características.....	5
3.2. Dimensiones del debido proceso.....	6
4. Legislación internacional y nacional.....	8
4.1. Derecho internacional de los derechos humanos.....	8
4.2. Legislación nacional.....	9
CAPÍTULO II: La Mediación para casos de daños en salud en Chile	10
1. Antecedentes generales.....	10
2. Objetivos de la incorporación de la mediación para daños de salud.....	12
3. Regulación de la mediación para daños en salud en la Ley GES.....	13
4. Diferencias de la mediación ante prestadores públicos y privados de salud.....	15
4.1. Costos de la mediación.....	15
4.2. Control de la mediación.....	16
CAPÍTULO III: La Mediación ante el Consejo de Defensa del Estado	16
1. Intervinientes en un proceso de mediación en el sistema público de salud.....	16
1.1. Paciente que ha sufrido daños en salud.....	17
1.2. Instituciones de salud pública pertenecientes a la red asistencial.....	17
1.3. Consejo de Defensa del Estado.....	18
1.4. Resultados de la mediación para prestadores públicos de servicios de salud.....	18
CAPÍTULO IV: Garantías del debido proceso en la mediación en salud pública	20
1. Debido Proceso.....	20
1.1. Acceso a la Justicia.....	20
1.2. Igualdad de Armas.....	21
1.3. Imparcialidad del juzgador.....	23
2. Otros problemas.....	23
2.1. Falta de incentivos para el pago de indemnizaciones.....	24
CONCLUSIONES	25
BIBLIOGRAFÍA CITADA	25
NORMAS CITADAS	27
JURISPRUDENCIA CITADA	28

INTRODUCCIÓN

Uno de los fines del Estado es tutelar los derechos e intereses legítimos de sus ciudadanos. Con este propósito, el ordenamiento jurídico contempla el proceso judicial que tiene como finalidad, obtener una resolución de las diversas controversias de relevancia jurídica que puedan presentar los habitantes de una nación, en una forma y tiempo determinados.

Sin embargo, la eficiencia de este mecanismo en la práctica se ve mermada por diversos factores, tales como la alta judicialización de las controversias, la desactualización de las normas procesales, el alto nivel de recursabilidad de las resoluciones, entre otros. Ante este escenario, en los últimos años han surgido los denominados métodos alternativos de resolución de conflictos, como una forma de paliar estos problemas.

Dentro del marco de esta investigación, analizamos el funcionamiento de la mediación en daños en salud regulada por la Ley N° 19.966, que establece el Régimen General de Garantías en Salud, como un trámite obligatorio y previo al juicio.

De acuerdo a la tramitación parlamentaria, la incorporación de la mediación tenía como objetivo promover, por una parte, la desjudicialización de los casos de negligencias médicas y, por otra, la pronta reparación de la víctimas sin que ellas deban necesariamente recurrir al sistema judicial, es decir, buscaba mejorar el acceso a la justicia de los pacientes. La ley 19.966 establece un sistema dual de acceso a la mediación que dependerá del prestador de salud; si es un ente público la mediación se llevará a cabo ante el Consejo de Defensa del Estado, si es privado, ante la Superintendencia de Salud.

A nuestro juicio, es posible aplicar los estándares de debido proceso a la mediación en el sistema de salud pública, debido a que es provista por un órgano estatal y a que tiene carácter obligatorio. Nos preguntamos si es que este proceso, cumple con dichos estándares y, si esto afecta los resultados de la mediación en términos de acuerdos.

El objetivo de este trabajo es analizar si los procesos de mediación por daños en salud seguidos ante el CDE cumplen, en particular, con las garantías de acceso a la justicia, imparcialidad e igualdad de armas.

La metodología investigativa que utilizamos para poder responder la pregunta de investigación consistió en un acucioso estudio de la doctrina, jurisprudencia y legislación tanto nacional como comparada. A ello se une una serie de entrevistas realizadas a distintos actores del sistema, además de la revisión de los resultados estadísticos del CDE.

Esta investigación consta de cinco capítulos. En primer lugar, analizaremos el concepto de debido proceso, en segundo lugar, realizaremos una explicación de la normativa nacional sobre la mediación en salud, en tercer lugar, estudiaremos la mediación que se lleva a cabo en el CDE, en cuarto lugar, llevaremos a cabo un análisis de derecho comparado sobre la materia en comento, y para finalizar, explicaremos cómo se vulneran los distintos estándares del debido proceso.

CAPÍTULO I. EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO.

1. Conceptos generales.

Definir o conceptualizar el debido proceso ha sido un trabajo arduo en la doctrina y jurisprudencia, tanto en el ámbito nacional como en el derecho comparado. Sin embargo, en lo que todos están de acuerdo es que el debido proceso es, siguiendo a Robert Alexy, un mandato de optimización, es decir, “*normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible*”¹.

Por su parte, Eduardo Couture, tomando como antecedente las enmiendas de la Constitución estadounidense, definió el debido proceso como “*no ser privado de la vida, libertad o propiedad sin la garantía que supone la tramitación de un proceso desenvuelto en la forma que establece la Ley*”².

En un Estado de Derecho se establecen garantías a favor del ciudadano, pero ello resulta insuficiente para asegurar que éstas se cumplan en su totalidad. En un intento de satisfacer la igualdad y frenar el poder del Estado, surge el debido proceso como un remedio para hacer efectivos los derechos fundamentales ante el ordenamiento jurídico y que estos no se vean vulnerados por ninguna persona u órgano estatal a través de conductas arbitrarias³.

2. Origen del derecho a un debido proceso.

Históricamente puede afirmarse que el origen del “*debido proceso*” se remonta al año 1215 cuando el Rey Juan I de Inglaterra acepta la primera Carta Magna impuesta por los nobles de la época con el fin de restringir el poder del Estado monárquico absolutista inglés. En su cláusula 39 se reconoció la necesidad del debido proceso legal “*Due Process of Law*”, garantizando a los que pertenecen a la nobleza la existencia de igualdad y un juicio previo legal, para así evitar que el Estado restrinja la libertad de manera arbitraria, la protección de la propiedad y la posesión de los libres⁴.

La idea de consagrar el derecho a un debido proceso en una “Carta Constitucional” no se queda sólo en el continente europeo, también llega a América por primera vez en la Constitución de Estados Unidos en el año 1787⁵, gracias al desarrollo iusnaturalista y a las garantías que establecía el derecho común británico⁶.

¹ ALEXY (1986) p. 67.

² COUTURE (1958) p. 36.

³ VODANOVIC (1986) p. 44.

⁴ VALLE MOLINA (2002) p.84.

⁵ En dicho cuerpo legal se consagran dos importantes enmiendas: en primer lugar, la V que establece que “*Nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o con otra infamante si un gran jurado no lo denuncia o acusa (...) ni se le forzará a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni se ocupará*”

Así, la noción de debido proceso fue evolucionando y consagrándose en diversos instrumentos legales alrededor del mundo. De estos, el más importante, por ser el primer cuerpo legal internacional en consagrar el debido proceso y por su importancia práctica, es la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789 en sus artículos 7 y 8, principalmente.

Podemos concluir que la noción de debido proceso así como su consagración en textos constitucionales ha ido evolucionando de manera positiva al encontrarse los poderes del Estado obligados a respetar este derecho, siendo un pilar fundamental de la democracia.

3. Características y dimensiones del Debido Proceso.

3.1. Características.

Los profesores Duce, Riego y Marín proponen una nueva manera de abordar el concepto del debido proceso, ya no desde los principios formativos del procedimiento sino que a través del análisis de cuatro características, que a juicio de ellos, son propias de la garantía del debido proceso. Estas son las siguientes:

a. El debido proceso es complejo. La primera característica del concepto del debido proceso es la complejidad que este conlleva desde el punto de vista de los elementos que lo componen. Al intentar conceptualizar esta garantía constitucional, la mayoría de las veces, se hace de manera amplia, no pudiendo acotar debidamente sus alcances. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha definido del siguiente modo: *“el conjunto de condiciones que deben cumplirse para la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos y obligaciones están bajo consideración judicial”*⁷.

b. El debido proceso está integrado por estándares y no por reglas. La conceptualización de esta garantía se hace mediante la fijación de condiciones mínimas; se formulan estándares de conducta, mas no reglas estrictas. En el fallo del caso “Michigan v/s Tucker”, la Corte Suprema estadounidense afirma que cada persona tiene derecho a un *fair trial*, y no a un *perfect trial*. Es decir, según lo señalado por la Corte, el debido proceso fija a las distintas legislaciones condiciones mínimas con las cuales, si estas son observadas por aquellos, se cumplirá con las exigencias del debido proceso. Este criterio de razonabilidad demanda un arduo trabajo argumentativo para que el intérprete pueda aplicar las garantías del debido proceso a un caso concreto. Por todo lo anterior *“el debido proceso jamás puede ser considerado como un conjunto de reglas*

su propiedad privada para uso público sin una justa indemnización.” En segundo lugar, la XIV que establece que *“(…) Tampoco podrá ningún Estado privar a una persona de su vida, libertad o propiedad, sin un debido proceso legal; ni negar a persona alguna dentro de su jurisdicción la protección legal igualitaria”*. Estas reformas fueron introducidas en 1791 y 1866, respectivamente.

⁶ LEZCANO (2002) p.2 .

⁷ Duce, Marín y Riego (2008), p. 17.

rígidas vinculadas a las formas de los procedimientos, sino un conjunto de requerimientos sustantivos para lograr la razonabilidad buscada por el sistema”⁸.

c. El debido proceso admite distintos grados de aplicación. Esta característica dice relación con un criterio de proporcionalidad, según el cual, cada dimensión o elemento del debido proceso será aplicado con distintos grados de intensidad de acuerdo a las circunstancias concretas. La situación más ilustrativa, y probablemente una de las más importantes, tiene que ver con la severidad de las consecuencias atribuibles al imputado en caso de la condena de éste. Claramente en sede penal se será más riguroso con la observación de todas las dimensiones del debido proceso que en sede civil, donde el condenado no arriesgará como consecuencia de su condena la privación de su libertad. Si bien se da a entender que esta característica se encuentra entre distintos subsistemas, también puede encontrarse al interior de ellos estableciendo distintos procedimientos para distintos fines (procedimiento ordinario, sumario, ejecutivo, etc.).

d. El debido proceso tiene un contenido que evoluciona. La última característica se debe a que el debido proceso no puede quedarse estancado en el tiempo y debe responder al progreso del que es parte la sociedad. Cada una de ellas va mutando su significado y contenido a lo largo del tiempo. Esto se debe a que el concepto del debido proceso se va modificando según necesidades y exigencias sociales⁹.

3.2. Dimensiones del derecho a un debido proceso.

Si bien el debido proceso tiene múltiples dimensiones y garantías comprendidas dentro de él, analizaremos solo algunas de ellas, que son a nuestro juicio las más importantes para los efectos de esta investigación, que son a saber:

a. Acceso a la justicia.

Esta dimensión del debido proceso implica el derecho que tiene toda persona a recurrir a los órganos jurisdiccionales, cada vez que considere que debido a la conducta de otra persona se ha afectado un interés propio de relevancia jurídica. Con esta garantía se busca evitar el empleo de la autotutela, como medio para resolver los conflictos propios de la vida en sociedad, concediendo al Estado el monopolio de la administración de justicia quien lo delega en el poder judicial y los distintos órganos que lo integran.

Consecuencia de esta garantía es el deber del Estado de disponer de una alternativa judicial que asegure el libre acceso como una alternativa real y posible, a través del funcionamiento normal de éstos, a todas las fases del proceso y una duración razonable que haga que la justicia sea realmente oportuna. Los instrumentos puestos a

⁸ Corte IDH, Garantías judiciales en Estados de emergencia. Opinión consultiva OC-9/87, 6 de octubre de 1987. Serie A N°9, párrafo 28.

⁹ DUCE (2008) p. 15-26

disposición por nuestra legislación para hacer efectivo este derecho son el privilegio de pobreza y las Corporaciones de Asistencia Judicial¹⁰.

La Corte IDH señala respecto a esta dimensión: *“que el artículo 8.1 de la Convención consagra el derecho de acceso a la justicia. De ella se desprende que los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos. Cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al precitado artículo 8.1 de la Convención”*¹¹.

Esta garantía implica que toda persona, no solo pueda resolver sus conflictos a través de procedimientos judiciales, sino a través de mecanismos extrajudiciales. Es por ello, que según nuestra opinión, es posible evaluar la mediación a través del prisma del debido proceso, pues todo en conjunto, es decir, mecanismos judiciales y extrajudiciales, conforman la “justicia”, a la que todos tienen derecho a acceder.

b. Igualdad de armas.

Con el fin de guardar el equilibrio en el proceso, se establecen en éste, ciertas medidas para que las defensas y ataques realizados por las partes sean similares en cuanto a las posibilidades y cargas¹².

Esta dimensión se vincula con el derecho a la defensa, pues si no se asegura la posibilidad de obtener el asesoramiento de un abogado, difícilmente se estará en la misma posición que la contraparte, la cual goza de defensa profesional.

En esta materia la Corte IDH ha asegurado que *“para que exista ‘debido proceso legal’ es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia (...) Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación”*¹³.

c. Imparcialidad del juzgador.

¹⁰ MACFARLANE (2012) p. 2.

¹¹ *Cantos vs. Argentina* (2002) Corte Interamericana de Derechos Humanos.

¹² ANDOLINA & VIGNERA (1997) p. 113.

¹³ Corte I.D.H. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, párrafo. 121

Esta dimensión del debido proceso se encuentra relacionada con la idea de que la resolución del conflicto debe estar encomendada a un tercero desinteresado. Se exige por un lado no ser parte de la controversia y por otro, dejar al margen condiciones subjetivas.¹⁴ Para evitar la parcialidad del juez el legislador exige fundamentar cada una de las decisiones que se tomen en la sentencia para que esta sea válida.

Para referirnos sobre la imparcialidad, es necesario hacer el alcance de que esta puede ser comprendida de forma subjetiva u objetiva¹⁵. La imparcialidad subjetiva alude a la posición mental del juzgador respecto de los términos de las partes. Corresponden a ideas preconcebidas que forman parte del fuero interno de los jueces, lo que implica que estas deben ser probadas y fundadas por las partes. Por otro lado, tenemos la imparcialidad objetiva, que dice relación con aquellas condiciones mínimas que deben reunirse orgánica y funcionalmente para que un juez pueda ser considerado como imparcial, en este sentido, nos apartamos de su fuero interno y nos enfocamos en el diseño institucional que sea capaz de otorgar confianza a los usuarios de que están dentro de un proceso justo y racional¹⁶

4. Legislación internacional y nacional.

4.1. Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

El derecho a un debido proceso ha sido una preocupación constante en el ámbito del derecho internacional, así lo demuestra su incorporación en los tratados más importantes sobre derechos humanos. En la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 se señala un amplio catálogo de artículos que consagran dimensiones del debido proceso¹⁷.

Por su parte, la Convención Europea de Derechos Humanos que señala que *“Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella”*¹⁸.

Además, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, ratificada por nuestro país, se encarga en diversas secciones de su articulado de resguardar las

¹⁴ NATAREN (2002) p. 80.

¹⁵ Este criterio ha sido desarrollado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en atención al Artículo 6.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

¹⁶ Bordalí, Andrés (2009) p. 263-302.

¹⁷ En su artículo 7 señala la igualdad ante la ley; artículo 8 que garantiza el derecho a recurrir ante a tribunales superiores; artículo 9 que garantiza el habeas corpus; y, principalmente, el artículo 10 que asegura el principio de la bilateralidad, el derecho a ser oído, el derecho a la acción y finalmente el derecho a un tribunal independiente e imparcial.

¹⁸ Artículo N°6 de la Convención Europea de Derechos Humanos (1978)

garantías judiciales pertinentes a un debido proceso. El artículo 8, es la principal norma en esta materia, ya que señala en específico las garantías judiciales, siendo frecuentemente citado en los casos sobre debido proceso que ha resuelto la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁹.

Toda esta regulación internacional, es aplicable en nuestro país, pues según lo establecido en el artículo 5° inciso 2°, de nuestra Constitución, todos los tratados internacionales que se hayan ratificado y se encuentren actualmente vigente, son obligatorios y vinculantes.

4.2. Legislación nacional.

La legislación nacional ha garantizado, al menos, las nociones básicas del debido proceso durante toda su historia republicana. Así se presentan disposiciones que garantizan este derecho en la Constitución de 1833, que en su artículo 133 señalaba: *“Ninguno puede ser condenado, si no es juzgado legalmente, i en virtud de una lei promulgada antes del hecho sobre que recae el juicio”*.

La Constitución de 1925, además de reproducir el artículo 133 de la Constitución anterior, regula el debido proceso en los artículos 12, 14 y 18²⁰.

En la Constitución de 1980 esta garantía se consagra en el artículo 19 N° 3, que asegura a las personas *“La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”*. En los incisos que componen este artículo, se presentan una serie de dimensiones, como por ejemplo, el derecho a la defensa; a un tribunal establecido previamente por la ley y a no ser juzgado por comisiones especiales, por mencionar algunas.

El sistema constitucional de protección del debido proceso se apoya, a su vez, en normas infra-constitucionales de implementación, como por ejemplo, en materia de asistencia judicial gratuita, la creación de las Corporaciones de Asistencia Judicial (en adelante CAJ), la institución del abogado de turno (artículos 595 a 599 del Código Orgánico de Tribunales) y la Defensoría Penal Pública.

¹⁹En el primer inciso de este artículo se establece el derecho a ser oído, el derecho al juez natural y al juicio dentro de un plazo razonable. En el segundo, el derecho a la presunción de la inocencia y posteriormente señala las garantías mínimas del derecho a la defensa entre las que destacan el derecho a un intérprete, el privilegio de pobreza y el derecho a recurrir. En el tercero, establece que la confesión solo es válida de no haber sido conseguida mediante coacción. En el cuarto, el principio del “Non bis in ídem” o no ser juzgado dos veces por lo mismo. En el quinto, el principio de publicidad.

²⁰CEA (1988) p. 301.

CAPÍTULO II: LA MEDIACIÓN PARA CASOS DE DAÑOS EN SALUD EN CHILE.

1. Antecedentes generales.

Mediación, etimológicamente hablando, significa la “acción y efecto de mediar”, esto es, “interponerse entre dos o más que riñen o contienden, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad”²¹.

En concepto de María Helena Caram, la mediación más bien es “una negociación asistida por un tercero, siendo el conflicto un obstáculo para la satisfacción de las necesidades de las partes, debiendo el mediador orientar su labor a la obtención de un acuerdo que logre satisfacerlas”²².

Distintas organizaciones internacionales reconocen la importancia de la mediación como mecanismo de resolución de conflictos, pues aporta indudables ventajas no solamente en relación con los ciudadanos afectados, sino también para el propio sistema judicial. El Estado judicializa las situaciones de acuerdo con los parámetros impuestos por el ordenamiento jurídico y le resulta difícil abarcar la infinita casuística de conflictos. Efectivamente, la mediación supone la obtención de una solución más rápida y ágil del conflicto y, frecuentemente, un ahorro de tiempo y dinero para las partes.²³

Asimismo, la mediación determina de forma mediata, una mejora del funcionamiento global del sistema de resolución de conflictos en la sociedad, aumentando su capacidad de respuesta, y reduciendo la carga de trabajo de la Administración de Justicia, con el consiguiente ahorro de los enormes costes que siempre genera un proceso judicial.²⁴

Ahora bien, para que la mediación funcione con eficacia se han de respetar una serie de principios básicos:

- a) Voluntariedad: Las partes libremente han de manifestar su voluntad de acudir al proceso así como de elegir o aceptar el mediador.
- b) Libre decisión de las partes: Las partes han de alcanzar un acuerdo por sí mismas, siendo ellas las que tomen las decisiones de forma absolutamente libre y sin imposiciones de ninguna otra parte o de terceros;

²¹ Diccionario de la Real Academia Española. www.rae.es, visitada: 05 de septiembre de 2016

²² CARAM (2006) p. 32.

²³ Fernando de Rosa (209) La mediación. Congreso de Valencia. pp. 2-4 Disponible en: <http://www.fbe.org/es/congresos/congreso-de-valencia-2009/stage-2009-la-mediacion-como-nueva-art558.html>. (fecha de consulta: 4 de septiembre de 2016)

²⁴ *Ibid.*

- c) Imparcialidad: Esta característica se refiere al mediador, pues éste no podrá posicionarse respecto de alguna de las partes y, si observa que alguno de los acuerdos perjudica a una de ellas, deberá interrumpir la mediación. La imparcialidad exige que el mediador preste su ayuda a ambas partes sin tomar partido por alguna de ellas;
- d) Neutralidad: El mediador no impone ni dirige acuerdos adaptados a su propia escala de valores;
- e) Flexibilidad: Se trata de un proceso a medida de las necesidades de las partes y del tipo de conflicto;
- f) Confidencialidad: Tanto las partes como el mediador se comprometen a mantener en secreto todo lo que traten en las sesiones;
- g) Carácter personalísimo: Las partes han de asistir personalmente a las sesiones de mediación no pudiendo designar éstas a un tercero que les represente;
- h) Profesionalización: el mediador deberá tener formación adecuada con una cualificación profesional obtenida de una formación específica en el ámbito de la mediación;
- i) Defensa del interés de los menores: En casos de familia, el mediador y las partes deberán velar por el interés de los menores, en caso de que existan, garantizando que los acuerdos no resulten perjudiciales para éstos²⁵.

2. Objetivos de la incorporación de la mediación para daños en salud.

La mediación en salud en Chile, se regula en la Ley 19.966, que establece un Régimen de Garantías Explícitas en Salud (en adelante Ley GES).

La idea de incorporar este mecanismo de resolución de conflictos, aparece por primera vez en el debate en el Senado durante el segundo trámite constitucional. Debido a que el proyecto de ley que dio origen a esta normativa otorgaba garantías explícitas en salud, que podían ser exigidas a los prestadores y a los aseguradores y, que en caso de incumplimiento de ellas se daba lugar a una indemnización por los perjuicios resultantes de su inobservancia, se temía un incremento exponencial de la cantidad de litigios y que ello produjera un aumento en la judicialización de los conflictos en el ámbito de la salud²⁶.

²⁵ *Ibíd.*

²⁶ A propósito de la descongestión que se espera del sistema, en la Discusión en sala se señaló que “*la mediación es una innovación importante, porque debiera dar satisfacción a una inquietud médica y de todos los establecimientos, públicos o privados, que tratan a los pacientes, con respecto al peligro de que los conflictos de salud originen juicios que a su vez den lugar a indemnizaciones que podrían entorpecer el otorgamiento de los servicios*”. Historia de la Ley 19966. Segundo Trámite Constitucional, Discusión en Sala, p. 924.

Se generó cierta inquietud por el hecho que, en el contexto anterior, aumentara aún más la cantidad de litigios por la acción de abogados que busquen transformar estos conflictos en una industria generadora de ingresos.

Si bien, la Comisión de Salud del Senado le otorgó valor al procedimiento de mediación como una alternativa para resolver conflictos en materia de salud, tuvo una postura crítica frente al modelo, basándose en la experiencia del derecho comparado.

Por ejemplo, analizando las implicancias que tendría el implementar dicho sistema, durante la discusión parlamentaria se señala que el hecho de que el mediador fuese un funcionario público afectaría el proceso de mediación, pues el mediador no tendría la suficiente **independencia** para lograr promover acuerdos entre las partes en conflicto (lo destacado es nuestro). Más precisamente se señaló *“Sobre este punto, la Comisión coincidió en que semejante mediador no tendrá la independencia necesaria para promover acuerdos entre las partes en conflicto, ya que generalmente estará vinculado a una de ellas en calidad de dependiente”*²⁷.

Por ello, se propuso que el mediador sea escogido de entre un grupo de profesionales altamente calificados, que integren una lista de mediadores que hayan sido nombrados por el Ministro de Salud. Alternativamente, se planteó que el mediador fuese designado por el CDE, de entre uno de sus miembros o designando a un tercero funcionario que dé garantías de independencia.²⁸ Esta fue finalmente la opción que se adoptó para el sistema de mediación pública.

3. Regulación de la mediación para daños en salud en la Ley GES.

El artículo 43 de la ley 19.966 establece quiénes son los prestadores institucionales que se encuentran afectos a la mediación previa y obligatoria, el procedimiento y el objetivo de ésta.

El referido artículo señala: “El ejercicio de las acciones jurisdiccionales contra los prestadores institucionales públicos (...) o sus funcionarios, para obtener la reparación de los daños ocasionados en el cumplimiento de sus funciones de otorgamiento de prestaciones de carácter asistencial, requiere que el interesado, previamente, haya sometido su reclamo a un procedimiento de mediación ante el Consejo de Defensa del Estado, el que podrá designar como mediador a uno de sus funcionarios, a otro en comisión de servicio o a un profesional que reúna los requisitos del artículo 54”.

²⁷Historia de la Ley 19966. Segundo Trámite Constitucional, Segundo Informe Comisión de Salud, p. 797

²⁸Ibíd, p. 6

Por su parte, el Reglamento N° 47 del Ministerio de Salud regula el procedimiento de la mediación obligatoria en el sistema público y privado de salud²⁹.

Entre otros aspectos, el Reglamento N° 47 establece una serie de principios que deben respetarse en el proceso de mediación, los que a continuación se transcriben textualmente:

- a. “Principio de Igualdad: El mediador se cerciorará de que participantes se encuentren en igualdad de condiciones para adoptar acuerdos. Si no fuese así, propondrá o adoptará, en su caso, las medidas necesarias para que se obtenga ese equilibrio. Principio de Celeridad: El procedimiento de mediación impulsará de oficio en todos sus trámites, el mediador y los funcionarios públicos que de cualquier modo intervengan en él deberán actuar por propia iniciativa, salvo respecto de las actuaciones que correspondan a las partes, haciendo expeditos trámites del procedimiento y removiendo todo obstáculo que pudiere afectar su pronta y debida solución.
- b. Principio de Confidencialidad: El mediador deberá guardar reserva de todo lo escuchado o visto durante el proceso mediación y estará amparado por el secreto profesional.
- c. Principio de Imparcialidad: El mediador debe actuar con objetividad, cuidando de no favorecer o privilegiar a una parte en perjuicio de la otra y respetar el principio de probidad consagrado en la legislación.
- d. Principio de Voluntariedad: Cualquiera de las partes podrá, en todo momento, expresar su voluntad de no perseverar el procedimiento, el que se dará por terminado, dejándose constancia en un acta que deberá ser firmada por las partes y el mediador.
- e. Principio de Probidad: Consiste en observar una conducta intachable y desarrollar un desempeño honesto y leal de función de mediador, con preeminencia del interés de las partes y de la sociedad por sobre el particular”.³⁰

El procedimiento mismo de mediación se realizará en sesiones que, de acuerdo a la Ley GES, no deberán durar más de 60 días, sin perjuicio de que este plazo pueda ser extendido por las partes a no más de 120 días.

Las partes serán requeridas por el mediador para comparecer a una primera sesión, con el objeto de comenzar con el procedimiento de mediación. Las partes

²⁹ Reglamento n°47 del Ministerio de Salud de 2005.

³⁰ Reglamento N° 47, de 23 de junio de 2005, del Ministerio de Salud, artículo 4.

pueden ausentarse del primer llamado, pero una ausencia en el segundo, genera el fracaso de la mediación si, dentro de tercero día no se justifica la no comparecencia³¹.

En ambos sistemas el mediador tendrá el deber de informar a las partes del sentido del mecanismo y el fin perseguido por éste.

Asimismo, el mediador tendrá la facultad de llamar a todas las sesiones que sean necesarias para llegar a un acuerdo satisfactorio para ambas partes. De no haber consenso, se levantará un acta que dé por fracasado el mecanismo y que deberá ser firmada por las partes, quienes de negarse a ello, tendrán su firma reemplazada por la del mediador, el que actuará como ministro de fe durante todo el procedimiento.

El artículo 48 de Ley GES, establece que la comparecencia del paciente deberá ser siempre personal, sin embargo, éste podrá designar a un apoderado dándole especiales facultades para transigir. A su vez, el prestador de salud puede comparecer mediante su representante legal o un apoderado especialmente facultado para ello. Sin perjuicio de lo anterior, ambas partes podrán ser acompañadas por terceros a las distintas sesiones.

La mediación puede fracasar, entre otros motivos, cuando una o ambas partes no asisten a las audiencias, cuando vence el plazo, cuando los Consejeros del CDE no aprueban la indemnización superior a 1.000 UF o el Ministro de Hacienda no aprueba la indemnización superior a 3.000 UF.³²

Finalmente, habiendo acuerdo se levantará un acta que será firmada por las partes y el mediador, donde se describirán las bases del acuerdo, las obligaciones contraídas y la renuncia expresa del reclamante a todas las acciones judiciales posteriores de acuerdo al artículo 53 de la misma ley. Esta acta tendrá el valor y efecto de un contrato de transacción.

4. Diferencias de la mediación ante prestadores públicos y privados de salud.

Como ya se ha mencionado, cuando la mediación nace a partir de un reclamo en contra de un prestador público o alguno de sus funcionarios, la mediación se desarrollará ante el Consejo de Defensa del Estado, el que designará como mediador a uno de sus funcionarios, a otro en comisión de servicio o a un profesional, el cual debe reunir los requisitos para integrar un registro de mediadores³³.

Por otro lado, cuando el reclamo se hace contra un prestador privado, los interesados deberán someterse a un procedimiento ante mediadores acreditados por la Superintendencia de Salud. Estos últimos deben poseer título profesional de una carrera

³¹ Se podrá hacer un tercer llamado a mediación siempre que la ausencia al segundo llamado sea justificada con documentos verosímiles. Artículo 45 y 46 de la Ley GES.

³² *Ibid.*, artículo 36

³³ *Ibid.*, artículo 10.

de a lo menos diez semestres de duración, otorgado por una institución de educación superior, cinco años de experiencia laboral y no haber sido condenado ni haber sido objeto de una formalización de una investigación criminal por un delito que merezca pena aflictiva³⁴.

De la lectura del artículo 2 del decreto N° 47 del Ministerio de Salud se desprenden algunas diferencias entre la mediación en sistema público de salud y el privado. A continuación revisaremos algunas de ellas y su relevancia.

4.1. Costos de la mediación.

En el caso de reclamos contra prestadores públicos de salud la mediación es gratuita, mientras que en el caso de la mediación que se lleva ante una institución privada es de cargo de las partes, de acuerdo a los aranceles que establece la Superintendencia de Salud.

En este segundo caso, el Reglamento fijado por el Decreto N° 47, en su artículo 58, señala que el mediador percibirá por los servicios prestados, la suma convenida con las partes, la que en ningún caso podrá exceder los valores máximos establecidos en el arancel respectivo. Por su parte, prescribe el artículo 59 que el arancel será determinado anualmente por resolución de la Superintendencia.

Por la resolución exenta N° 1215 de la Superintendencia de Salud, a contar del 2015 en adelante, el arancel máximo que pueden recibir por sus servicios, los profesionales inscritos en el registro de mediadores de la Superintendencia, si es que el proceso se completa dentro de 60 días será de \$214.000 pesos.

En el evento que las partes acuerden prorrogar el plazo antes señalado, por el término previsto en la ley, al monto anterior se le podrá adicionar la suma de \$71.000 pesos.

4.2. Control de la mediación por daños en salud.

Existen también diferencias respecto de la institución que controla la prestación de los servicios de mediación. La Superintendencia de Salud ejercerá este control sobre los prestadores privados, mientras que el Consejo de Defensa del Estado lo hará sobre los prestadores públicos³⁵.

Respecto a los mediadores que sean funcionarios públicos, les serán aplicables las normas y procedimientos de control de gestión internos vigentes de la administración del Estado.

³⁴ Artículo 54 de la ley N° 19.966.

³⁵ Artículos 37 y 38 del Decreto N° 47.

CAPÍTULO III. LA MEDIACIÓN ANTE EL CONSEJO DE DEFENSA DEL ESTADO.

Este capítulo tiene como objetivo describir el funcionamiento del proceso de mediación de salud pública ante la Unidad de Mediación del Consejo de Defensa del Estado con el fin de mostrar las particularidades de esta intervención. Se analizarán quienes son los intervinientes de este proceso y algunos de sus resultados en base a las estadísticas que lleva este organismo.

1. Intervinientes en un proceso de mediación en el sistema público de salud.

1.1 Paciente que ha sufrido daños.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley 19.966, el legitimado activo para iniciar un proceso de mediación es *“toda persona que sienta que ha sufrido algún tipo de daño a causa de una prestación asistencial en un prestador de la red pública de salud”*.

Para iniciar un proceso de mediación ante el CDE, el interesado deberá ingresar los antecedentes a través de la línea telefónica gratuita otorgada por éste o acudir a cualquier oficina del Consejo a lo largo del país.

Para solicitar el servicio de mediación es necesario completar una ficha de ingreso y puede el afectado o afectada acompañar los antecedentes que estime convenientes para justificar su reclamo³⁶.

La solicitud deberá cumplir un proceso de estudio, efectuado por abogados de la Unidad de Mediación del CDE, quienes determinarán la admisibilidad del mismo³⁷.

El paciente afectado podrá comparecer personalmente a la mediación sin necesidad de contar con un abogado que lo asista durante este proceso. Ello permite que el paciente de escasos recursos pueda participar en la mediación. Sin embargo, esta norma que, *a prima facie*, es beneficiosa para las personas de menores ingresos, puede traer consigo una gran desventaja, ello debido a que podría manifestarse una abismal desigualdad entre las partes, cuando una de ellas suele comparecer sin abogado y la otra sí lo hace, situación que se explicará más adelante en este trabajo.

1.2. Instituciones de salud pública pertenecientes a la Red Asistencial.

El segundo interviniente en un proceso de mediación ante el CDE es el facultativo y/o las instituciones de salud pública pertenecientes a la Red Asistencial que prestaron los servicios por los cuales se reclama.

³⁶Para más información, véase <www.cde.cl>

³⁷Ibíd.

El artículo 16 bis de la Ley 19.937 define a la Red Asistencial como: “*Un sistema organizacional compuesto por un conjunto de establecimientos asistenciales públicos, que de manera complementaria y armónica, realizan sus actividades con la finalidad de promover, prevenir, tratar, rehabilitar y reinsertar socialmente a las personas que hubieren sufrido perjuicios en su salud*”³⁸.

Los entes que conforman la Red Asistencial, según la ley 19.937 son: “*Los establecimientos municipales de atención primaria de salud de su territorio y los demás establecimientos públicos o privados que suscriban convenios con el servicio de salud respectivo [...]*”³⁹.

De acuerdo a lo anterior, es posible sostener entonces, que la pertenencia de un establecimiento de salud a la Red Asistencial es un requisito clave para acceder a la mediación. El tenor de este artículo, da cabida para situaciones discutibles, puesto que ciertos establecimientos no pertenecen ni a la Red Asistencial ni al sector privado, como por ejemplo el Hospital Clínico de la Universidad de Chile⁴⁰, por lo tanto, las personas atendidas en dicho hospital, en principio, no estarían obligadas a participar en una mediación de acuerdo a lo que sostiene el dictamen de la Contraloría General de la República N° 17159 de 3 de abril de 2009.

Sin embargo, con posterioridad la Contraloría, ha modificado su postura y ha sostenido que dado que existe un convenio entre el hospital clínico de la Universidad de Chile y el Servicio Metropolitano Norte, los pacientes derivados de este último, sí se encuentran sujetos a la mediación del Consejo de Defensa del Estado.⁴¹

1.3. Consejo de Defensa del Estado.

El artículo 43 de la ley GES, establece que el órgano encargado de llevar a cabo la mediación en los casos de daños en salud contra los prestadores institucionales públicos que forman las Redes Asistenciales es el Consejo de Defensa del Estado.

Ello se reitera en el Decreto N°47 de 2005 del Ministerio de Salud, el cual define en su artículo 3, lo que se entenderá como mediador para los efectos de la aplicación de tal reglamento. Una débil explicación dispone que “*es la persona o personas designadas por el Consejo de Defensa del Estado, o por las partes en su caso, para efectuar la mediación*”⁴².

2. Resultados de la mediación para prestadores públicos de servicios de salud.

³⁸ Artículo 16 bis Decreto Ley N° 2.763 del año 1979.

³⁹ Artículo 16 bis de la Ley 19.937 del año 2004.

⁴⁰ *Ibid.* (n. 8).

⁴¹ Contraloría general de la República de Chile. Dictamen N° 44.822 (2011) y N° 30.993 (2012)

⁴² Decreto N° 47, artículo 3.

Una vez analizada la regulación de la mediación, el procedimiento y los intervinientes, es necesario hacer una revisión de los resultados empíricos de este mecanismo, para tener una visión más acabada de su eficiencia y eficacia en la desjudicialización y resolución de los conflictos en el sistema de salud público.

Esta revisión se realizará de acuerdo a los informes anuales de estadísticos realizados por el Consejo de Defensa del Estado en el período 2010 y 2015⁴³.

Durante el período 2010-2015 se registró un total de 6926 solicitudes, de las cuales 6510 fueron admitidas, es decir, el 94%.

De éstas, un 34.7% se reclama como daño producido la discapacidad parcial del paciente, un 27.4% secuelas físicas no constitutivas de discapacidad, un 26.4% la muerte del paciente y el 11.5% restante reclama por otro tipo de daño distinto a los anteriores.

De las 6926 solicitudes, 5.540 terminaron por decisión de las partes, lo que representa un 80%, quedando comprendidas dentro de este porcentaje dos situaciones diversas. En primer lugar, la decisión voluntaria de cualquiera de las partes de no perseverar en el procedimiento, equivalente a 4.399 solicitudes (79.4%) y, en segundo lugar, por haberse llegado a acuerdo entre ellas, equivalente a 1.141 solicitudes (20.6%).

Por lo tanto, existe un alto porcentaje de casos que la mediación por daños en salud no logra sus objetivos, pues únicamente 1.141 de las solicitudes terminan por acuerdo entre las partes, esto quiere decir que, solo el 16,4% del total de solicitudes termina por acuerdo entre quienes se someten a la mediación.

Los casos terminados con acuerdo se subdividen a su vez entre aquellos en los que hubo renuncia a las acciones judiciales posteriores y aquellos en que no. Dentro de los casos en que se acordó la renuncia de las acciones judiciales futuras, encontramos que 17.4%, del total de casos terminados con acuerdo, terminaron con indemnizaciones consistentes en disculpas y/o explicaciones de los hechos, 37.7% en prestaciones asistenciales y 39.2% por indemnizaciones. En cambio, de los casos terminados con acuerdo y sin renuncia a las acciones judiciales posteriores, encontramos que el 1.4% del total de casos terminados en acuerdo terminaron con indemnizaciones consistentes en la aclaración de los hechos, 3.8% en prestaciones asistenciales, 0.2% en la coordinación con otras instituciones; y un 0.4% termino por otro tipo de acuerdo.

⁴³ Consejo de Defensa del Estado, Unidad de Mediación en Salud, Estadísticas Anuales (2011, 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016), disponibles para su descarga en <[19](http://www.cde.cl/wps/portal!/ut/p/b1/jc49D4IwGATgn9Rri_0YX0BKg4EYiUoXw2AMho_F-PtF4-IgetslyXHAmu4MQpCaqPYkYWxvXeX9tZNY9s_e1CnSABxzAlGyQxeJ7omV3O31TNoZpA4yiO9AVxp1_DE01ShECD53x5fQvi1P7DwSdzO6plUe1FRAazkGyxdfIGFD2U-DWc2hD6z_ho9ALR12SQ!/dl4/d5/L2dJQSEvUUt3QS80SmtFL1o2XzQyMDBCQjFBMDg2M0YwSTdDN1RBR1Qxr0Uw/>>.</p></div><div data-bbox=)

En aquellos casos donde se acuerdo el pago de una indemnización por los daños ocasionados, los montos pactados no presentan un patrón constante, pero es posible sostener que en promedio las indemnizaciones alcanza a \$7.931.462.- por caso.

CAPÍTULO IV. GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO EN LA MEDIACIÓN EN LA SALUD PÚBLICA

Tal como se señaló al inicio de esta presentación, nuestro trabajo tuvo como objetivo hacer un ejercicio intelectual, consistente en analizar la aplicación de las garantías del debido proceso a la mediación en salud pública. Pese a las legítimas dudas que este ejercicio puede generar, consideramos que ello es posible atendiendo las siguientes razones.

En primer lugar, porque esta mediación es una etapa previa al juicio, de carácter obligatorio que, si bien es un mecanismo alternativo, forma parte integrante de la respuesta que ofrece el Estado para resolver los conflictos por daños en salud de acuerdo a la Ley GES. En segundo lugar, porque quienes ofrecen este servicio de mediación en salud pública son profesionales de un organismo estatal, como lo es el Consejo de Defensa del Estado, no son funcionarios privados como ocurre en otras áreas. Y, en tercer lugar, porque la mediación se rige por ciertos principios como la igualdad y la imparcialidad del mediador que coinciden con algunas de las garantías del debido proceso, por lo tanto, está claro que de una u otra forma se quiere dar protección a estas dimensiones del mencionado derecho. Si bien puede haber distintos niveles de exigibilidad entre ambos, lo cierto es que aluden a los mismos conceptos.

Luego de haber analizado el derecho del debido proceso y la regulación de la mediación previa y obligatoria en el sistema público de salud, hemos detectado algunas luces y sombras en el desarrollo de los procesos de mediación, las que son analizadas desde la perspectiva de los estándares del debido proceso.

Consideramos que algunas de ellas son las que se exponen a continuación.

1. Debido proceso.

1.1. Acceso a la justicia.

Consideramos que la mediación constituye un mecanismo que favorece el acceso a la justicia, pues permite que los pacientes que sufrieron daños en salud y desean obtener una reparación, pueden tener una posibilidad de resolver este conflicto en forma relativamente rápida, sin costos y a cargo de mediadores profesionales. Una mediación exitosa permite obtener una respuesta estatal sin necesidad de iniciar un procedimiento judicial de mayor cuantía que será largo y complejo de llevar adelante.

A esto cabe agregarle que, al ser la mayoría de los pacientes de la salud pública de bajos (o escasos) recursos, el hecho de tener la oportunidad de someterse a la mediación para resolver el problema, les permite acceder a una solución justa, sin tener que costear un procedimiento de lato conocimiento, que será sustancialmente más caro y por ende, imposible de sostener por aquellos.

Por lo tanto, el problema de la mediación, no recae precisamente en la vulneración de esta dimensión, sino de las dimensiones que se exponen y explican en los siguientes puntos.

1.2. Igualdad de armas.

En relación a la igualdad de armas procesales, hay una serie de pequeños problemas que se presentan en la mediación, que en su conjunto generan una gran vulneración a esta garantía del debido proceso. Entre estos, encontramos las diferencias de conocimiento técnico que existe entre médico y paciente, puesto que el primero es un profesional de la salud que maneja el lenguaje técnico de la medicina, mientras que la mayoría de las veces el paciente no tiene más información que la que el mismo médico en cuestión le ha entregado. Por otro lado, los facultativos o el hospital suelen asistir con abogados, quienes incluso concurren a la mediación en representación de ellos, aumentando aún más la brecha de información y poder entre las partes.

Esto puede derivar en una situación de desigualdad de armas, puesto que el escenario más probable en un conflicto en el sistema de salud público chileno será, por un lado, el paciente sin conocimientos de medicina y sin asistencia letrada y, por otro, el facultativo acompañado de su representante. De esta manera, el paciente se encuentra en desventaja en dos posibles niveles: primero, cuando se enfrenta al facultativo, ya que este último tiene mayor conocimiento y manejo técnico de la situación concreta y, segundo lugar, cuando el paciente media con un abogado o abogada que representa al facultativo y/o al hospital.

Estos problemas, en conjunto, terminan por distorsionar el ambiente de solución de conflictos que debería primar en las sesiones de mediación y pueden generar una sensación de derrota anticipada en el paciente, lo que podría explicar las bajas cifras de acuerdos.

a. Asimetría cultural y técnica entre médico y paciente

Según lo expuesto anteriormente, hemos detectado que existe una asimetría técnica y cultural en la relación del médico y el paciente, dado que el primero de ellos, maneja toda información relevante acerca del estado de salud del paciente y sus implicancias, y por consiguiente, tiene completo dominio sobre la información a la que el paciente puede acceder.

Para enfrentar dicha asimetría, la legislación vigente sólo contempla como medida el establecer la mediación como obligatoria, sin embargo, permite que el paciente pueda asistir al procedimiento sin un abogado y con información precaria acerca de la naturaleza del procedimiento, en condiciones tales que un médico tiene toda la institución hospitalaria con defensa letrada especializada como respaldo.

Este punto de partida en el proceso de mediación indica que la regulación del mismo, no se hace cargo de esta relación asimétrica, lo cual resulta cuando menos alarmante, debido a que históricamente nos hemos encontrado con que las relaciones asimétricas ocupan al derecho al punto de crear y desarrollar ramas autónomas, como la relación asimétrica entre empleador y trabajador que inspiró el derecho del trabajo, o bien, la relación asimétrica entre proveedor y consumidor que impulsa el desarrollo del derecho del consumidor.

Por lo tanto, si se pretende reparar las falencias en la mediación en salud pública, es necesario que se haga bajo la consideración de que se trata de una relación jurídica naturalmente asimétrica, cobrando aún más relevancia el respeto de las condiciones mínimas procedimentales.

b. Facultad de concurrir a la mediación con asistencia letrada.

Hemos señalado que el artículo 48 de la Ley N° 19.966 le otorga al paciente la opción de concurrir por sí solo o con asistencia letrada. Sin embargo, lo normal será que el afectado concorra solo y que el médico o equipo médico del hospital comparezca asesorado por abogados pertenecientes a la Fundación de Asistencia Legal del Equipo Médico de Chile (en adelante FALMED), abogados que poseen experiencia y que son especialistas en materias de negligencia médica.

En dicha ley se faculta también al mediador para poder solicitar a la Corporación de Asistencia Judicial (en adelante CAJ) asistencia letrada para el paciente, en caso de que note que éste se encuentra en una *situación de indefensión evidente*. Sin embargo, creemos que la normativa es ambigua y también vaga. En primer lugar, evidenciamos que es ambigua puesto que no se encuentra señalado en lugar alguno qué debemos entender por “indefensión”. En segundo lugar, tampoco se señalan los casos de indefensión quedando esta situación al arbitrio del mediador. Esta medida estará lejos de igualar las fuerzas de ambas partes si no se logra una mayor claridad al respecto.

Esto trae como consecuencia una desigualdad evidente entre el prestador institucional público y el paciente, dado que aunque este último concorra con asistencia letrada, dicho abogado normalmente será de la CAJ, y que, por ende, no tiene la misma experiencia y especialización que posee el(los) abogado(s) de la FALMED, de modo que, aunque se le otorgue al paciente asistencia letrada, ésta no será suficiente para revertir la situación de indefensión en la que se encuentra el paciente.

1.3. Imparcialidad del mediador.

La mediación en salud pública, como antes señalamos, depende del CDE, órgano encargado de velar por los intereses del Estado en controversias de carácter patrimonial y no patrimonial en los cuales se vea involucrado éste último. En principio, dicho dato no debería ocasionar un gran problema pero, a continuación, analizaremos

aquellos factores que, a nuestro juicio, exponen a la mediación en salud pública a serios problemas de falta de imparcialidad del mediador.

Primero, debemos recordar que, si el CDE es el órgano a cargo de la mediación en salud pública, inevitablemente quien sea atendido en la red asistencial pública deberá acceder a un proceso de mediación en el cual dos de los tres partícipes de la relación jurídica son pertenecientes al Estado. Estamos hablando de los representantes legales del hospital público como contraparte y el mediador designado por el mismo CDE.

Cabe preguntarse si, pese a ello, los profesionales de la Unidad de Mediación del CDE conducen los procesos de mediación de manera imparcial y libre de toda duda y la respuesta es positiva. Como lo indica el director de la Unidad de Mediadores del CDE, Pedro Barría⁴⁴, esta unidad realiza los mayores esfuerzos dentro de sus facultades para asegurar un proceso de mediación eficiente y eficaz, implementando cierto tipo de medidas, dentro de las cuales es posible vislumbrar la que tiene relación con evitar que el funcionario del CDE que realiza el trámite de la mediación, no defienda al Estado en un futuro juicio entre las mismas partes.

Ahora bien, podemos reconocer el esfuerzo de la Unidad de Mediación para lograr un buen procedimiento, pero no es menos cierto que esta calidad se debe únicamente a la formación y calidad profesional de sus integrantes.

Sin perjuicio de lo anterior, el objetivo del CDE sigue siendo la defensa del Estado y sus intereses, por más división interna que se genere. Esto no quita el hecho de que de una vez judicializado el conflicto, será el Consejo quien tome la defensa. De esta forma, podemos aseverar que el diseño regulatorio de la mediación fomenta el conflicto de intereses entre los intervinientes del procedimiento, vulnerando uno de los principios del debido proceso, esto es, la imparcialidad.

2. Otros problemas.

A los problemas analizados precedentemente, se le suma otro que, sin ser estrictamente un problema de debido proceso, dificulta la entrega de soluciones satisfactorias por parte de la mediación y, por tanto, pugna con su eficiencia.

2.1. Falta de incentivos para el pago de indemnizaciones.

Otro de los conflictos que genera este diseño regulatorio, es la falta de motivación que tiene el prestador de salud pública para llegar a acuerdos pecuniarios o indemnizatorios, lo que podría explicar las bajas cifras de acuerdos que presenta el sistema. Al parecer existen únicamente incentivos para el paciente, pues es un proceso más corto y cercano a él e implica el uso de menos recursos económicos. Por parte del

⁴⁴ Entrevista personal a Pedro Barría, Jefe Unidad de Mediadores del Consejo de Defensa del Estado, 26 de mayo de 2016.

prestador de salud público, en cambio, no existe ningún tipo de incentivo que lo lleve a considerar llegar a un acuerdo en estas sesiones de mediación.

Pero creemos que el problema que incrementa esta falta de motivación, se basa en la forma en la que las indemnizaciones, de existir, son pagadas.

En el caso de llegar a pactar un pago indemnizatorio por los daños sufridos por el paciente, dentro de las sesiones de mediación, éste deberá ser pagado por el mismo prestador de salud con sus fondos. Por el contrario, de judicializar el conflicto y el hospital ser condenado al pago de una indemnización, el monto indemnizatorio será pagado por la Tesorería de la República. Creemos que este diseño regulatorio, deja al Servicio Público de Salud en una situación, a lo menos cómoda, respecto al eventual juicio, por lo que no parece conveniente para el hospital llegar a acuerdos indemnizatorios. Sin embargo, este problema puede ser solucionado por una regulación precavida que fomente, en la estrategia del Hospital, el conseguir acuerdos dentro de la mediación como una opción recomendable y no como un acto de buena disposición del servicio público, como parece ser la situación con el actual diseño.

La mediación, como mecanismo alternativo de resolución de conflictos, es una herramienta útil para mejorar nuestro ordenamiento jurídico, pero ésta debe ser apoyada por un aparataje de normas anexas, que propicien una correcta atmósfera de solución de conflictos. Creemos que esta es una importante falla del actual sistema de mediación obligatoria en salud, puesto que en él no se establecen las condiciones adecuadas para que el paciente confíe en esta como un mecanismo para lograr una solución. El actual diseño de pago de indemnizaciones, al ser conveniente para el hospital mas no para el paciente, no contribuye a crear este escenario de confianza.

A la luz de las estadísticas expuestas en este trabajo, podemos concluir que si bien se han desjudicializado los conflictos generados en el sistema de salud público, no ha sido por un mecanismo eficaz que permita que las partes logren un acuerdo. Esto es relevante porque significa que las partes no ven a la mediación obligatoria como una instancia prejudicial para solucionar su conflicto, sino sólo como un trámite necesario para acceder a justicia ordinaria

CONCLUSIONES

Esta investigación tuvo por objetivo analizar si el procedimiento de mediación en la salud pública cumplía con los estándares de un debido proceso.

Para responder a esta pregunta en el capítulo primero realizamos la difícil tarea de conceptualizar el debido proceso, mostrando sus características, dimensiones y como este es tratado tanto en la legislación nacional como internacional.

En el capítulo segundo nos centramos en la mediación para casos de salud en Chile, partiendo por la historia legislativa de la ley N°19.966 que establece un régimen de Garantías en Salud, denominada Ley GES. También nos adentramos en la regulación de la mediación en salud detectando diferencias entre la mediación realizada ante prestadores institucionales públicos y privados en salud.

En el tercer capítulo, especificamos cómo se desarrolla el procedimiento de mediación ante prestadores institucionales públicos que forman las redes asistenciales, este capítulo fue fundamental dado que nos brindó las herramientas necesarias para detectar las falencias y virtudes de este procedimiento, las cuales, fueron plasmadas en el capítulo cuatro.

En el cuarto capítulo y, una vez concluido el periodo de investigación, llegamos a identificar una vulneración a las garantías de imparcialidad, igualdad de armas. Consideramos que dichas falencias pueden ser las principales causas del bajo porcentaje de acuerdos en la mediación en materia de salud pública.

BIBLIOGRAFÍA

ABREU, Alirio (2007). Independencia judicial (jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos). Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano n°13. Disponible en kas.de/wf/doc/5586-1442-4-30.pdf.

ACOSTA CORTI, Graciela y NÚÑEZ FACELLI, María Teresita (2009). La experiencia uruguaya en materia de mediación y conciliación: una puesta al día. CEJA Américas. Disponible en: http://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/32_%202009_experiencia_uruguay_a_mediacion.pdf.

ALEXY, Robert (1986). Teoría de los Derechos Fundamentales. (trad.) Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

ANDOLINA, Italo y VIGNERA, Giuseppe (1997). I fondamento costituzionali della giustiziacivile. Roma: Editorial Giappichelli

BARRIA GUTIERREZ, Pedro y SAINT GEORGE ARCE, Corina (2008). 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 del CDE. Disponible en docplayer.es/8091826-El-modelo-mexicano-de-arbitraje-medico-un-aporte-a-la-calidad-de-la-medicina-y-a-la-comunicacion-entre-medicos-y-pacientes.html.

BORDALÍ, Andres (2009) "El derecho fundamental a un tribunal independiente e imparcial en el ordenamiento jurídico chileno", Revista de derecho de la Pontificia Universidad católica de Valparaíso XXXIII. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512009000200007

CARAM, Maria, EILBAUM, Diana y RISOLÍA, Matilde (2006). Mediación: diseño de una práctica. Buenos Aires: Librería Historica

CORTE IDH. (2003). Condición Jurídica y Derechos De Los inmigrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03. Disponible en acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf?view=1.

CORTE IDH. (2003). Garantías Judiciales en Estados de Emergencia. Opinión Consultiva OC-9/87. Disponible en corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_09_esp.pdf.

COUTURE, Eduardo (1958). Fundamentos de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires: Editorial Desalma.

DE LA ROSA, Fernando (2009) La mediación. Congreso de Valencia. pp. 2-4 Disponible en:<http://www.fbe.org/es/congresos/congreso-de-valencia-2009/stage-2009-la-mediacion-como-nueva-art558.html>. (fecha de consulta: 4 de septiembre de 2016)

DUCE, Mauricio (2008). “Reforma a los procesos civiles orales: consideraciones desde el debido proceso y calidad de la información”, *Justicia Civil: Perspectivas para una Reforma en América Latina*. Disponible en works.bepress.com/felipe_marin/4.

CEA EGAÑA, José Luis (1988). Tratado de la Constitución de 1980. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

EVANS DE LA CUADRA, Enrique (1986). Los Derechos Constitucionales. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (2012). El Debido Proceso: Criterios de la jurisprudencia interamericana. México DF: Editorial Porrúa.

HUNTER AMPUERO, Iván (2011). La iniciativa probatoria del juez y la igualdad de armas en el proyecto del código procesal civil. *Ius et Praxis*, Año 17, N° 2, 2011, pp. 53 – 76. Disponible en scielo.cl/pdf/iusetp/v17n2/art04.pdf.

LEZCANO, Orieta (2002). El Debido Proceso: Realidad o Ficción. Universidad de Camagüey. Disponible en Biblioteca Avilauris.

PICADO VARGAS, Carlos Adolfo (2014). El derecho a ser juzgado por un juez imparcial. *Revista IUDEX* n°2. Disponible en corteidh.or.cr/tablas/r32673-1.pdf.

TORRELO, LUIS (2004). Cambios culturales y estructurales de una posible reforma al proceso civil. Seminarios de Derecho Procesal, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales. Santiago: Editorial Diego Portales.

VALLE MOLINA, Pedro Gilberto (2002). Las garantías constitucionales y el debido proceso penal en la República de Cuba. Universidad de Camagüey. Disponible en Biblioteca Avilauris.

VODANOVIC, Antonio (1998). Tratado de Derecho Civil. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Normas citadas

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (1978). Estados miembros de la OEA. San José de Costa Rica. Disponible en oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm.

CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS (1953). Roma. Disponible en echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf.

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS (1948). Asamblea General de las Naciones Unidas. París. Disponible en un.org/es/documents/udhr/.

DECRETO LEY N° 2.763, Reorganiza el Ministerio de Salud y crea los servicios de salud. Diario Oficial, 11 de julio de 1979.

LEY N° 19.966, Régimen de Garantías en Salud. Diario Oficial, 3 de septiembre de 2004.

LEY N° 19.937, Autoridad Sanitaria. Diario Oficial, 30 de enero de 2004.

REGLAMENTO N° 47 del Ministerio de Salud. Mediación por reclamos en contra de prestadores institucionales públicos de salud o sus funcionarios y prestadores privados de salud. Diario Oficial, 23 de julio del 2005.

Jurisprudencia citada

ACOSTA CALDERÓN VS. ECUADOR (2005): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 junio de 2005. Corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_129_esp1.pdf, párrafo 121.

ATALA RIFFO Y NIÑAS VS. CHILE (2012): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 febrero de 2012. Corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf, párrafo 189.

CABRERA GARCÍA Y MONTIEL FLORES VS. MÉXICO (2010): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 26 de noviembre de 2010. Ordenjuridico.gob.mx/JurInt/STCIDHM1.pdf, párrafo 155.

Contraloría general de la república de Chile (2011) Dictamen N° 44.822.

Contraloría general de la república de Chile (2012) Dictamen N° 30.993

LORI BERENSON MEJÍA VS. PERÚ (2005): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 23 de junio de 2005. Corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_119_esp.pdf, párrafo 143.

TIBI VS. ECUADOR (2004): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 07 de septiembre de 2004. Corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf, voto disidente.