

# La mediación como método alternativo de resolución de conflictos en salud: resultados y proyecciones a 20 años de su implementación en Chile

## Mediation as an Alternative Conflict Resolution Method in Healthcare: Results and Projections 20 Years After Its Implementation in Chile

DOI: <https://doi.org/10.18566/rfdcp.v55n142.a5>

Hugo A. Cárdenas Villarreal 

Profesor Derecho Civil, Universidad de Chile

Doctor en Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile

Correo electrónico: [hcardenas@derecho.uchile.cl](mailto:hcardenas@derecho.uchile.cl)

---

Cómo citar este artículo:

Cárdenas Villarreal, H. (2025). La mediación como método alternativo de resolución de conflictos en salud: Resultados y proyecciones a 20 años de su implementación en Chile. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 55(142), 1-27

Recibido: 28 de octubre de 2024

Aprobado: 21 de mayo de 2025

## Resumen

En el año 2005 se implementó en Chile un procedimiento obligatorio de mediación para resolver conflictos en el ámbito de las prestaciones asistenciales de salud. A 20 años de su implementación, este trabajo analiza la regulación y los resultados del Método Alternativo de Resolución de Conflictos (MARC), haciendo especial énfasis en los problemas que la mediación en salud ha evidenciado a lo largo de este periodo. Se concluye que, aunque se han verificado avances, esta mediación debe enfrentar importantes vacíos regulatorios que guardan relación con la igualdad de las partes en el procedimiento, con la seguridad respecto de las consecuencias jurídicas que produce la omisión de la instancia de mediación y, muy especialmente, con los incentivos normativos que deben implementarse para mejorar la eficacia de un sistema que, desde el punto de vista de los ciudadanos, no exhibe buenos resultados.

### Palabras clave

Métodos alternativos de resolución de conflictos, Conflicto médico-paciente, Mediación en salud, Responsabilidad médica.

## Abstract

In 2005, a mandatory mediation procedure was implemented in Chile to resolve conflicts in healthcare service provision. Twenty years after its implementation, this study analyzes the regulation and outcomes of this Alternative Dispute Resolution Method (ADR), with special emphasis on the problems health mediation has revealed over this period. The study concludes that although there have been advances, health mediation must still address significant regulatory gaps related to equality of the parties in the procedure, legal certainty regarding the consequences of skipping mediation, and particularly the regulatory incentives needed to improve the effectiveness of a system that, from the public's perspective, has not shown favorable results.

### Keywords

Alternative Dispute Resolution Methods, doctor-patient conflict, health mediation, medical liability.

## Introducción

En lo que va del siglo XXI, se observa un aumento sostenido de la litigiosidad en contra de los prestadores médicos. Se ha sostenido que ese aumento se debe a la consagración y desarrollo del principio de responsabilidad del Estado, así como a un cambio en los valores de la sociedad que ha repercutido en la conciencia política de los ciudadanos. En efecto, las últimas décadas han visto cómo la responsabilidad por daños de los prestadores de salud ha sido elevada a la categoría de principio fundamental del Estado de derecho. El fenómeno ha sido percibido con claridad por una ciudadanía que, paralelamente, ha experimentado una transformación en su mentalidad, que le impide concebir la enfermedad y el dolor como un efecto de la fatalidad (Tironi, 2006; Cárdenas y Moreno, 2011).

Paralelamente, surgieron voces que sugirieron que los conflictos podrían resolverse de una mejor manera recurriendo a los MARC (Peña, 1997). En el referido contexto, y con el declarado objetivo de reducir o detener la judicialización de los conflictos médico-paciente, en el año 2004 se dictaron en Chile una serie de normas a través de las cuales se implementó un sistema obligatorio de mediación en salud.

Este trabajo tiene como objetivo analizar la regulación y los resultados del procedimiento de mediación en salud en Chile, a efectos de mostrar cómo funciona, cuáles son sus fortalezas, debilidades y los principales desafíos que debe sortear para mejorar sus resultados, y transformarse así en una verdadera alternativa para solucionar los conflictos que necesariamente surgirán entre los prestadores de salud y los pacientes.

Se sostendrá la tesis de que el procedimiento de mediación en salud chileno es ineficaz desde el punto de vista de la protección de los derechos de los pacientes, porque fue diseñado para evitar o reducir al máximo las demandas contra la administración médico-sanitaria, precisamente en el momento en que se consagró legislativamente el principio de responsabilidad del Estado por las prestaciones de salud.

En cuanto a la metodología, para la elaboración de este trabajo se utilizó el método dogmático, proponiendo soluciones al problema planteado después de haber analizado las principales fuentes primarias y secundarias. El trabajo

consta de dos partes. En la primera nos aproximamos al concepto de mecanismo alternativo de resolución de conflicto, analizaremos las principales críticas que se le han dirigido y revisaremos el uso que se les ha dado a estos mecanismos en el horizonte comparado. En la segunda, utilizando una metodología analítica-jurisprudencial y analítica de datos estadísticos, se mostrarán los principales problemas que ha evidenciado el sistema chileno de mediación en salud, así como el principal desafío que enfrenta la resolución de los conflictos médico-paciente: la creación de incentivos para alcanzar más y mejores soluciones extrajudiciales.

## MARC en el ámbito de la salud: los modelos disponibles

Aunque los MARC se empezaron a utilizar en los Estados Unidos a partir de los años sesenta y setenta (Katz, 1993), lo cierto es que no es hasta los últimos 20 años cuando se ha generalizado su uso, tanto en las jurisdicciones del *common law* como del *civil law* (Baraona, 2011). Como mecanismo alternativo, entre otros, se suelen contar ciertas herramientas y procedimientos, como la mediación, el arbitraje y la conciliación.

En cuanto al concepto, los MARC han sido referidos como “mecanismos que intentan resolver disputas, principalmente al margen de los tribunales, o mediante medios no judiciales” (Cappelletti, 1993). De ahí que se pueda decir que el elemento unificador del concepto es el objetivo que persiguen: sustraer del conocimiento del sistema judicial un conflicto, para resolverlo de manera autocompositiva o heterocompositiva (Baraona, 2011).

Tanto en el derecho comparado como en el derecho chileno se observa una tendencia creciente a utilizar estos métodos, esgrimiéndose las siguientes razones. En primer lugar, se ha sostenido que los MARC, además de ser procedimientos desformalizados y expeditos, serían una solución al problema de congestión de los tribunales de justicia, porque permitiría resolver muchas causas fuera del sistema judicial, disminuyendo la carga de los tribunales, lo que redundaría en una mayor celeridad en la solución general de los conflictos. En segundo lugar, se arguye que estos mecanismos permiten transitar de una justicia tradicionalmente contenciosa-conflictiva a una justicia coexistencial, toda vez que se reemplaza la confrontación de un juicio por la paz de los

acuerdos. Un tercer y último argumento postula que estos mecanismos amplían el abanico de soluciones disponibles al ser más flexibles y sensibles al tipo de bien o derecho que se busca tutelar (Peña, 1997; Bordalí, 2004; Perez y Copani, 2006; Taruffo, 2009).

Sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que ni su concepto ni su fundamentación han estado exentos de crítica. Respecto del concepto, se ha objetado que es demasiado amplio, en tanto abarca una variedad de mecanismos que, en realidad, no guardan ninguna relación entre sí. En este orden de ideas, se ha advertido la incoherencia que supone incluir la conciliación dentro de los MARC, cuando ese mecanismo se da, precisamente, dentro del procedimiento judicial. La inclusión de este método desafía la característica “alternatividad”, que, incluso, le da el nombre a la institución que venimos refiriendo (Taruffo, 2009).

Respecto a su fundamentación y las ventajas que supondría su utilización, se ha puesto en duda que los MARC –específicamente, la mediación– tengan la capacidad para tutelar de manera adecuada los derechos de las partes en conflicto. Lo anterior, toda vez que los acuerdos contienen soluciones que equilibran los intereses de las partes, pero que no son necesariamente justas (Taruffo, 2009). Además, existe un fuerte cuestionamiento a la eficacia de estos métodos para reducir las asimetrías que existen entre las partes. Se ha sostenido que los encargados de guiar las negociaciones carecen de las facultades y de la formación para disminuir al mínimo dichas diferencias, lo que termina por afectar la justicia y voluntariedad del acuerdo (Fiss, 1984; Taruffo, 2008).

No obstante las atendibles críticas, es un hecho que la utilización de los MARC va en aumento, y que, respecto de los conflictos entre prestadores de salud y pacientes, los mecanismos que más se han utilizado en el escenario comparado son el arbitraje y la mediación. Así, tan solo por poner algunos ejemplos, en ordenamientos comparados se ha optado por implementar comisiones arbitrales para la resolución de conflictos médicos. Específicamente, en México se optó por un sistema (voluntario) de doble instancia arbitral que se lleva a cabo ante un órgano externo denominado Comisión Nacional de Arbitraje Médico (CONAMED). La primera instancia es conciliatoria y busca un acuerdo entre las partes (instancia autocompositiva), mientras que la segunda es resolutoria (instancia heterocompositiva) y, en consecuencia, incorpora un panel de arbitraje que resuelve la controversia (Casas-Madrid, 2007; Rivero y Oliveres, 2019).

Por su parte, jurisdicciones como las de España, Inglaterra y Chile han preferido incorporar a la mediación como forma alternativa de resolución de conflictos entre pacientes y prestadores médicos.

En España, el procedimiento se articula a través de una norma general (Real Decreto-ley 5/2012) que regula la mediación en asuntos civiles y mercantiles, siendo completamente aplicable a los reclamos médicos. Además, las diferentes comunidades autónomas han implementado procedimientos de mediación en salud en uso de su autonomía legislativa (Hernández y Munuera, 2015).

En Inglaterra existen dos organismos de resolución de conflictos: el Centro de Resolución Efectiva de Conflictos, dedicado a resolver disputas por reclamos de negligencia médica, y el Centro de Resolución Alternativa de Conflictos sobre Costos, dedicado a resolver disputas sobre la devolución de costas personales y judiciales. El primer organismo opera mediante reuniones desformalizadas, en las que se busca que las partes puedan llegar a un acuerdo de manera extrajudicial. El segundo, como su nombre lo indica, está exclusivamente pensado para resolver disputas relativas a los costos de la acción. Actualmente, en adición a los dos organismos referidos, el National Health Service (NHS) se encuentra desarrollando un programa piloto, denominado Early Neutral Evaluation (ENE), en el que un evaluador independiente toma en consideración la prueba que tienen las partes y entrega una decisión no vinculante sobre cómo cree que un tribunal fallaría en el caso en concreto, para que las partes puedan tener un panorama de lo que pasaría en un futuro procedimiento judicial de no llegarse a un acuerdo en el procedimiento de mediación (National Health Service [NHS], 2023).

Por su parte, en Chile existe una instancia de mediación prejudicial obligatoria. El interesado no podrá demandar judicialmente los perjuicios derivados de un accidente médico si antes no ha discutido su reclamo en el proceso de mediación. Lo anterior aplica reclamos dirigidos contra prestadores públicos que integren la red asistencial de salud, así como reclamos que se dirijan contra prestadores privados de salud. El procedimiento tiene como objetivo resolver reclamos que busquen exclusivamente la reparación de daños originados en el contexto de la prestación médica asistencial.

Como se ve, el sistema chileno tiene una característica que lo distingue del resto de sistemas de resolución de conflictos en salud: su obligatoriedad. Al respecto, no puede dejar de advertirse que esa característica se opone a la idea de

que la eficacia de los MARC está directamente relacionada con la existencia de una voluntad real de las partes de alcanzar un acuerdo (Baraona, 2011). Por esta razón, resulta interesante analizar el diseño del actual sistema de mediación obligatoria, sus principales objetivos y los resultados que exhibe a 20 años de su implementación.

## El régimen chileno de mediación en salud

El 3 de septiembre de 2004 se publicó en el Diario Oficial la llamada Ley AUGE/2004, que introdujo el Régimen de Garantías Explícitas en Salud. Esta ley se dictó con la intención de asegurar el acceso, oportunidad, calidad y cobertura financiera de un conjunto de enfermedades, y brindar mejores condiciones de salud a los usuarios del sistema. La norma introdujo importantísimas disposiciones relativas a la responsabilidad de los órganos del Estado en materia sanitaria, al tiempo que instauró un procedimiento de mediación obligatoria, supuestamente orientado a resolver los conflictos que surgieran entre los usuarios del sistema de salud y los prestadores públicos y privados.

Cuando se revisa la historia fidedigna de la ley, se puede observar la preocupación que tenían los parlamentarios de la época respecto de las consecuencias patrimoniales que generaría el hecho de que un sector de la población no pudiese acceder a las prestaciones de salud, después de que entrara en vigencia una ley que, desde su título, venía a garantizar tal acceso (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2004). En ese contexto, la Comisión de Salud de la Cámara Alta recibió al abogado Pedro Pierry, en ese entonces consejero del Consejo de Defensa del Estado, quien advirtió a los parlamentarios sobre un alza “explosiva” en las demandas contra el Estado en el contexto de la prestación de servicios de salud, y aconsejó que se incorporaran mecanismos que limitasen la presentación de demandas, como, por ejemplo, el que obligase a las partes a “agotar la vía administrativa” antes de poder presentar una demanda (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2004).

La comisión le pidió al mismo Pedro Pierry proponer un mecanismo que lograra dicho objetivo, generándose así el primer antecedente del procedimiento obligatorio de mediación: se incluyó en el proyecto un reclamo administrativo ante el servicio de salud, en el que debía solicitarse la indemnización de los

perjuicios causados por la prestación médica deficiente (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2004). Luego, durante la discusión legislativa, un mensaje presidencial suprimió del proyecto el sistema de reclamo administrativo directo sugerido por Pierry, sustituyéndolo por un sistema de mediación obligatoria, teniendo como modelo el procedimiento que ya se había implementado en el ámbito de la familia. Luego, la obligatoriedad de este procedimiento, que en principio solo cubría los reclamos contra prestadores públicos, fue ampliada a los reclamos contra prestadores privados de salud (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2004).

De lo anteriormente referido se desprende que el objetivo fundamental que persiguió la inclusión de la mediación como trámite obligatorio no fue otro que obstaculizar la presentación de demandas, y que su incorporación fue una respuesta al temor de que la nueva ley generara un aumento explosivo de estas. Ya veremos cómo ese objetivo permeó la regulación y, hasta la fecha, sigue siendo el norte hacia el cual el organismo que tiene el sistema a su cargo, el Consejo de Defensa del Estado (en adelante CDE), orienta la evaluación de su eficiencia (Consejo de Defensa del Estado, 2023).

Con respecto a su regulación, la mediación es tratada en el párrafo II del Título III de la Ley AUGE/2004 en el DS N°47/2005 y en la Resolución Exenta N.º142/2005 del Ministerio de Salud. El artículo 43 de la Ley AUGE/2004 establece 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 mediador, ellas lleguen a una solución extrajudicial de la controversia” (Ley 19966, Art. 43, 2004). La jurisprudencia, por su parte, ha señalado que la mediación es “un procedimiento previo al ejercicio de las acciones civiles dirigidas a obtener la indemnización de perjuicios” (Corte de Apelaciones de Concepción, 2006, rol N.º 984-2006; Corte de Apelaciones de Concepción, 2008, rol N.º 1.047-2007) . En términos generales, ha sostenido que las principales características del modelo son que es un procedimiento no adversarial, prejudicial y confidencial (Corte de Apelaciones de Concepción, 2006, rol N.º 984-2006).

En lo que dice relación con el procedimiento propiamente tal, una lectura de la normativa permite advertir que se realiza a través de una serie de audiencias desformalizadas llevadas por un mediador que es designado por distintos órganos, según se trate de un reclamo contra una institución pública de salud

que integre la red asistencial o de un reclamo contra una institución privada. Tratándose de un órgano público que forma parte de la red asistencial, el paciente debe presentar el reclamo ante la Unidad de Mediación del CDE que sea competente geográficamente (según la ubicación del hospital o servicio de salud reclamado). Dicha unidad es quien designa al mediador, quien podrá ser uno de sus funcionarios, otro en comisión de servicio o un profesional que reúna los requisitos para integrar el Registro de Mediadores. Cuando se trata de una institución privada de salud, el paciente deberá presentar el reclamo ante la Superintendencia de Salud, proponiendo tres nombres del Registro de Mediadores, del que se elegirá uno (Lagos, 2016; Villamizar, 2018; Munuera, 2020).

Tras la designación, el mediador se encargará de notificar a los reclamados y coordinar las reuniones con las partes. El mediador está autorizado a reunirse con todas las partes o solo con algunas de ellas, y solicitar que terceros ajenos al reclamo concurren al procedimiento. Una de las pocas diferencias entre el procedimiento al que están sometidos los órganos públicos y aquel al que están sometidas las instituciones privadas es que el procedimiento público es gratuito, mientras que el privado tiene un costo para el reclamante (aproximadamente 150 dólares).

En cuanto a los resultados de la mediación obligatoria en salud, es preciso hacer presente que la información más actualizada corresponde a los resultados del sistema de mediación público. Como se advertirá a continuación, se trata de resultados que habrán de calificarse como buenos si se considera que el objetivo primario del procedimiento es evitar las demandas. Empero, los resultados solo pueden calificarse como malos si se toma en consideración el objetivo fundamental, el cual, según la doctrina uniforme, deben perseguir los MARC. Como se verá a continuación, el porcentaje de acuerdos en mediación es insignificante, tanto cuantitativa como cualitativamente (Hozven, 2022; Parra et al., 2018; Ardiles, 2017).

Desde el punto de vista cuantitativo, los acuerdos que se alcanzan en mediación son pocos en relación con la totalidad de los reclamos que se presentan. Según las estadísticas del propio CDE, en el año 2023 se iniciaron 2.366 procedimientos de mediación, de los cuales 2.203 terminaron ese mismo año. De este total, 1.952 finalizaron por decisión de las partes, el 78 % finalizó sin acuerdo (1.529 mediaciones) y tan solo un 22 % con acuerdo (423 mediaciones).

Desde el punto de vista cualitativo, se puede afirmar que, en su mayoría, los acuerdos no indemnizan pecuniariamente los daños, sino que se limitan a ofrecer explicaciones o prestaciones asistenciales. Así, de las mediaciones que finalizaron con un acuerdo, en el 48 % se acordó una indemnización pecuniaria, mientras que en el 51,1 % de los casos no se estableció ningún desembolso monetario directo. Entre los casos en que no se estableció un desembolso monetario directo, en el 39,2 % de los acuerdos totales se acordó la entrega de una prestación asistencial por parte de la administración médico-sanitaria como forma de reparación, mientras que en un 7,1 % de los casos se acordó, como “forma de reparación”, el ofrecimiento de disculpas o explicaciones de los hechos.

Aunque volveremos sobre este punto un poco más abajo, respecto de los acuerdos que se cierran mediante el otorgamiento de disculpas, explicaciones o prestaciones asistenciales no podemos dejar de advertir desde ya que parecen adolecer de un vicio de nulidad. Lo anterior, por cuanto la propia ley ordena que los acuerdos de mediación deben adoptarse mediante una transacción (art. 2446 del Código Civil [CC]) y, como se sabe, es un requisito de este tipo de contratos que las partes hagan concesiones recíprocas.

En cuanto a los montos, el promedio de indemnización pecuniaria por acuerdo en el año 2023 alcanzó los 14 000 dólares (Consejo de Defensa del Estado, 2023). Otro aspecto a resaltar en este punto dice relación con la marcada diferencia que existe entre los montos otorgados en mediación y los montos otorgados en sede judicial. Así, el promedio de una indemnización en mediación alcanza los 11 000 dólares, mientras que en sede judicial el promedio de indemnización es de 75 000 dólares (Centro de Estudios de Justicia, 2020).

La insuficiencia, tanto cuantitativa como cualitativa de los acuerdos, explica el hecho de que la judicialización de los casos ha ido en aumento. Específicamente, un estudio del Centro de Estudios de Justicia de la Universidad de Chile arrojó que la judicialización de los casos que terminaron sin acuerdo en mediación subió de un 10,7 %, en el periodo 2005-2010, a un 13,47 %, en el periodo 2011 a 2020 (Centro de Estudios de Justicia, 2020).

Como puede verse, aunque la judicialización de los conflictos ha aumentado levemente, la mediación ha sido un éxito desde el punto de vista de la evitación de la responsabilidad estatal. Ahora bien, si se mira desde la vereda de la resolución de los conflictos médicos, lo cierto es que los resultados son desalentadores.

Además de que el procedimiento de mediación logra pocos acuerdos, cuando estos se logran, en la mayoría de los casos no contemplan una indemnización monetaria de los perjuicios sufridos, sino que el servicio de salud se limita a dar explicaciones o a otorgar prestaciones asistenciales, que, en todo caso, debería haber otorgado por tratarse de un sistema público de salud.

Parece entonces necesario que nos detengamos a analizar por qué el mecanismo de resolución de conflictos funciona de manera imperfecta cuando se trata precisamente de la resolución de conflictos médicos, cuáles son los principales problemas que llevan al fracaso del sistema y cuáles son los principales desafíos que enfrentan los MARC, en general, en la resolución de conflictos de salud.

## Los problemas de la mediación y el desafío del sistema de resolución de conflictos en salud

Cuando se analiza el sistema chileno de mediación en salud a la luz de los fines y objetivos que comúnmente se utilizan para justificar la implementación de este tipo de procedimientos, no se puede dejar de advertir que su diseño legal tiene un problema terminal. Y ese problema es que se diseñó para conseguir sólo uno de los objetivos que le es propio (desjudicializar el conflicto), descuidando, dramáticamente, el otro (resolución del conflicto médico-paciente). En términos particulares, el referido diseño legal genera una serie de problemas que guardan relación, entre otros aspectos, con: i) el desequilibrio de poder e información con que las partes concurren al procedimiento; ii) la utilización del procedimiento como una verdadera barrera de acceso a la justicia; iii) la conculcación del principio de la reparación integral de los daños que se produce cuando se incorporan topes indemnizatorios inadecuados, y iv) la inexistencia de procedimientos colectivos de mediación que permitan instancias de negociación colectiva.

Sin duda, la forma en que los distintos operadores del sistema aborden y solucionen los problemas referidos puede contribuir significativamente a que la mediación en salud vaya ajustándose en orden a conseguir el objetivo que hasta ahora se ha descuidado: la resolución del conflicto médico-paciente. Aparte de lo anterior, y ahora desde el punto de vista más general del sistema de resolución de conflictos, v) el gran desafío que, *de lege ferenda*, se tiene por delante, no es otro que el de pensar e incorporar los incentivos normativos que

sean necesarios para mejorar los índices de los acuerdos que se consiguen en la mediación en salud, antes de que el sistema se deslegitime por la vía de ser percibido, únicamente, como una barrera para proteger los intereses fiscales. En lo que sigue abordaremos los problemas y el desafío referido.

## Desequilibrio de poder e información entre las partes

El primer problema que evidencia la forma en la que se ha implementado la mediación en Chile es que acentúa el notable desequilibrio de poder e información que naturalmente existe entre las partes de un conflicto médico. Y, como vimos un poco más arriba, una de las consecuencias de que el sistema no sea capaz de “equilibrar” los poderes y las posiciones de las partes es que posibilita la existencia de acuerdos que, por lo mismo, también pueden ser calificados como acuerdos “desequilibrados” o “injustos”.

Los desequilibrios de información en materia médica son un hecho. El paciente concurre al procedimiento solo con la información que tiene desde su propia experiencia y con una información clínica que no logra comprender y que generalmente se le ha entregado de manera incompleta. Ante este escenario, el mediador debería procurar que la parte médica explique (de manera comprensible) las circunstancias en que se dio el accidente médico. En la práctica, sin embargo, lo que ocurre es una especie de interrogatorio al paciente acerca de las causas del accidente médico y de la justificación de su reclamo. En muchos de los casos en que el paciente acude sin abogado el procedimiento de mediación se convierte en un espacio de revictimización (Kehr, 2021).

Con respecto al desequilibrio de poder entre las partes, una revisión de la práctica permite advertir que son dos las causas al menos que están detrás de esta forma de desigualdad entre las partes. La primera guarda relación con la forma en que las partes comparecen ante las audiencias, pues, mientras que en prácticamente todos los casos la parte médica es representada por abogados, en muchas ocasiones el paciente concurre personalmente. Se produce así una “conversación” entre un experto en argumentación jurídica (que cuenta también con una experta asesoría médica) y un paciente que normalmente se encuentra asustado, y no tienen ningún conocimiento respecto de técnicas de negociación, ni de derecho, ni de medicina. La segunda causa del desequilibrio de poder guarda relación con los incentivos que tiene cada parte para llegar a un acuerdo extrajudicial. Y es que, como se verá un poco más abajo, mientras el paciente está muy interesado en llegar a un acuerdo

que le permita superar patrimonial y psicológicamente el trauma que le produjo el accidente médico, los tiempos de litigación que impone la jurisdicción chilena y la regla de que no se deban intereses hasta que el fallo quede firme y ejecutoriado reducen dramáticamente el interés que la parte médica pudiese tener en llegar a un acuerdo prejudicial. El problema con esta situación es que normalmente ese desequilibrio de poder terminará produciendo acuerdos injustos, pues la parte menos interesada (médica) tenderá a imponer los términos del acuerdo a la parte que tiene mayor interés en alcanzarlo.

Con respecto a la primera causa del desequilibrio de poder, aunque el mediador podría proponer bases para un acuerdo, tomar contacto personal con las partes, requerir a las partes o a terceros los antecedentes necesarios, y solicitar informes técnicos a expertos, lo cierto es que, en la práctica, los mediadores suelen tener una actitud más bien pasiva, manteniendo “su posición robótica y mecánica que no propicia el acuerdo” (Kehr, 2021, p. 14). Respecto de la segunda causa indicada, la situación se ve más sombría, puesto que, de momento, nada parece indicar que se acortarán los tiempos de tramitación y, aunque algunos fallos de instancia han condenado recientemente al pago de intereses desde la presentación de la demanda, la interpretación no es compartida por los tribunales superiores.

## La mediación como barrera de acceso a la justicia

Además de la desigualdad entre las partes, uno de los más notorios y graves problemas que tiene el procedimiento de mediación es que se usa para obstaculizar y dilatar la llegada de los reclamos a los tribunales. Normalmente, la instrumentalización de procedimientos con fines dilatorios se realiza mediante la interposición de acciones y excepciones en los casos en que se ha presentado la demanda judicial sin haber concurrido antes a la mediación.

Como se verá enseguida, las circunstancias que posibilitan que los abogados puedan cuestionar la presentación de las demandas en contra de los prestadores de salud cuando se presentan sin haber concurrido antes al procedimiento de mediación guardan relación con: a) la falta de claridad de la legislación respecto de los prestadores institucionales públicos que están obligados a concurrir a mediación, y b) la falta de una regla expresa que regule las consecuencias de haber presentado una demanda en tribunales sin haber pasado antes por el proceso de mediación.

Con respecto al problema de los prestadores institucionales públicos que estarían obligados a concurrir al procedimiento de mediación, debemos partir por advertir que existe un verdadero vacío legal respecto de los hospitales públicos que no integran la red de salud, como por ejemplo el Hospital Clínico de la Universidad de Chile y los hospitales de las Fuerzas de Orden y Seguridad. En concreto, el problema se produce cuando se reclama en contra del referido tipo de prestadores, porque tanto la Unidad de Mediación del CDE como la Superintendencia de Salud se declaran incompetentes para conocer la solicitud de mediación. El CDE rechaza la solicitud bajo el argumento de que, por mandato legal, solo tiene competencia para mediar respecto de prestadores institucionales que integran la red asistencial referida (Ley 19.966, Art. 43, 2004). A su vez, la Superintendencia de Salud también rechaza la mediación bajo el argumento de que se trata de un prestador institucional público y que su competencia solo le permite nombrar los mediadores para conflictos con prestadores privados de salud (Cárdenas y Moreno, 2011).

Los constantes problemas que la interpretación de esta norma causó en el pasado han generado diversas consultas a la Contraloría General de la República (CGR). Específicamente, respecto del Hospital Clínico de la Universidad de Chile, hoy se puede decir que la CGR ha ido precisando la interpretación de la norma. Así, si en el año 2009 era de la idea de que el proceso de mediación no se aplicaba a esta entidad (CGR, D. N°17.159 de 03.04.09), en los años 2011 y 2012 (CGR, D. N°44.822 de 15.07.11 y N°30.993 de 28.05.12) reconsideró su jurisprudencia, afirmando que estos órganos debían concurrir a mediación cuando la atención al paciente se diera por derivación en el marco de un convenio con el servicio de salud correspondiente.

Por otro lado, existen problemas respecto de algunos prestadores de salud que, pese a su naturaleza privada, deben concurrir a la instancia de mediación ante el CDE. Un ejemplo paradigmático de este tipo de prestadores son los establecimientos de Atención Primaria de Salud (APS), los cuales generalmente dependen de una corporación de derecho privado creada por la municipalidad para efectos de administrar dichos servicios. Hasta hace unos pocos años, el propio CDE entendía que no tenían competencia para mediar ante reclamos por daños contra ese tipo de prestadores, fundado en que se trataba de prestadores que dependen de una corporación municipal que tiene naturaleza privada.

Sin embargo, la jurisprudencia fue imponiendo otro criterio al pronunciarse sobre este problema cuando resolvía recursos de protección. Así, en el caso Escobar con Consejo de Defensa del Estado, la Corte Suprema dejó establecido que

[...]siendo las funciones desarrolladas por los consultorios municipales de atención primaria evidentemente públicas, la mediación, como trámite previo al ejercicio de las acciones de reparación por daños ocurridos a consecuencia del ejercicio de la señalada función pública, debe asumirla el Consejo de Defensa del Estado, no siendo óbice para tal conclusión la dependencia de dicho establecimiento asistencial a una corporación municipal [...]. (Corte Suprema de Justicia, 2017, rol N.º 40.609-2016)

Más recientemente, el propio CDE cambió administrativamente este criterio a propósito de un recurso de protección presentado por 60 reclamantes cuyas solicitudes de mediación habían sido declaradas inadmisibles bajo el argumento de que los medicamentos defectuosos por los que reclamaban habían sido entregados por establecimientos de Atención Primaria de Salud (CESFAM) administrados por corporaciones municipales de derecho privado. El grupo de mujeres referido buscaba obtener reparación por los embarazos no deseados que fueron causados por la entrega de píldoras anticonceptivas defectuosas. Durante la tramitación del recurso, ante el cambio de criterio del CDE, expresado a través de la Resolución Exenta N.º 9861 de 31 de mayo de 2021, los recurrentes desistieron del recurso (Corte de Apelaciones de Santiago, 2021, rol N.º 9335-2021). En lo que aquí interesa, la referida resolución estableció que

la interpretación armónica del artículo 16 bis del D.F.L. N.º 2.769 de 1979, en relación con el artículo 43 de la Ley 19.966, permite establecer que, los Establecimientos Municipales de Atención Primaria de Salud forman parte de la red asistencial de cada Servicio de Salud, y por consiguiente, cumplen una función de carácter público Consejo de Defensa del Estado. (Resolución Exenta N.º 9861, 2021)

Como podrá imaginar el lector, para los pacientes y sus representantes, el esclarecimiento de las circunstancias referidas en el párrafo precedente no resulta nada sencillo y ello provoca que en muchas ocasiones estas personas pierdan un tiempo muy valioso intentando que el CDE inicie el proceso de mediación, o litigando las excepciones que le oponen los abogados de los prestadores institucionales y del propio CDE cuando interponen las demandas sin haber realizado el trámite obligatorio de la mediación.

Respecto del problema que genera la falta de una regla expresa que regule las consecuencias jurídicas de que el paciente haya presentado la demanda sin pasar antes por el procedimiento de mediación, hay que advertir que se trata del tema que más se ha discutido en los tribunales de justicia y cuya solución parece avanzar hacia la supresión de la obligatoriedad de los pacientes respecto de someter su caso a un procedimiento de mediación previo.

Al respecto, al analizar la jurisprudencia se puede advertir que los jueces han tenido problemas para definir la naturaleza jurídica del procedimiento, refiriéndose a este como una “exigencia o requisito previo” (Corte Suprema de Justicia, 2008, rol N.º 6.798-2007, 2010, rol N.º 5.005-2008), un “trámite” o “instancia previa” (Corte Suprema de Justicia, 2010, rol N.º 6.373-2008, 2008, rol N.º 6.793-2007), una “condición de procedencia de las acciones indemnizatorias” (Corte de Apelaciones de Concepción, 2006, rol N.º 984-2006) o, incluso, como un “requisito de admisibilidad de la demanda” (Corte de Apelaciones de Antofagasta, 2005, rol N.º 823-2005).

No obstante las vacilaciones jurisprudenciales en los primeros años de su vigencia, los tribunales confirmaron la obligatoriedad del procedimiento como “paso previo” al ejercicio de las acciones civiles dirigidas a obtener la indemnización de perjuicios (Corte de Apelaciones de Concepción, 2008, rol N.º 211-2007; Corte Suprema de Justicia, 2009, rol N.º 6.320-2007, 2010, rol N.º 5.005-2008; Corte de Apelaciones de Concepción, 2006, rol N.º 984-2006, 2008, rol N.º 1.047-2007). Ahora bien, la falta de definición sobre la naturaleza del procedimiento llevó a que se plantearan tres hipótesis distintas sobre las consecuencias de la omisión del trámite de mediación y, además, cuál era el mecanismo procesal adecuado para exigir su cumplimiento. Específicamente se mencionó: a) la “nulidad procesal” regulada en el art. 83 del CPC; b) la “excepción de ineptitud del libelo” del art. 303 N.º 4 del CPC, y c) la “excepción de corrección del procedimiento” del art. 303 N.º 6 del CPC (Cárdenas y Moreno, 2011).

Adviértase que, para la protección de las víctimas de negligencias médicas, es muy importante que los tribunales resuelvan bien este problema, porque optar por la solución de la nulidad procesal puede dejar a las víctimas sin acción. Lo anterior, porque la mediación solo interrumpe la prescripción durante el tiempo que dura el procedimiento (Cárdenas y Sánchez, 2018; Parra et al., 2018; Corte Suprema de Justicia, 2016, rol N.º 31.061-2014).

Aunque en un primer momento la jurisprudencia era vacilante con respecto a cuál era la solución correcta, pudiendo encontrarse argumentaciones en los tres sentidos (Corte de Apelaciones de Concepción, 2009, rol N.º 764-2009; Corte de Apelaciones de Santiago, 2009, rol N.º 3.204-2009), actualmente la jurisprudencia se ha ido consolidando en el sentido de restarle gravedad a las consecuencias de la omisión. Así, en un reciente caso el tribunal de primera instancia dejó dicho que

la exigencia legal relativa a que los interesados sometan sus reclamos a un procedimiento de mediación previo al ejercicio de las acciones jurisdiccionales [...] no puede ser entendido o desvirtuado a fin que constituya un impedimento, traba o reparo meramente formal a la decisión judicial de la controversia. (26º Juzgado Civil de Santiago, 2024, rol N.º 4891-2023)

En un sentido similar, la Corte Suprema rechazó el recurso de casación en el fondo que buscaba anular la sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco que sostuvo que el certificado de mediación frustrada puede ser acompañado durante el desarrollo del procedimiento (Corte Suprema de Justicia, 2023, rol N.º 10609-2023). Asimismo, en el caso Bahamondes con Ramírez se sostuvo que la falta de mediación no constituye “un trámite declarado esencial por la ley sino únicamente una irregularidad que, sin afectar el fondo de la acción deducida, debe corregirse” (Corte Suprema de Justicia, 2012, rol N.º 5.195-2011).

La tendencia a considerar que la mediación no es un trámite esencial ni un requisito de la acción de indemnización fue confirmada y asentada en un reciente fallo de la Corte Suprema. Así, en el caso Videla con Corporación Sanatorio Alemán, la Corte acogió el recurso de casación en el fondo que buscaba anular la sentencia de primera instancia en la parte en que había rechazado la demanda de una madre cuyo hijo sufrió consecuencias neurológicas debido a la utilización de maniobras violentas y prohibidas al momento del parto. El fallo de primera instancia, confirmado por la Corte de Apelaciones de Concepción, rechazó la pretensión, argumentando que el hecho de que los demandantes acompañaran el certificado de mediación frustrada con posterioridad al inicio del juicio impedía que se diera cumplimiento con el trámite de mediación obligatoria previa, lo que justificaba el rechazo de la demanda.

Conociendo el recurso de casación en el fondo presentado por la demandante, la Corte Suprema de Justicia (2024) sostuvo

Que es dable colegir que con la incorporación de este trámite, el propósito del legislador ha sido el de instar por la utilización de un mecanismo de acuerdos que podría evitar que los conflictos sanitarios hayan de ser resueltos única y necesariamente en sede jurisdiccional [...]. Pero esa exigencia no autoriza a concluir que se trate, como se sugiere en el fallo, de un requisito de procedencia de la acción o un trámite esencial. En efecto, el procedimiento de mediación no puede constituir una condición para el ejercicio de la acción, pues la ley no ha expresado que constituya un trámite esencial. Tampoco afecta el fondo de la acción deducida ni se refiere a los presupuestos de responsabilidad contractual o extracontractual, cuya concurrencia corresponde sea declarada en forma exclusiva y excluyente al órgano jurisdiccional. (rol N.º 13.850-2022)

Creemos que esta tendencia jurisprudencial es correcta, en tanto revela que la exigencia de un procedimiento de mediación, cuando ya se ha interpuesto una demanda, es un sinsentido que tiene un afán exclusivamente dilatorio. La interpretación que ha sostenido la Corte Suprema de las normas que regulan la mediación reconoce que el fin último de este tipo de procedimiento no es el de poner obstáculos para que los afectados puedan concurrir a la justicia, sino dar la posibilidad a las partes de resolver conflictos sin la necesidad de concurrir a un tribunal. Así, la exigencia de la mediación después de presentada la demanda es poco seria, pues una de las partes ya demostró que no tiene interés en la resolución extrajudicial del conflicto.

## Topes indemnizatorios inadecuados y transacciones cuestionables

El tercer gran problema que afecta a los procedimientos de mediación guarda relación con la vulneración del principio de coherencia y de la reparación integral del daño que se está verificando mediante la incorporación legal de topes indemnizatorios inadecuados, y la promoción de acuerdos en los que los prestadores médicos solo comprometen disculpas, explicaciones o prestaciones asistenciales.

Respecto de la inadecuación de los topes indemnizatorios, debemos partir advirtiendo que la Resolución Exenta N.º 142 del Ministerio de Salud le impuso límites en el año 2005 a los montos que se pueden acordar en el procedimiento de mediación que gestiona el CDE. Así, en caso de muerte, el

tope de la indemnización es de 145 440 dólares; en caso de gran invalidez es de 137 129 dólares; en caso de invalidez total es de 103 886 dólares; cuando se trata de invalidez parcial es de 83 109 dólares y cuando se trata de otros daños (incapacidad temporal) es de 41 554 dólares.

Sin perjuicio de que, en principio, resulta aceptable que se regulen los montos que se pueden obtener en un procedimiento de mediación estableciendo topes máximos, el principio de coherencia exige que dichos montos guarden relación con la naturaleza de los daños que se reclaman y el principio de reparación integral del daño exige que los topes legales guarden relación con la cuantificación de los daños que hacen los tribunales en supuestos similares. En Chile, un análisis de las sentencias judiciales y de la regulación legal muestra que en la actualidad el procedimiento de mediación no satisface ninguno de los dos principios referidos.

En efecto, no se satisface el principio de coherencia, en tanto que la regulación lleva erróneamente implícito, en términos de cuantificación de la indemnización, que la consecuencia más grave que se puede derivar de un accidente médico es la muerte (de ahí que sea el supuesto que tiene el tope indemnizatorio más alto). Lo anterior es un error, puesto que, como se sabe, los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales más cuantiosos se vinculan con los supuestos de invalidez en los que la víctima no puede desarrollar actividades económicas, al tiempo que tendrá que costear los gastos necesarios para mantenerse con vida (cuidados de terceros, medicamentos, adecuaciones de vivienda, consultas médicas, entre otros). Una futura reforma deberá preocuparse por hacer que los diferentes topes se ajusten mejor a la naturaleza de los daños que usualmente se asocian a los accidentes médicos.

El diseño legal de mediación tampoco satisface el principio de reparación integral, puesto que minusvalora las lesiones que no generan invalidez e invisibiliza completamente a bienes incorpóreos (como la autonomía del paciente) que son de radical importancia en el ámbito médico. Adicionalmente, no se satisface el principio de reparación integral del daño, puesto que los montos que contempla la legislación no guardan una relación justa y adecuada con la cuantificación realizada por los tribunales en casos similares. El hecho de que en los últimos 20 años haya subido sensiblemente la cuantificación de los daños en los tribunales (hasta siete veces superior a los promedios de los acuerdos en mediación), mientras que los topes indemnizatorios han permanecido

inmóviles, demuestra que los muy escasos acuerdos económicos a los que se llega en mediación tienen un déficit de cobertura que afecta dramáticamente el principio de reparación integral del daño (Centro de Estudios de Justicia, 2020; Consejo de Defensa del Estado, 2011 ; Candia y Suazo, 2011).

Respecto de la promoción de acuerdos en que los prestadores médicos solo se comprometen a ofrecer disculpas, explicaciones o prestaciones asistenciales, no se puede dejar de advertir que se trata de una práctica poco decorosa, que, además, parece estar violentando lo ordenado por la propia ley que regula el procedimiento de mediación. Y es que, en términos generales, parece cuestionable que se le ofrezcan al paciente, como una forma de reparación, prestaciones que el Estado está legalmente obligado a proporcionarle; y, en términos específicos, “acuerdos” con ese contenido que difícilmente podrán cumplir con las exigencias del contrato de transacción, que es el instrumento previsto por la ley para formalizar los acuerdos que se alcancen mediante el procedimiento (Decreto 47, art. 34, 2005). Como se sabe, el contrato de transacción requiere que las partes se hagan concesiones recíprocas (art. 2446 del CC) y, en el contexto de una mediación, parece difícil aceptar que el paciente pueda válidamente recibir, a título de concesión, aquellas prestaciones a las que tiene derecho (información, trato digno, prestaciones médicas).

Particularmente, los acuerdos que involucran prestaciones asistenciales requieren un análisis un poco más detallado, puesto que el copago que se exigía para que algunos pacientes accedieran a prestaciones asistenciales en el sistema público de salud fue eliminado el año 2024.<sup>1</sup> Lo anterior interesa porque, hasta la referida fecha, la exoneración del copago podía entenderse como una concesión por parte del Estado en los acuerdos en los que se intercambia una renuncia de acciones por prestaciones médicas reparatorias. Sin embargo, desde la eliminación del copago, no resulta evidente cuál sería la concesión por parte de los prestadores médicos al comprometerse a otorgar prestaciones que, por ley, ya están obligados a proporcionar a los pacientes.

---

1 En el sistema de salud público chileno se atienden a las personas que forman parte del Fondo Nacional de Salud (FONASA), las que, según nivel de ingreso, pueden formar parte de diferentes tramos. Hasta 2024, las personas incorporadas en los tramos C y D debían cubrir un copago por las prestaciones de salud que se otorgaran en el sistema público, mientras que las que pertenecían a los planes A y B no debían pagar nada.

Por cierto, más allá de los vicios que puedan tener las transacciones referidas en el párrafo precedente, las circunstancias descritas en este apartado suponen, a todas luces, un desincentivo para que los pacientes tengan interés en llegar a un acuerdo. Salvo en los casos en que se ven forzados a aceptar las prestaciones médicas, ello convierte el eventual paso por el procedimiento de mediación en una formalidad engorrosa, costosa e inútil.

## Falta de procedimientos colectivos de mediación

Un cuarto problema que ha evidenciado el diseño legal de la mediación en Chile es que no contempla la posibilidad de realizar procedimientos colectivos, por ello es un factor de desigualdad de trato cuando la prestación médica afecta a un grupo más o menos grande de usuarios. Este problema se hizo patente recientemente en el caso de la gran cantidad de usuarias del sistema público de salud que resultaron afectadas al recibir anticonceptivos defectuosos, lo que generó una serie de embarazos no planificados.

La necesidad de implementar un procedimiento de mediación colectivo es general (para todo tipo de prestaciones que puedan afectar a un colectivo de pacientes), pero se hace aún más acuciosa en el contexto de entrada en vigor de la Ley 20.850 sobre productos sanitarios defectuosos, que expresamente refiere la aplicación de la mediación a los casos que involucran medicamentos y que, muy probablemente, van a generar daños que afectarán a grupos más o menos grandes de usuarios del sistema de salud (Cárdenas y Pérez, 2020 ).

Además de la referida afectación del principio de igualdad que una negociación individual genera a personas que han sido afectadas por la misma prestación médica, la proliferación de procedimientos que tienen la misma causa afecta negativamente el poder de negociación del grupo de pacientes afectados y supone malgastar una enorme cantidad de recursos públicos. En el caso referido, se debieron iniciar simultáneamente más de 200 procedimientos de mediación (prácticamente idénticos) en todo el país y, aunque se contó con el apoyo de la Unidad de Mediación del CDE, quedó patente la necesidad de regular un procedimiento colectivo.

## El desafío del sistema de resolución de conflictos médicos

Ya hemos visto que una de las principales causas de los malos resultados que exhibe la mediación en salud en Chile es que su diseño se orientó, casi exclusivamente, a evitar que los prestadores médicos fueran demandados. Empero, los referidos malos resultados no solo se deben a los problemas del diseño “interno” de la mediación en salud. Y es que, en la práctica, algunos rasgos característicos del sistema general de reparación de daños hacen muy improbable que la parte médica quiera resolver el conflicto en una instancia prejudicial.

Entre los referidos rasgos del sistema general de reparación de daños,<sup>2</sup> no se pueden dejar de mencionar los interminables tiempos de tramitación de los juicios, así como la operación de seguros de responsabilidad civil médica, que, como parte de su cobertura, asumen la representación judicial y extrajudicial de los médicos. De lo anterior se desprende que, aparte de los necesarios ajustes internos que hoy requiere la mediación, el gran desafío que tiene por delante el sistema general de resolución de conflictos médico-paciente no es otro que suprimir o disminuir los referidos obstáculos, antes de que el sistema se deslegitime por completo.

En relación con los tiempos de tramitación de los juicios por negligencia médica, cabe señalar que la situación en Chile es dramática, puesto que estos juicios se tramitan de acuerdo con el procedimiento ordinario y tienen una duración promedio de entre ocho y diez años. Como se puede advertir con facilidad, estos tiempos suponen un fuerte desincentivo para que la parte médica siquiera considere llegar a un acuerdo, puesto que, en las circunstancias descritas, la experiencia indica que muchos de los demandantes simplemente abandonarán el procedimiento. Sin embargo, incluso si, luego de evaluar el caso, los demandados llegaran a la conclusión de que el proceso terminará con una condena, seguirá pareciendo una buena opción asumir esta responsabilidad luego de diez años.

---

2 La eficacia de la mediación se ve afectada, además, por los cuantiosos gastos en los que la víctima debe incurrir para iniciar acciones legales (costos de abogados, notificaciones, peritajes psicológico y médico, entre otras) y, sobre todo, por la dificultad de acceso a los medios de prueba. En la práctica es muy difícil conseguir un médico que se pronuncie sobre el trabajo de otro médico, lo que a fin de cuentas redundaría en que en casos especialmente complejos el paciente no pueda acreditar la negligencia en juicio.

Respecto de la última idea referida en el párrafo precedente, la situación es aún más compleja para los pacientes si se toma en cuenta que, en la Corte Suprema de Chile, domina la tesis de que los intereses de los montos que se deben por daños se cuentan desde que la sentencia se encuentra firme y ejecutoriada (Corte Suprema de Justicia, 2023, rol N.º 161.606-2023). En simple, aunque una parte haya sufrido daños por 20 mil dólares hoy, el demandado tendrá que pagar esos mismos 20 mil dólares, si opta por el procedimiento judicial, ocho o diez años después.

La situación descrita constituye un incentivo perverso para que la parte médica abandone o desahucie la mediación. En este contexto, los desafíos del sistema general de resolución de conflictos tienen que ver con la búsqueda e implementación de los mecanismos que sean necesarios para disminuir los tiempos de tramitación y para ajustar la regla de cobro de intereses. Al respecto, podría resultar conveniente una reforma legislativa que hiciera aplicable a los juicios de negligencia médica las reglas del procedimiento sumario, que le diera preferencia para la vista de la causa a los recursos que se interpongan y que ordenara contabilizar los intereses del monto indemnizatorio desde que se produjo el daño o, al menos, desde el momento en el que se presentó la demanda.

Sobre la operación de seguros de responsabilidad civil médica, es preciso advertir que la mayoría de los médicos cuentan con algún tipo de seguros de responsabilidad civil, que, además de cubrir las posibles indemnizaciones por daños y los costos del procedimiento, incluyen los servicios de representación judicial y extrajudicial (Muñoz, 2022). Lo anterior supone un desincentivo para los acuerdos extrajudiciales, en la medida en que, como se sabe, las aseguradoras calculan el riesgo y el valor de la prima considerando, entre otros aspectos, la duración y los resultados de los procedimientos judiciales. Como el seguro es el que cubrirá los gastos, todas las decisiones sobre la estrategia de defensa del médico deberán hacerse siguiendo esta lógica, lo que significa que lo más probable es que se espere a que exista una sentencia condenatoria.

Adicionalmente, y estrechamente vinculado con lo anterior, las pólizas de seguro de responsabilidad civil contienen cláusulas que excluyen la cobertura en el caso de que la parte médica llegase a algún acuerdo extrajudicial sin su autorización (Chubb Seguros Chile, 2019). Como es evidente, lo anterior constituye un desincentivo adicional para los acuerdos en mediación. Al respecto, aunque la validez de este tipo de cláusulas podría ser cuestionada

en los tribunales, lo cierto es que una solución legislativa que forzara a las aseguradoras a cubrir la indemnización acordada en los casos en que los médicos lleguen a acuerdos parece lo más adecuado.

## Conclusiones

Desde hace algunas décadas, se observa una tendencia a implementar mecanismos alternativos para la resolución de conflictos. En el ámbito médico, el ordenamiento chileno incorporó hace ya 20 años un procedimiento obligatorio de mediación que ha contenido la judicialización del conflicto, pero que exhibe malos resultados en términos cuantitativos y cualitativos.

Como es natural, los malos resultados del procedimiento están afectando de manera creciente la legitimidad del procedimiento de mediación, lo que está provocando que los pacientes acudan directamente a los tribunales o que, simplemente, concurran al procedimiento extrajudicial de mediación para cumplir con la “formalidad” legal. La causa de los malos resultados se debe tanto a problemas de diseño legal “interno” del procedimiento de mediación como a la existencia de algunos rasgos característicos del sistema general de reparación de daños.

Respecto del diseño legal, se identifican problemas que tiene que ver con: i) el desequilibrio de poder e información entre las partes; ii) la utilización que se hace del procedimiento como una barrera de acceso a la justicia; iii) la implementación de topes indemnizatorios inadecuados y transacciones cuestionables, y iv) la falta de procedimientos que puedan atender las cada vez más comunes afectaciones colectivas en el ámbito médico.

Respecto de los efectos perniciosos de algunos rasgos característicos del sistema general de resolución de conflictos, es un hecho que los malos resultados de la mediación se ven potenciados, entre otras causas, por la excesiva duración de los procedimientos civiles y por la nociva intervención de los seguros de responsabilidad civil médica.

Sin duda alguna, en el contexto descrito, el gran desafío del sistema general de resolución de conflictos médico-paciente consiste en implementar todos los cambios normativos necesarios para mejorar sensiblemente la eficacia, tanto

cuantitativa como cualitativa, de los acuerdos en mediación, antes de que el procedimiento termine de deslegitimarse por la vía de ser percibido como una formalidad engorrosa, costosa e inútil.

## Referencias

- 26° Juzgado Civil de Santiago. Caso Cáceres con Ureta, rol N.º 4891-2023; 1 de febrero de 2024.
- Aguirre, V. (2012). El derecho a la tutela judicial efectiva: una aproximación a su aplicación por los tribunales ecuatorianos. *Revista de Derecho UASB-Ecuador*, (14), 5-43. <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/view/387/382>
- Ardiles, R. (2017). *Estudio sobre acuerdos de mediación por daños de salud en el sector público, a 10 años de la consagración de la Ley 19.966*. [Tesis de licenciatura, Universidad de Chile]. Repositorio Académico de la Universidad de Chile. <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/144437?show=full>.
- Baraona, S. (2011). Las ADR en la justicia del siglo XXI, en especial la mediación. *Revista de Derecho (Coquimbo)*, 18(1), 185-211.
- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. (2004). *Historia de la Ley 19.966*. <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5682/>
- Bordalí, A. (2004). Justicia Privada. *Revista de Derecho (Valdivia)*, (16), 165-186. [https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502004000100008](https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502004000100008)
- Candia, P. y Suazo, I. (2011). Tasa de éxito del sistema de mediación prejudicial por daño en salud en Chile entre los años 2005 y 2009. *International Journal of Odontostomatology*, 5(3), 300-303.
- Cappelletti, M. (1993). Alternative Dispute Resolution Processes within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement. *Modern Law Review*, 56(3), 282-296.
- Cárdenas, H. y Moreno, J. (2011). *Responsabilidad médica. Estándares jurisprudenciales de la falta de servicio*. Abeledo Perrot.
- Cárdenas, H. y Pérez, M. (2020). COVID-19 y responsabilidad civil médica: desafíos de una enfermedad desconocida que devino en pandemia. *Acta bioethica*, 26(2), 155-164.
- Cárdenas, H. y Sánchez, J. (2018). Criterios de determinación del quantum indemnizatorio, solidaridad contractual y teoría de la opción. En H. Cárdenas (Dir.), *Jurisprudencia crítica. Comentarios de fallos 2015-2017* (pp. 51-64). Editorial Rubicón.
- Centro de Estudios de Justicia. (2020). *Estudio de efectos desjudicializadores de la mediación en salud 2011-2020*. Centro de Estudios de Justicia. <https://derecho.uchile.cl/dam/jcr:9496c5ea-c1d8-4fee-9c77-f60daa145b49/Estudio-efectos-desjudicializadores-de-la-mediacion-en-salud-2011-2020-CDE-para-publicar.pdf>
- Chubb Seguros Chile. (2019). *Seguro de responsabilidad civil para médicos y profesionales de la salud*. Comisión para el Mercado Financiero. [https://www.cmfchile.cl/sitio/seil/pagina/rgpol/muestra\\_documento.php?ABH89548=37G70IE7IX10663J35MN4ABCIV864AJ35MNLPKA0V864AV864AV864A4ABCI](https://www.cmfchile.cl/sitio/seil/pagina/rgpol/muestra_documento.php?ABH89548=37G70IE7IX10663J35MN4ABCIV864AJ35MNLPKA0V864AV864AV864A4ABCI)
- Consejo de Defensa del Estado. (2011). *Mediación y desjudicialización en el Consejo de Defensa del Estado (CDE)*. 2011. <https://www.cde.cl/mediacion/wp-content/uploads/sites/16/2016/01/ESTUDIO-DESJUDICIALIZACION-nov-2011.pdf>.

- Consejo de Defensa del Estado. (2023). *Balance de Gestión Integral. 2023*. [https://www.cde.cl/gestion\\_institucional/wp-](https://www.cde.cl/gestion_institucional/wp-)
- Copani, J. y Pérez, A. (2006). Los llamados métodos alternativos de resolución de conflictos vistos desde el proceso civil. ¿La justa realización del derecho material vs. la resolución de conflictos?, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 1(1), 155-183.
- Corte de Apelaciones de Antofagasta. Cortés con Olivares Mardones, rol N.º 823-2005; 02 de noviembre de 2005.
- Corte de Apelaciones de Concepción. Caso Vega con Servicio de Salud Concepción, rol N.º 764-2009 (acumulada rol N.º 858-2009); 03 de diciembre de 2009.
- Corte de Apelaciones de Concepción. Fredes con Jobet, rol N.º 211-2007; 20 de mayo de 2008.
- Corte de Apelaciones de Concepción. Jofré con Servicio de Salud Concepción, rol N.º 1.047-2007; 21 de enero de 2008.
- Corte de Apelaciones de Concepción. Riffo con Silva, rol N.º 984-2006; 26 de septiembre de 2006.
- Corte de Apelaciones de San Miguel. Caso Retamal con Servicio de Salud Metropolitano Sur, rol N.º 325-2016; 17 de octubre de 2016.
- Corte de Apelaciones de Santiago. Caso Coyape con Consejo de Defensa del Estado, rol N.º 9335-2021; 6 de julio de 2021.
- Corte de Apelaciones de Santiago. Gutiérrez con Clínica Héctor Valdés Ltda., rol N.º 3.204-2009; 17 de agosto de 2009.
- Corte Suprema de Justicia. Caso Bahamondes con Ramírez, rol N.º 5.195-2011; 03 de septiembre de 2012.
- Corte Suprema de Justicia. Caso Cabrera con Carrasco, rol N.º 5.005-2008; 07 de junio de 2010.
- Corte Suprema de Justicia. Caso Echeñique con Clínica Dávila S.A., rol N.º 6.373-2008; 30 de diciembre de 2010.
- Corte Suprema de Justicia. Caso Escobar con Consejo de Defensa del Estado, rol N.º 40.609-2016; 15 de marzo de 2017.
- Corte Suprema de Justicia. Caso Fernández con Arinoviche, rol N.º 31.061-2014; 21 de marzo de 2016.
- Corte Suprema de Justicia. Caso Hernández con Servicio de Salud Concepción, rol N.º 18.306-2016; 03 de abril de 2017.
- Corte Suprema de Justicia. Caso Neira con Corvalán y Clínica Indisa, rol N.º 161.606-2023; 16 de mayo de 2023.
- Corte Suprema de Justicia. Caso Reyes con Servicio de Salud de Araucanía Sur, rol N.º 10609-2023; 22 de mayo de 2023.
- Corte Suprema de Justicia. Caso Salgado con Servicio de Salud de Concepción, rol N.º 6.320-2007; 03 de diciembre de 2009.
- Corte Suprema de Justicia. Caso Videla con Corporación Sanatorio Alemán, rol N.º 13.850-2022; 16 de junio de 2024.
- Corte Suprema de Justicia. Montes con Servicio de Salud Concepción, rol N.º 6.798-2007; 25 de marzo de 2008.
- Corte Suprema de Justicia. Vejar con Servicio de Salud Concepción (2007), rol N.º 6.793-2007; 25 de marzo de 2008.
- Decreto 47 del 2005 [Ministerio de Salud]. Reglamento de mediación por reclamos en contra de prestadores institucionales públicos de salud o sus funcionarios y prestadores privados de salud. 1 de febrero de 2005.

- Fiss, O. (1984). Against Settlement. *The Yale Law Review*, 93(6), 1073-1090.
- Hernández, J. y Munuera, P. (2015). Mediación: el camino de la resolución de conflictos en Sanidad Militar. *Sanidad Militar*, 71(1), 52-56.
- Hozven, D. (2022). *Los problemas de la mediación en salud en Chile, a más de 15 años de su implementación* [Tesis de maestría, Universidad de Chile]. Repositorio Académico de la Universidad de Chile. <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/187771>
- Katz, L. (1993). Compulsory Alternative Dispute Resolution and Voluntarism: Two-Headed Monster or Two Sides of the Coin. *Journal of Dispute Resolution*, 1993(1), 1-55.
- Kehr, J. (2021). Mediaciones en salud: ¿un método alternativo de resolución de controversias o una barrera más para la tutela de derecho de los pacientes? *Revista del Abogado*, 1(2021), 13-15.
- Lagos, M. S. (8-11 de noviembre de 2016). *Experiencia de la mediación por daños en salud y conveniencia de su extensión en el ámbito público* [Ponencia]. XXI Congreso Internacional del CLAD, Santiago, Chile. <https://www.camsantiago.cl/wp-content/uploads/2021/01/2016-Experiencia-de-la-mediacion-por-danos-en-salud-y-conveniencia-de-su-extension-en-el-ambito-publico.pdf>
- Ley 19966 de 2004. Establece un Régimen de Garantías en Salud. 25 de agosto de 2004. Diario Oficial, 3 de septiembre de 2004 (Chile). <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=229834>
- Munuera, P. (2020). La mediación sanitaria en Chile. *Revista Médica de Chile*, 148(6), 792-798.
- Muñoz, P. (2022). La mediación en Salud: ¿se puede aumentar su eficacia y evitar más litigios? *Revista FALMED*, 74(1), 1-10.
- Musso, B. (2018). De las mediaciones por daños en salud. *Actualidad Jurídica*, (37), 319-356.
- National Health Service. (2023, August 10). *Dispute Resolution*. NHS Resolution. Available from: <https://resolution.nhs.uk/services/claims-management/alternative-dispute-resolution/#:~:text=ENE%20is%20where%20an%20independent,would%20rule%20on%20the%20case>
- Parra, D. Olivares, A. y Riesco, C. (2018). La mediación en el ámbito de la salud y su rol en la relación sanitaria. *Revista de Derecho (Concepción)*, 86(243), 121-144.
- Peña, C. (1997). Notas sobre la justificación del uso de sistemas alternativos. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, (1-2), 109-132.
- Perez, A. y Copani, J. (2006). Los llamados métodos alternativos de resolución de conflictos vistos desde el proceso civil. ¿La justa realización del derecho material vs. la resolución de conflictos? *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 27(1), 155-183.
- Pizarro, C. (2010). Controversias jurisprudenciales de la responsabilidad de los servicios públicos de salud. *Cuadernos de Análisis Jurídico*, (VI), 187-198.
- Riveros, C., Villarroel, G. y Olivares, M. (2019). Ventajas de la mediación en el ámbito sanitario y su ampliación a otros tópicos. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1(155), 997-1014.
- Taruffo, M. (2008). ¿Verdad negociada? *Revista de Derecho (Valdivia)*, 21(1), 129-151.
- Taruffo, M. (2009). *Páginas sobre justicia civil* (M. Aramburo, Trad.). Marcial Pons.
- Tironi, E. (2006). La sociedad impaciente. Los cambios de los chilenos y la salud. En M. Chomali y J. Mañalich (Eds.), *La desconfianza de los impacientes. Reflexiones sobre el cuidado médico y la gestión de riesgos en las instituciones de salud* (pp. 11-20). Editorial Mediterráneo.
- Villamizar, A. (2018). *La mediación en la Ley 19.966 sobre Garantías en Salud*. Programa Reformas a la Justicia. <https://reformasalajusticia.uc.cl/analisis-jurisprudencial/153-la-mediacion-en-la-ley-19-966-sobre-garantias-en-salud>