

LA IMPORTANCIA DE LA CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE EN LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS POR LA ATENCIÓN MÉDICA.

Dr. Héctor Fernández Varela Mejía

Estoy convencido que México es pionero en el campo del arbitraje para la solución de controversias derivadas de la atención médica y sobre todo de establecer un sistema original que se ha ido perfeccionando en la Comisión Nacional de Arbitraje Médico. El procedimiento diseñado por la Comisión ha servido de modelo no solo para comisiones estatales sino para algunas instituciones y agrupaciones de otros países interesados en la búsqueda de alternativas de solución para sus propios problemas en la atención de la salud y que, desde luego, son similares a los nuestros.

Así como en 1993 México se adelantó a muchas naciones al consagrar constitucionalmente el derecho a la protección de la salud, 13 años después se adelanta en proponer formas alternativas de solución de conflictos médicos con la creación de la CONAMED que fue ideada, promovida y apoyada por el Dr. Juan Ramón de la Fuente en su calidad de Secretario de Salud, quien nos encargó a un grupo de colaboradores el estudiar y proponer un modelo de estructura, de atribuciones y de procedimientos de atención, el cual, una vez elaborado, fue puesto a consideración y discutido con las instituciones que se encuentran involucradas en la recepción y atención de dichos asuntos como los tribunales jurisdiccionales, la CNDH, el Congreso de la Unión, la entonces Secretaría de la Contraloría y Desarrollo Administrativo, las instituciones de Seguridad Social y los grupos colegiados de los profesionales de la salud, esta etapa fue de una gran complejidad para evitar el invadir campos que corresponden a otras autoridades y fincar solidamente sus atribuciones en las diversas leyes del Derecho Mexicano.

En esta forma y tras largos debates se perfeccionaron las atribuciones y la denominación como Comisión Nacional de Arbitraje Médico, dejando de lado la idea de un tribunal y menos aun de una procuraduría, privilegiando la función de arbitraje como la mas trascendente y definitiva de sus atribuciones por las ventajas que ofrece sobre los juicios normales al ser un proceso mas expedito, con juzgadores expertos en el tema, menos costoso y que permite llegar a conciliaciones en cualquier momento del proceso, pero que de ser necesario concluye con un laudo homologable ante los tribunales. Es, así mismo, capaz de poder emitir opiniones técnicas en cualquier caso que lo juzgue pertinente en su carácter de metaevaluadora y fungir como perito a petición de las autoridades de procuración e impartición de justicia y otras autoridades.

Se dotó a la Comisión de una estructura muy sólida y suficientemente amplia para poder desarrollar las funciones con un buen nivel de calidad y eficiencia. El 3 de junio de 1996 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Decreto por el que se crea la CONAMED ofreciendo así una alternativa de

solución a los problemas de la atención médica que prevalecían en nuestro país como eran:

- Aumento de los juicios de amparo que toman como fundamento el Derecho a la protección de la salud consagrado en nuestra Constitución.
- También se apreciaba una hipertrofia de quejas ante la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- Inclínación por la vía penal sobre la civil en casos de supuesta mala práctica.
- Polémicas citaciones del Ministerio Público al personal médico.
- Tendencia creciente de casos difundidos en los medios de comunicación donde sin bases se juzga y se condena a los prestadores de servicios de salud alentando la desconfianza de los pacientes y su apetito de formular demandas y denuncias.
- Los resultados de la Encuesta Nacional de Salud de 1994 que mostró un alto grado de insatisfacción de los pacientes, que habla de una deficiente calidad de los servicios tanto públicos como privados.
- Las exageradas expectativas de la sociedad en el avance de la ciencia y las técnicas médicas.
- La actitud crítica de la sociedad sobre la actividad médica.

Al anunciar la creación de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico el Dr. Juan Ramón de la Fuente expresó y citó: “Desde hace meses por instrucciones del Presidente de la República, venimos trabajando intensamente en la configuración de una instancia con características como la que hoy se presenta. La consulta, el diálogo, el análisis y la discusión de las propuestas que se presentaron han sido por demás enriquecedoras”. “Trabajamos para construir un amplio consenso que, lejos de polemizar, permitiera la creación de nuevos puentes entre dos aliados históricos: los médicos y los pacientes en el complejo escenario social en el que ahora vivimos”, fin de la cita.

Con la CONAMED se buscó evitar la medicina defensiva, desalentar la cultura litigiosa y fortalecer la relación médico-paciente dotándola de una naturaleza suigénesis que conjunta atribuciones de Árbitro Institucional, Composedor procesal, perito institucional de calidad en materia de la *lex artis ad hoc* y del derecho sanitario, ombudsman especializado y metaevaluador de la atención médica.

Hace 35 años en México no se vivían los problemas que ahora enfrentan los médicos y los demás profesionales de la salud al acudir a los tribunales, a las agencias del Ministerio Público y otras autoridades para responder las quejas y demandas interpuestas por los pacientes y sus familiares, por lo que entonces no se sentía la necesidad de contar con tribunales especializados en derecho sanitario.

Al cambio a todas luces negativo, han contribuido los medios de comunicación que presentan una visión de la medicina como una ciencia todopoderosa que solo tiene fallas por la incapacidad de los prestadores de servicios de salud; con esa idea la sociedad ve al médico como un profesional obligado a la infalibilidad.

Esta situación ya se veía venir desde hace varias décadas y el mismo Maraón a mediados del siglo XX, decía más o menos lo siguiente: “El médico, por el progreso de la ciencia y de la técnica y la difusión de este por los medios de comunicación del mundo, ya no es el personaje enigmático que practicaba una ciencia misteriosa, hoy se le ve como un simple intermediario entre los remedios conocidos y el dolor del paciente por lo que está a punto de perder su prestigio de experto en la naturaleza del hombre, ya que hoy día todos se consideran poseedores del conocimiento, y así el médico pasaría a ser un burócrata que propone sus recetas, que deben ser discutidas con el paciente, enterado éste de los últimos progresos a través de la Internet, casi como se discuten y eligen los platillos de la carta de un restaurante”.

Un elemento más es el advenimiento de la medicina administrada que lleva a burocratizar al personal de salud y hacer de la atención médica un rubro más del espectro de servicios de atención al consumidor. De tal forma que los conflictos médico-paciente se pretenden reducir al logro de reivindicaciones para este último que hoy por hoy tiene una mayor conciencia de sus derechos.

En una buena parte de las reclamaciones por actos de atención médica impera una suerte de neurosis generalizada que va más allá de la mera solución de controversias o la construcción de escenarios jurídico-procesales y que amerita profundas reflexiones sobre el problema social que entrañan y que no puede resolverse en meros juicios civiles, penales ni administrativos. No se busca una condena pues el paciente carece de “legitimación de la causa”, sino contar con la certeza de si el facultativo actuó con diligencia y aplicó con pericia los conocimientos que la ciencia propone en el caso específico.

A esta neurosis contribuye el hecho que el progreso de la humanidad no ha sido equilibrado, el progreso en el campo moral y filosófico toma períodos de tiempo prolongados a través de muchas generaciones y en cambio el progreso científico y técnico se aprecia en una sola generación, lo que complica un juicio ecuaníme por parte de la sociedad sobre el proceder del médico ante el avance científico.

Como mencioné antes los medios masivos de comunicación contribuyen a desinformar a la sociedad, tal es el caso del derecho a la protección de la salud plasmado en el artículo 4° constitucional que los medios manejan en el discurso como el derecho a la salud fincando en la población falsas expectativas de que el manejo de la enfermedad, debe verse coronado con el éxito. Que quede claro que no pretendo soslayar la responsabilidad del médico, que también en muchos casos, obra con impericia y a veces hasta ignorancia, con negligencia inadmisibles,

realiza cobros injustificados y establece una deficiente y distorsionada relación médico-paciente. De aquí la importancia y la complejidad que tiene el estudio de estos casos y el proponer soluciones justas a la luz de la *lex artis ad hoc*, de la ética médica, la bioética y de las normas legales aplicables, incluidas en primer término las sanitarias.

En la medicina inciden diversos lenguajes de la medicalización, como apunta Engelhardt:

- Los que se refieren a la evaluación de funciones biológicas, dolencias y enfermedades generalmente aceptables.
- Los que se pueden encontrar en textos que opinan sobre descripciones clínicas.
- Los modelos que explican científicamente las causas de los padecimientos y
- Los que se basan en las expectativas de la sociedad, que por regla general discrepa de los conceptos científico-profesionales.

Por ello es necesario contar con instituciones capaces de lograr la traducción de los diversos lenguajes de manera clara para todos los involucrados en una controversia con el fin de disminuir la angustia que estos problemas generan.

El Dr. Ramón de la Fuente Muñiz señala que “La angustia es una respuesta global de la personalidad en situaciones que el sujeto percibe como amenazantes para su existencia organizada”, “Se caracteriza”, dice “como una sensación de incertidumbre e impotencia ante una amenaza que no es percibida del todo o lo es en forma vaga”. Esto es lo que predomina en muchas de las quejas sobre atención médica y que difícilmente puede ponderarse en un proceso jurisdiccional no especializado ya que en ese escenario se recurre a culpar a terceros y nadie más a propósito que el personal de salud que efectuó la atención. La casuística demuestra en casos de denuncia ante el Ministerio Público, que los familiares solicitaron la intervención del mismo por deficiente comprensión de la enfermedad de su paciente o al vivir la etapa agresiva en su proceso de duelo. Todo esto es más notorio cuando existe una mala relación médico-paciente aun sin que se observen desvíos en el deber de cuidado médico propiamente dicho.

1. Se denuncia o demanda como un mecanismo de defensa.
2. El demandante ni siquiera tiene conciencia del acto médico.
3. La demanda tiene el propósito de proyectar culpas al promovente.

Por desgracia los órganos de procuración de justicia se encuentran poco informados de las bases que sustentan el ejercicio médico y con frecuencia realizan sus averiguaciones con los mismos métodos que emplean para la investigación de los verdaderos delitos.

De todo esto se desprende que el problema a primera vista no es de administración de justicia y al delegarlo a los tribunales se deja de lado el origen del problema y se entroniza la conflictiva social a la que me he referido antes llevándola a extremos insospechados. Una solución razonable es atender este innegable problema en sus orígenes o sea en el ámbito de los servicios de salud promoviendo programas para:

- Impulsar la buena relación médico-paciente.
- El manejo correcto de información y comunicación.
- La atención de los procesos de angustia y de duelo.
- Calidad de la atención y
- Establecer instituciones de conciliación y arbitraje especializadas y justas.

Por regla general ni el paciente ni sus familiares tienen una idea clara del llamado riesgo inherente del acto médico y por ello atribuyen a errores el fracaso terapéutico, situación que se combina con la frecuente ignorancia del juzgador que distorsiona el sentido de la sentencia. En el derecho penal se ha acuñado la idea de suponer que el médico es garante respecto a la vida y salud de sus pacientes. Cuando todos sabemos que el médico por más perito y diligente que sea no puede garantizar hechos de la naturaleza, como decía Alexis Carrel “La enfermedad es un suceso personal. Existen tantas enfermedades diferentes como enfermos”. Pese al puntual cumplimiento de la *lex artis ad hoc* y un actuar diligente, el paciente puede fallecer, empeorar o no mostrar mejoría.

Por otra parte un caso verdadero de mala práctica ventilado a través de un proceso jurisdiccional con apego riguroso a las reglas procesales puede dejar de lado las evidencias técnicas y científicas del error y fincar una sentencia absolutoria para el profesional de salud en detrimento de la justicia que asiste al paciente demandante. Mi punto de vista es que en controversias por la atención médica el recurrir en primera instancia a la alternativa procesal ahonda la conflictiva social y no mejora la acción de la justicia, ya que se carece en los tribunales de salas especializadas en derecho sanitario, facilitando así los errores en las resoluciones y aun cuando finalmente se aclaren y se declaren improcedentes, persiste irreversiblemente la difamación que tuvo lugar en perjuicio de una de las partes.

Son imprescindibles entonces instituciones especializadas que fundamenten su quehacer en conocimientos sólidos de las bases científicas, éticas y legales del acto médico y cuyo personal haya profundizado de manera constante en los diversos apartados de esa disciplina jurídica. Dichas instituciones pueden instalarse en el poder judicial pero al ser mas acorde con su vocación realizar arbitrajes médicos institucionales que contemplen dos etapas, la conciliatoria y la decisoria, en mi parecer deben ser independientes del poder judicial y funcionar como una instancia previa a los tribunales.

Si dichas instituciones arbitrales como son la CONAMED y las comisiones estatales logran probar sus grandes bondades y ganar la confianza de la sociedad, incluyendo la de las autoridades dedicadas a la resolución de conflictos, podrá evitarse el incremento de la medicina defensiva y de las reclamaciones injustificadas que tan profundo daño han causado en otras naciones, donde los médicos dejan de ejercer las especialidades que con mayor frecuencia son objeto de demandas y evitan atender pacientes potencialmente demandantes; se niegan a realizar procedimientos de alto riesgo y a veces hasta simples procedimientos obstétricos; los montos de la atención privada se van incrementado en forma desmedida para cubrir el pago de seguros de responsabilidad profesional; ha proliferado la “industria de la demanda”, las sentencias de los tribunales se basan en criterios jurídicos-normativos alejados de la razonabilidad médica y se vive un clima de “linchamiento”, cada vez mas preocupante, en los medios de comunicación.

Las reclamaciones son más frecuentes en los casos de fallecimiento, de enfermedades de larga duración, de incapacidades permanentes y ante cobros estimados excesivos por el paciente y su familia, ya que no se acepta que la enfermedad se mantenga a pesar de la intervención médica y los costos de la misma, lo que es vivido como una frustración agravada donde se juzga al médico no por los medios empleados sino por los resultados, como si el médico agravara el problema según asevera Alfredo Achaval.

En esos casos se aprecia una grave deficiencia técnica de las reclamaciones pues al asociar indebidamente el binomio cobro-resultados se deja de lado la cuestión principal que es ponderar la real naturaleza de las obligaciones médicas y ello impide apreciar el verdadero motivo de la reclamación.

Estoy consciente que no se puede impedir al quejoso o demandante que intente resolver sus reclamaciones por la vía que considere más pertinente, pero mucho ayudaría que los tribunales jurisdiccionales, las procuradurías, las comisiones de derechos humanos y aun las contralorías sugieran a los demandantes que acudan en primera instancia a un procedimiento de amigable composición como son las comisiones de arbitraje médico. Si esta práctica se convirtiera en una regla mucho se ganaría para todos los involucrados.

Para el paciente por lograr soluciones justas y expeditas, para los prestadores de servicios al ser estudiados sus casos por especialistas en derecho sanitario y para las autoridades mencionadas arriba por disminuir sus cargas del trabajo.

En el ámbito procesal civil al atenerse el juzgador sólo a los hechos controvertidos, en no pocas ocasiones se ve impedido de pronunciarse respecto a hechos que pueden tener enorme interés jurídico para las partes. Pues se pierde la oportunidad de examinar si existió o no mal praxis, desde luego esto puede suceder también en los juicios arbitrales, pero no ocurre si la institución arbitral tiene también el carácter de ombudsman o metaevaluador, que podrá emitir

recomendaciones u opiniones técnicas para conocimiento de las autoridades competentes.

También es frecuente que el paciente recurra a la averiguación previa para que sea la autoridad la que litigue en su beneficio y así convierten en penal un asunto que en su origen no debiera ser sino de carácter civil y en muchas hipótesis se identifica indebidamente alguna deficiencia en el acto médico nada menos que con la comisión de un ilícito penal. Considero que estas desviaciones de lo jurídico deberían ser corregidas so-pena de producir sentencias injustas o al menos molestias, cargas y pérdida de tiempo para las partes. La autoridad moral de la CONAMED debería utilizarse en modificar paulatinamente estas formas de proceder de los pacientes y sus abogados porque finalmente la casi totalidad de las averiguaciones previas está viciada de notorios elementos de nulidad procesal, según afirman los jurisconsultos estudiosos del tema.

Debe de quedar clara la distinción que los conceptos médicos de muerte y enfermedad no son equivalentes de los jurídicos homicidio y lesión como pretende establecerse ante los tribunales.

Por ello es necesario distinguir para el manejo jurídico las diversas desviaciones en las conductas del médico.

- a) Las que son inocuas y no tienen interés para efecto de culpa o responsabilidad.
- b) Las que entrañan riesgo inherente citado en la literatura (*lex artis ha doc*) y se justifican como efectos adversos admisibles para salvaguardar un bien superior. Basta que se haya cumplido con obligaciones de medios y diligencia para avalar un ejercicio correcto.
- c) Las que entrañan incumplimiento de disposiciones de la Ley General de Salud, sus reglamentos o normas oficiales, que dan origen a una sanción administrativa pero no a responsabilidad penal ya que no existen daños a la salud.
- d) Las que suponen incumplimiento a lo pactado por las partes sin existir daño a la salud o la vida. Tampoco tiene relevancia penalística salvo que se configure el delito de fraude.
- e) Las que implican error por negligencia o impericia con daño a la salud o la vida las cuales sí son de la esfera penal como delitos no intencionales y
- f) Las que prueban la existencia de mala fe como el comercio de órganos, investigación ilícita en seres humanos, cirugía innecesaria, etc., que son delitos decididamente dolosos.

Como se aprecia, solo una pequeña parte de las inconformidades con la atención médica deban ser del resorte de las autoridades penales, el resto puede ser resuelto por la vía civil en los tribunales o con medios alternativos de solución de controversias.

Por otra parte aun cuando la atención médica se inscribe en lo enunciado en el artículo 4° constitucional, no todo acto de atención médica es materia de violación de derechos humanos y mucho menos de ser atendidos por los organismos responsables de su defensa, máxime que carecen de atribuciones cuando se trata de asuntos jurisdiccionales, mismos que requieren de una resolución mediante sentencia o laudo. Dicho de otra forma las comisiones de derechos humanos no tienen la capacidad para resolver controversias de naturaleza civil y resulta por lo menos confuso que una responsabilidad médica por negligencia e impericia resulte una violación de derechos humanos si se registra dentro de una institución pública de servicios médicos pero no lo es si se suscita en una instalación de carácter privado.

Por ello he sostenido siempre que las instancias idóneas para dirimir estos conflictos son los tribunales civiles o mejor aun las instituciones especializadas en atención médica como CONAMED que tiene atribuciones expresas para resolver en definitiva a través de un laudo que equivale a una sentencia de naturaleza civil además de su carácter de ombudsman especializado.

Lo mismo puede decirse respecto a intentar las reclamaciones a través de los órganos de control de la administración pública, ya que no se supone la existencia de atribuciones judiciales a favor de los órganos de contraloría y menos aún para la fijación de derechos de las partes en la relación jurídica médico-paciente. En estos casos los denunciantes no son parte en la litis sino meros coadyuvantes de la autoridad y estos órganos no pueden resolver respecto a la reparación de daños y perjuicios a favor del quejoso. Aún cuando el médico fuera responsable no habría sido oído ni vencido en juicio, como sucede en el juicio ordinario civil o en el proceso arbitral médico, de tal forma que difícilmente podría obligársele a la reparación correspondiente, sino solo procede la sanción institucional que de acuerdo a la legislación administrativa le corresponde.

También puede intentarse una denuncia ante la autoridad sanitaria que tiene toda la capacidad para ejercer la acción popular cuyas características son:

- 1.- Se trata de una denuncia.
- 2.- No requiere legitimación o sea no es necesario deducir un derecho propio como en el caso de los tribunales civiles.
- 3.- No se deducen pretensiones o sea prestaciones del denunciado.
- 4.- Solo origina medidas de seguridad y/o sanciones administrativas.

Por tanto esta vía tampoco parece la adecuada cuando se trate de reclamación de indemnizaciones en favor del demandante.

Salta a la vista que resulta confuso, inadecuado y oneroso que se permita la existencia de tantas vías, lo que, como ya lo he expresado, no favorece la acción de la justicia sino más bien la entorpece y deforma sus resultados.

Todo ello fortalece la tesis de privilegiar la atención de estos asuntos por tribunales arbitrales ad hoc en los cuales se intente en primera instancia la resolución del conflicto mediante la gestión inmediata de prestaciones, la asesoría al usuario, la conciliación y en su caso el arbitraje, de tal forma que se desaliente la cultura de la queja. Esta fue la idea que inspiró la creación de la CONAMED y el Dr. Juan Ramón de la Fuente consciente de los problemas que sobre la materia se venían acumulando propuso este camino que de ninguna manera es inconstitucional pues privilegia el cumplimiento de las garantías en juego:

- El derecho a la protección de la salud.
- La no discriminación de los pacientes o del personal de salud.
- La atención al derecho de petición y las garantías de audiencia y legalidad.
- La administración de justicia pronta y expedita.
- Y la libertad de Ejercicio Profesional entre otras.

Se respetan así varias premisas esenciales:

- Reducir la litigiosidad y los juicios innecesarios.
- Atender a las partes respecto a su situación jurídica.
- Satisfacer las prestaciones de salud demandadas con justicia en forma inmediata.
- Privilegiar el estudio y solución de los casos por expertos tanto en medicina como en derecho sanitario.

Existe la experiencia en otros países de que cuando se dejan los asuntos del Derecho Sanitario en manos de los tribunales tradicionales lo único que se ha logrado es trasplantar el injusto y oneroso modelo norteamericano que tan costosas consecuencias ha tenido en el vecino del norte.

En México somos testigos que los tribunales, tan idóneos en un sinnúmero de materias, no han establecido una metodología eficaz para el estudio del acto médico que reviste particularidades sui géneris y requiere para su cabal interpretación de las herramientas conceptuales del Derecho Sanitario. Por ello se justifica la necesidad de tribunales especializados y con una vocación conciliatoria no meramente formalista sino con la consigna de procurar resolver por esta vía el mayor número de asuntos y que en caso necesario, mediante el estudio objetivo del caso y después de efectuar el proceso arbitral emita una resolución con carácter de cosa juzgada.

Cabe aquí preguntarse una vez mas, si dichos tribunales debieran de pertenecer al poder judicial o alcanzar su completa autonomía; a mi juicio sería muy aventurado incorporarlos a la estructura judicial por el riesgo de asimilar la inercia burocrática que sabemos prevalece en el medio. Por otra parte ésto los privaría del carácter de metaevaluador de la atención médica y del carácter de perito institucional que tantas oportunidades ha dado para apoyar a las demás

instituciones que conocen de litigios médicos: tribunales, procuradurías, comisiones de derechos humanos, contralorías, etc.

No es extraño que el arbitraje este siendo privilegiado en nuestros días en diversos campos tanto en asuntos internos de los países como a nivel internacional ya que:

- Encausa la voluntad de las partes al logro de una solución justa de manera no formalista.
- Supone la consideración de parámetros reconocidos internacionalmente.

No me parece ocioso comentar que en contraste con la fuerza que va teniendo en nuestros días el arbitraje en distintos campos de la actividad humana de todas las latitudes, es innegable que es también uno de los métodos más primitivos para la solución de controversias cuyos primeros indicios los encontramos en la civilización sumeria con las tablas de nippur (de 3000 a 2,500 años a.c.), y el Código de Hammurabi que rigió en Babilonia (en 1,750 años a.c.), donde se instituye el arbitraje privado que ya contenía elementos que han trascendido hasta nuestros días como:

- Pactar el arbitraje a través de un contrato (compromiso arbitral).
- Reconocimiento de la autonomía de la voluntad de las partes para designar árbitros.
- Evitar la posibilidad de litigio ante los tribunales.
- Posibilidad de llegar a un arreglo extrajudicial.
- Emisión de un laudo a título de equivalente jurisdiccional.
- Posible intervención judicial en caso de no acatarse el laudo.

Hay testimonios también en el derecho hebreo, tanto en la Tora como en el Talmud que sin ser códigos legales en el sentido estricto contienen múltiples referentes jurídicos. También en el Génesis y el Éxodo se cita específicamente al arbitraje como un medio de diferir controversias. Lo mismo puede decirse de su uso en la civilización romana a pesar que en general ésta despreciaba la profesión médica como una actividad de extranjeros, esclavos y libertos, por lo que los problemas que se suscitaban no eran dignos de los tribunales jurisdiccionales y podían ser resueltos por simples árbitros.

Es evidente desde el punto de vista histórico que el arbitraje médico, aun cuando no se refiera al mismo con este nombre, es una institución que viene desde las primeras sociedades humanas y ha permanecido a lo largo de los tiempos, incluso en contraposición y contradicción de los sistemas ordinarios. En muchos países de Iberoamérica se deja en manos de los colegios de profesionales; en otros como en México, siguiendo el “Modelo francés”, se da preferencia a instituciones especializadas “ad hoc” para llevar a cabo los arbitrajes como su función toral. Es así como surgen en nuestro país la CONAMED y las comisiones estatales de arbitraje médico.

En todos los ámbitos de la cultura (y lo jurídico no es una excepción), existe una marcada tendencia de “regresar a los orígenes”, y este regreso en materia de arbitraje no puede limitarse a la mera repetición de las reglas del derecho romano que en última instancia es original de Grecia.

Considero que existe un grave riesgo de “judicializar” la práctica médica y me sumo a lo expresado por el Dr. José Samaniego que fue presidente del Colegio Oficial de Médicos de Madrid cuando expresaba que la “judicialización de las reclamaciones por responsabilidad médica-asistencial no es un sistema eficaz que satisfaga a pacientes ni a profesionales”. “Es lento, incierto en el resultado, angustioso y preñado de procedimientos pesados para las partes”.

Yo mismo expresé hace una década “que el arbitraje es el futuro en materia de responsabilidad profesional y el medio de resolución de conflictos que menos deteriora la relación entre el médico y el paciente, por lo que apuesto por él con total convencimiento”.

Es evidente que el arbitraje, a pesar de presentar algunos problemas procesales, ha ido probando que es una opción viable, sobre todo en asuntos internacionales, pero también avanza en conflictos de carácter interno.

Todos debemos estar de acuerdo que la medicina defensiva resulta negativa tanto para los prestadores de servicios de salud como para los pacientes y para la sociedad en su conjunto, al instalarse un ambiente de pánico, que perjudica la calidad del servicio médico; se somete al paciente a estudios innecesarios y onerosos, proliferan los gastos por servicios de abogados, adquisición de seguros de responsabilidad profesional y todo esto puede ser calificado de contrario a la justicia. La causa más visible de la medicina defensiva son las demandas judiciales cuyo tratamiento se distorsiona al regirse por las rígidas normas del proceso civil o penal. De aquí que sea deseable ventilar las controversias de carácter médico en otro tipo de instituciones menos formales pero más apegadas a lo que implica la atención a la salud como lo son el Derecho Sanitario, la *lex artis ad hoc* y los principios éticos aplicables.

Es por ello urgente que se reglamente este rubro de salubridad general a través de una política nacional que incluya las reformas legislativas respecto a los alcances del arbitraje médico y se establezcan reglas claras y específicas en la Ley General de Salud, ya que pese a los buenos resultados obtenidos en nuestro país con el modelo vigente de arbitraje médico, se enfrentan dificultades pues la práctica forense no ha cambiado y en los hechos se encuentra plagada de soluciones “procedimentalistas”, que en manera alguna consideran los conocimientos científicos, ni las normas sanitarias ni los aspectos éticos que son fundamentales para juzgar los actos médicos.

En cambio: El arbitraje es un proceso en el cual las partes confían la resolución de su controversia a un tercero imparcial pero especializado en los temas arriba referidos, para que a través de una sentencia arbitral defina los

derechos de las partes; no solo eso, también puede en el desarrollo del proceso realizar una mediación, brindar apoyo a los pacientes y gestionar para ellos servicios médicos, puede también intentar una conciliación y en el caso de la CONAMED intervenir con su carácter de ombudsman para emitir opiniones técnicas que coadyuven a la solución de las controversias y la mejoría de la calidad de los servicios de atención médica.

Después de la creación de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico en México, en el mundo han surgido entidades y pronunciamientos que fortalecen la conveniencia de usar medios alternativos para la solución de controversias en materia sanitaria.

En 1997 se establece el Tribunal de Arbitraje de responsabilidad médica por el Colegio Médico de Vizcaya, España.

Se establece el arbitraje en el Real Colegio de Abogados de Madrid.

EL Colegio Médico de Orense realiza un estudio para instaurar un Servicio de Mediación, Conciliación y Arbitraje para daños médicos.

El Artículo 56 del Reglamento Sanitario Internacional de la OMS de 2005.

La recomendación 12/1986 del Comité de Ministros del Consejo de Europa señala que el arbitraje es un procedimiento decisivo para evitar la acumulación de asuntos en una administración de justicia cada vez más saturada.

La recomendación de la Comisión Europea de Abril del 2001 sobre los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución de litigios.

Es evidente que un punto central para apoyar el arbitraje es la saturación de los tribunales ordinarios y su falta de especialidad para el estudio del acto médico ya que no se ha tomado conciencia de la importancia del Derecho Sanitario lo que desemboca en una legislación atrasada, sin protocolos ni metodología para el estudio jurídico de los casos en dichas instituciones.

Son entonces necesarios tribunales sanitarios ya sea que dependan del poder judicial o bien fortalecer las instituciones arbitrales médicas.

En cualquier caso se requiere que se cuente con médicos y juristas expertos en Derecho Sanitario y en Medicina Forense así como en la ética médica pero sin deformación a lo penalístico.

He expuesto a ustedes algunas reflexiones sobre las bondades de la conciliación y el arbitraje, muchas de ellas en forma reiterada porque son solo éso reflexiones para sustentar la importancia del quehacer de la CONAMED y de las comisiones estatales; no puede darse marcha atrás a lo logrado en 12 años de trabajo, por el contrario es necesario consolidar el espacio que se ha ganado en

beneficio de la buena relación médico-paciente y de la calidad de la medicina mexicana.

Para avanzar en esta tarea se me ocurren algunas iniciativas, probablemente ya consideradas por ustedes pero que me atrevo a mencionar en voz alta a modo de corolario de esta plática.

1. Realizar acuerdos con los medios de comunicación para proporcionarles información sobre las bases científicas y legales en que se fincan los actos médicos, para que así presenten sus noticias con mayor objetividad en beneficio tanto de pacientes como de prestadores de servicios.
2. Con su carácter de obudsman vigilar la calidad de los servicios de prepago en general y de los sistemas de medicina administrada en particular, para que no se prive ni a pacientes ni a médicos del empleo de todos los recursos necesarios.
3. En la atención de las quejas dar prioridad al manejo emocional de la angustia de los pacientes y sus familiares con el fin de ventilar la controversia lo más objetivamente posible.
4. Estimular la investigación tanto interna como de asociaciones e instituciones interesadas, respecto a la necesaria actualización de la bioética y de la ética médica a la luz de los avances científicos y tecnológicos (obligaciones de medios, de seguridad y de resultados).
5. Incrementar las relaciones de CONAMED con los órganos de procuración de justicia para que en sus averiguaciones discriminen con cuidado las diferencias entre el quehacer médico y la investigación de los delitos del fuero común. Usar la autoridad moral de la Comisión pidiendo al Ministerio Público que al recibir las demandas se aconseje acudir primero a las instituciones arbitrales, salvo los casos flagrantes de delito.
6. Promover en los legisladores la necesidad de modificar las leyes para disminuir las autoridades que conocen los conflictos por servicios de salud y establecer una política nacional con reglas claras y específicas en la Ley General de Salud respecto a los alcances del arbitraje médico.
7. Perfeccionar la personalidad de la CONAMED como una institución autónoma que deje de ser un órgano desconcentrado de la Secretaría de Salud para que no se le señale como juez y parte en los casos que estudia. Lo ideal sería su dependencia directa del Congreso de la Unión como sucede con otros órganos similares.

México, D.F., a 27 de noviembre de 2008.