

Comisión de Arbitraje Médico del Estado de Yucatán,
Programa Académico y
XLI Sesión Ordinaria del Consejo

Universidad Autónoma de Yucatán.
Salón de Consejo
27 de enero de 2014
19:30 hrs.

LA MEDIACIÓN EN LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN SALUD

La mediación como medio de justicia alternativa en salud. Propuesta para integrar la mediación al proceso de arbitraje médico.

Agradezco al doctor Edgardo Martínez la invitación a participar en este panel sobre un tema que cada día cobra mayor interés en los ámbitos jurídicos, profesionales y sociales.

Si me permiten, antes de abordar el tema con el que me invitaron a participar, quisiera mencionar brevemente algunos antecedentes de los medios alternativos, de los que la mediación forma parte y que me parecen de interés para conocer y reconocer la evolución que han tenido en el tiempo.

El conflicto no es propio de la relación médico-paciente, hay quien dice que éste se presenta donde hay dos personas o más. El conflicto ha existido desde el principio de la humanidad ante la presencia de intereses contrapuestos o contradictorios. Para solucionarlos se han empleado diversos métodos, como la antigua ley del más fuerte o del mejor dotado físicamente quien, debido a esa condición, se imponía al más débil, y la autotutela mediante la justicia por propia mano (ojo por ojo y diente por diente), las que, ante la necesidad de encontrar soluciones pacíficas, dieron lugar a formas en las que los interesados, voluntariamente encomiendan a terceros imparciales la solución del problema.

Los terceros debían ser notables o sobresalientes de la comunidad, por ser los más ancianos, los más sabios, los nobles o los personajes ligados con la divinidad. Ninguno de ellos tenía fuerza coercitiva para obligar a las partes a cumplir lo dictado por él; la fuerza de su fallo radicaba en su autoridad moral y en la voluntad de las partes.

Aunque en principio la intervención de un tercero en la solución de contiendas fue una cuestión voluntaria entre particulares, dio origen a la existencia de "jueces" para zanjar las disputas bajo determinadas reglas. El Estado creó órganos especiales dotados de ciertas reglas jurídicas que enmarcaran su funcionamiento.

El arbitraje como una forma privada de solucionar disputas entre los particulares, tuvo auge en la Edad Media. Ante la falta de una organización política, social y económica de los Estados, especialmente los comerciantes y artesanos encontraron en sus gremios y corporaciones la forma de dirimir sus disputas, designando como árbitros a los señores feudales o al rey.

En el caso de la práctica médica, en principio el Estado ha procurado su regulación y vigilancia, básicamente a través de la autoridad sanitaria y los órganos jurisdiccionales.

La regulación del quehacer médico tiene antecedentes muy remotos. Desde 1692 A. C. en el Código de Hammurabi, se consideraban algunas reglas sobre su actuación, tales como los honorarios que debían percibir o sanciones para los médicos que no cumplían con sus obligaciones, además de otras indicaciones propias de la actividad médica.

En la etapa moderna el Estado mexicano ha contado con órganos administrativos responsables de atender los aspectos de autoridad sobre el ejercicio profesional de la medicina y de las demás disciplinas de la salud, dejando a los órganos jurisdiccionales la resolución de las controversias que surgían entre los prestadores de los servicios y los usuarios de los mismos.

Hasta hace poco más de una década la única opción para resolver los conflictos que se presentaban entre los médicos y los pacientes era acudir a los tribunales, ya fuera por la vía civil, cuando la pretensión del paciente era de tipo económico o por la vía penal si lo que pretendía era el castigo al médico involucrado.

Esta situación presentaba varios inconvenientes para ambas partes porque ante un litigio judicial la actitud es defensiva. No necesariamente se resuelve sobre el fondo técnico del problema, porque pueden hacerse valer distintos recursos que tienen que ver con cuestiones procedimentales o legales, pero no médicas; lo anterior aunado al volumen de trabajo en los juzgados, que provoca juicios largos y costosos.

Los mecanismos alternativos a la vía jurisdiccional para la solución de controversias, en los últimos años han cobrado auge en el marco jurídico mexicano. En junio de 2008, con la reforma al artículo 17 constitucional se dispuso que las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias y recientemente con la reforma constitucional publicada el 8 de octubre de 2013, se otorgó la facultad al Congreso de la Unión para expedir la legislación única en materia de mecanismos alternativos de solución de controversias, que deberá entrar en vigor a más tardar el 18 de junio de 2016 (segundo transitorio del Decreto de reformas).

La materia médica se anticipó al reconocimiento constitucional, pues desde 1996 la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, y en los años siguientes las comisiones estatales, ofrecen dichos servicios, con lo que se ha generado una amplia experiencia en la materia, pero, sobre todo, se ha ganado la confianza de la sociedad al ofrecer resultados basados en un compromiso, la confidencialidad, la equidad y la gratuidad.

Desde entonces las controversias en materia médica se han venido atendiendo, en casi todo el país, a través de dos mecanismos alternativos a la vía judicial, como son la conciliación y el arbitraje.

El título de esta plática (La mediación como medio de justicia alternativa en salud. Propuesta para integrar la mediación al proceso de arbitraje médico), parece una invitación a incorporar a la mediación como un tercer mecanismo en la solución de las controversias en salud, de ahí que lo que se espera es plantear una propuesta al

efecto, sin embargo quisiera realizar algunas reflexiones antes de siquiera intentar esbozar algún planteamiento.

La primera pregunta que surge es si la mediación es en realidad una tercera opción o si se asimila a la conciliación; y de no ser así qué aportaría o resolvería para la atención de las controversias médicas.

Aunque sobre la mediación ya proporcionó diversa información la licenciada Ema Gabriela Ávila Miranda, y muchos de los presentes son expertos en el tema, quisiera repasar algunos conceptos para el propósito de esta presentación.

Existe coincidencia en considerar a la mediación y a la conciliación como mecanismos alternativos para la solución de controversias, pero existen puntos de vista diferentes sobre ambas figuras.

Para algunos, la mediación y la conciliación son lo mismo, incluso utilizan en forma indistinta ambos términos; pero para otros existen diferencias entre una y otra. Adelantaré que para la Comisión Nacional de Arbitraje Médico la mediación y la conciliación aunque coinciden en algunos puntos, son mecanismos distintos para atender las quejas.

Existen diversas definiciones sobre la mediación. En la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, se encuentra una que puede servir de ejemplo. La define como *el procedimiento voluntario por el cual dos o más personas involucradas en una controversia, a los cuales se les denomina mediados, buscan y construyen una solución satisfactoria a la misma, con la asistencia de un tercero imparcial, denominado mediador*. Esa definición bien podría aplicarse también a la conciliación.

Las principales características que en general se atribuyen a la mediación son las siguientes:

Es un procedimiento voluntario, tanto para iniciarlo, desarrollarlo y concluirlo. Diría que la conciliación también lo es; que tanto la conciliación como la mediación son mecanismos autocompositivos, que ambos están sustentados en la voluntad de las partes y que la autodeterminación de las partes es una premisa que comparten.

Asimismo, en el proceso una persona imparcial, llamado mediador, facilita la comunicación entre las partes, se encarga de establecer la comunicación y acercamiento necesarios a fin de que lleguen a un arreglo que se ajuste a sus necesidades.

El mediador auxilia a la comunicación entre las partes, les ayuda a identificar aspectos clave e intereses básicos, y las motiva a explorar y evaluar opciones de arreglo.

Las partes mantienen la autoridad en la toma de decisiones y la responsabilidad de llegar a una resolución permanece en ellas y no en el mediador.

El acuerdo de las partes comúnmente queda plasmado en un convenio de transacción.

La piedra de toque es la buena fe y el interés de las partes de arreglar el conflicto fuera de los tribunales. Las partes se obligan a no iniciar acciones legales durante el proceso de mediación.

Otra característica importante, es el principio de confidencialidad tanto de las partes como del mediador (éste se obliga a mantener en estricta confidencialidad la información que le proporcionen durante el procedimiento).

Los mediadores deben ser imparciales: libres de favoritismos o prejuicios en sus palabras, actos o actitudes.

En síntesis puede mencionarse que confidencialidad, flexibilidad, neutralidad, imparcialidad, equidad, legalidad y economía (en gastos y tiempo), son características de la mediación.

Hasta aquí la descripción también aplica para la conciliación. En ambos casos se trata de procesos horizontales donde las partes son iguales para hablar y construir acuerdos, para decidir qué quieren hacer; no existen jerarquías de poderes y legitimidades, aunque en el caso de las controversias médicas, sí de saberes, y es el médico quien prevalece.

Dadas las coincidencias que existen entre la mediación y la conciliación, las técnicas para acercar a las partes son las mismas en ambos mecanismos.

Aunque ambos mecanismos, la conciliación y la mediación, comparten algunas etapas del proceso de trabajo difieren en una cuestión fundamental: la participación del tercero.

Mientras que el mediador no puede proponer soluciones, se dice que es para conservar su neutralidad y confiabilidad, el conciliador puede asumir un papel activo y formular propuestas concretas a las partes, aunque no debe perderse de vista que en ambos casos son éstas las que deciden cómo concluyen la controversia.

De esta diferencia los defensores de la mediación advierten la ventaja que tiene ésta sobre la conciliación, pues señalan que como en el arbitraje y en la vía jurisdiccional es total el control del proceso por el tercero, entre menos se acerque el mecanismo alternativo a las características propias de esas vías, genera mayor confianza en el proceso, ya que las partes tienen mayor control en la solución del conflicto y no se ven como contrincantes.

En la Revista CONAMED del tercer trimestre del 2013, en una postura a favor de la mediación para atender las controversias en salud, se señala que "Esta característica permite el protagonismo de las partes en la conclusión del conflicto, a que la solución sea construida por ellas mismas, generando convicción y certeza de que la suya es la mejor solución al conflicto, lo que consolida su compromiso y responsabilidad en el

cumplimiento de lo acordado. En este escenario, se crea tal satisfacción que produce un sentimiento de que ambas partes ganan.”¹

Entonces, si existe una diferencia fundamental de la mediación respecto de la conciliación, parecería válido incorporarla como una alternativa más en la atención de las quejas médicas, especialmente si como se advierte el principal beneficio que ofrece este mecanismo es la comunicación que se establece entre las partes, comunicación que en el caso de las quejas médicas invariablemente está rota; y que además es un método expedito, menos costoso y procesalmente más simple para resolver una controversia.

La cuestión es cómo incorporarla al procedimiento: como una instancia previa a la conciliación o como un mecanismo aplicable para algunos supuestos. Mi opinión es en el sentido de que formalmente la mediación se considere sólo para algunos supuestos.

Por qué formalmente..., porque los que hemos estado involucrados en la atención de quejas médicas hemos visto que aunque el mecanismo previsto es la conciliación, muchos casos concluyen en sentido material con una mediación; esto porque como las técnicas son las mismas, los conciliadores logran el acercamiento entre las partes y éstas llegan a algún acuerdo, sin necesidad de que el conciliador formule alguna propuesta.

A pesar de ello, no es conveniente plantear que todas las quejas médicas se atiendan mediante la mediación. Explico la razón de ello:

Cuando se trata de los servicios médicos las inconformidades, diferencias e incluso los conflictos se generan cuando los pacientes no encuentran respuestas satisfactorias a un problema de salud, en razón de la propia naturaleza del padecimiento, de los medios de que se disponga, del equipo de salud o del actuar del propio médico.

En el procedimiento de conciliación que lleva la Comisión Nacional, entiendo que también las estatales, se solicita a los prestadores de servicios copia del expediente clínico relativo a la atención motivo de la queja, a fin de que el conciliador conozca si existieron o no irregularidades o deficiencias en la atención médica, el tamaño de éstas y en consecuencia el alcance de la responsabilidad, a fin de estar en posibilidad de orientar la conciliación en una forma equitativa, así como de plantear alternativas de solución con una base más sólida.

La experiencia de los conciliadores de la Comisión Nacional es que el conocimiento médico del caso les facilita la confianza de ambas partes (paciente y prestador de servicios) para ayudarlos a solucionar la controversia.

Como en la mediación no hay una participación activa del tercero, sino que su función sólo consiste en ayudar a las partes a encontrar soluciones conjuntas, sin asesorarlas técnicamente, no se requiere del conocimiento previo del caso, por lo que si se atendieran las quejas médicas a través de este mecanismo, no sería necesario solicitar

¹ Bustamante-Leija L., Maldonado-Camargo V., Meljem-Moctezuma J., Gutiérrez-Vega R. La mediación en la solución de controversias de salud. Rev. CONAMED. 2013 julio-septiembre.

la información médica (expediente clínico) a los prestadores del servicio, lo que privaría a las comisiones de arbitraje médico de información útil.

En materia de salud se tutelan bienes como la vida y la salud, y la atención de las quejas es una oportunidad para identificar lo que el Comisionado Nacional de Arbitraje Médico ha llamado los denominadores comunes en las deficiencias identificadas en la atención médica. Esto obliga a realizar invariablemente un análisis integral de la atención médica proporcionada. Con ello se tiene la posibilidad de retroalimentar al Sistema Nacional de Salud.

Otro aspecto que conviene considerar es que mientras que en general las controversias que se atienden a través de los mecanismos alternativos, incluso en instituciones gubernamentales, se presentan generalmente entre particulares, las quejas sobre la prestación de servicios médicos son las únicas (salvo la Comisión Federal de Electricidad en Profeco) en donde un porcentaje importante corresponden a servicios prestados por instituciones públicas, especialmente las de seguridad social.

También es conveniente destacar que en el proyecto de Decreto por el que se expide el Código Nacional de Procedimientos Penales, que ya está en análisis en la Cámara de Diputados, aunque para la conciliación y la mediación remite a la legislación que sobre mecanismos alternativos deberá expedirse, se puede señalar que de alguna manera existe una aceptación de ambos mecanismos, incluso para cuestiones de tipo penal.

En ese contexto, conviene explorar cuáles materias podrían ser objeto de mediación; por ejemplo una materia en la que podría incorporarse la mediación es la odontológica, en la que invariablemente se carece del expediente clínico, por lo que la mediación constituye el mecanismo idóneo para atender y resolver esas quejas; otro caso sería cuando las pretensiones no son mayores y someter el caso a los procedimientos de conciliación o de arbitraje representaría tiempo para las partes y tiempo y costos para la institución.

La mediación es útil para cuestiones de orden material, pero cuando en la controversia están involucradas la salud y la vida de las personas la intervención de las instancias gubernamentales como son las comisiones de arbitraje médico, debe ser con mayor profundidad, no sólo buscar el acuerdo de las partes, sino obtener conocimiento que permita contribuir a mejorar la calidad de los servicios de salud.

La mediación es útil y eficaz cuando se trata de conflictos sencillos, fáciles, sin repercusión en la vida y la salud de los pacientes, por lo que el reto que se tiene en las controversias en materia de salud es identificar cuáles son esas áreas donde se pueden aprovechar las ventajas que ofrece la mediación.

Cualquiera que sea el camino que se elija, y más allá de nuestra manera de ver y resolver conflictos debemos tener en cuenta la historia y las condiciones de la sociedad a la que atendemos, conocer sus necesidades.