

EL ARBITRAJE MÉDICO
EN CONCIENCIA,
RETOS Y APORÍAS

Una cualidad de la Justicia es hacerla pronto
y sin dilaciones;
hacerla esperar es injusticia.

-Jean de la Bruyere-

Octavio Casa Madrid Mata* .

1. Escenario general de la controversias médico-paciente.

Uno de los rubros de mayor importancia a fin de centrar el tema es la relación jurídica médico – paciente, la cual es uno de los temas esenciales del Derecho Sanitario.²

Y en esta relación jurídica observamos, independientemente de su fuente, (cumplimiento de garantías, leyes de seguridad social, contrato, etc.) una serie de elementos comunes:

Partes: Paciente, familia – Personal e instituciones o establecimientos de salud.

Objeto directo: La protección de la salud.

Objeto indirecto: Las prestaciones necesarias.

Carga obligacional: Obligaciones de medios (por regla general), de seguridad (especialmente para el uso de insumos, instrumental y equipo) y excepcionalmente de resultados.³

Empero, la controversial relación jurídica médico – paciente, ha sido considerada tradicionalmente **de dependencia**, pues uno de los actores, el médico (y en general el equipo de salud) tiene mayor carga obligacional, en razón de que el paciente se somete y depende (por su voluntad, es cierto) de la pericia, destreza y diligencia del facultativo a fin de proteger su salud.

El escenario y la vivencia de la enfermedad y la muerte han hecho especialmente difícil la aceptación para el paciente de que la Medicina, si bien es una disciplina riguro-

* Director General de Arbitraje CONAMED.

² La rama especial del derecho encargada de regular las relaciones jurídicas de los sistemas nacionales de salud y los usuarios de los mismos (esta disciplina se refiere a los regímenes de la salud pública, la atención médica y la asistencia social.)

³ Verbigracia los casos de medicina de complacencia, estética o de vanidad.

sa, no es ciencia exacta y de igual suerte, que es imposible exigir resultados.

En medio de todo inciden en el escenario las aporías y dilemas torales de la filosofía y entre ellos el qué y para qué de la vida; la imagen de la persona y su dignidad; la discusión del cuáles y hasta dónde los derechos y en fin, el sustrato ético y noético de la existencia humana.

Esto ha hecho que la relación jurídica objeto de nuestra reflexión, se haya tornado cada día más compleja, no sólo por los valores en juego, sino por la complejidad de las relaciones jurídicas y regímenes normativos que la orientan (derechos de la persona, régimen general de contratación, el status jurídico de la prestación de servicios profesionales, el marco normativo de la culpa-responsabilidad; el derecho de seguros, el régimen propio de la atención médica; el régimen constitucional del derecho de la protección de la salud, etc.)

Por ello la conflictiva social en el ámbito de la atención médica posee características *sui generis* y al llegar a los tribunales necesita de una metodología *ad hoc* distinta a las de otras disciplinas especiales del derecho (por más que pudiera tratarse de asuntos civiles, administrativos o penales en su planteamiento formal.)⁴

Sin embargo, no es todo, se ha hecho necesaria la incurción en el escenario nacional de nuevas vías para la solución de controversias, pues por una parte, se ha demostrado la necesidad de una mayor especialización en los órganos destinados a la impartición de justicia y por otra, el panorama hasta antes del establecimiento de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico denotaba un franco reto para la justicia, tanto por lo que hace al volumen de casos a resolver, como en razón de las necesidades de los justiciables.

No ha de perderse de vista, por tanto, que la mayoría de las controversias tienen un sustrato civil y debieran resolverse en el cumplimiento oportuno de obligaciones civiles (obligaciones de dar y de hacer) y acaso en el fincamiento

⁴ En efecto, sea cual fuere la naturaleza del asunto planteado ante los tribunales, en casos de atención médica es necesario recurrir *prima facie* a las reglas del Derecho Sanitario.

de responsabilidades civiles. Y solamente en casos excepcionales en el abordaje penalístico.⁵

Empero el escenario nacional se caracterizaba por los siguientes elementos:

1. Empleo indiscriminado e innecesario de la vía penal.
2. Planteamiento de quejas ante los órganos de Contraloría, cuya función no es la solución de controversias civiles.
3. Presentación de quejas ante las Comisiones de Derechos Humanos que no tienen atribuciones resolutorias.
4. Exiguo planteamiento de controversias civiles ante los tribunales, especialmente en razón de la necesidad de contratación de abogados.

Según podrá observarse, buena parte de las controversias se había venido tramitando, indebidamente por vía penal, pese a que no integrarse siquiera los indispensables elementos de procedibilidad previstos constitucionalmente.

Esto que de por sí era grave dio lugar a los siguientes problemas:

1. Medicina defensiva.
2. Dilaciones jurídicas indebidas.
3. Consignaciones infundadas.
4. Falta de solución a los aspectos civiles que debieran ser el único rubro de controversia.
5. Problemas de salud, y
6. Finalmente, falta de solución a problemas especialmente complejos.

Ciertamente a diez años del establecimiento de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, el panorama muestra sensible mejoría; empero aun prevalece en algunos medios una subcultura litigiosa y las expectativas de la medicina defensiva (caracterizada por prácticas no éticas y criterios –

⁵ Sea permitido citar aquí célebres palabras del maestro Don Eduardo Pallares, quien sostenía: *el justiciable que tiene dinero, contrata un abogado y plantea su controversia por la vía civil y quien no lo tiene levanta un acta ante el Ministerio Público*. Infortunadamente parecen seguir siendo válidas las palabras del Maestro.

valga la expresión- litigiosos del personal médico y los establecimientos) no sólo no favorece el correcto ejercicio médico, redundando en problemas de salubridad general.⁶

Por otra parte, y si bien en los últimos años se han ido instaurando los recursos administrativos ante las instituciones de seguridad social a fin de buscar la auto composición; anualmente existe un sinnúmero de controversias que rebasan el ámbito de las comisiones *ad hoc* de dichas instituciones, sea por la no conformidad de los pacientes en las resoluciones administrativas o bien porque su ámbito regulatorio no les permite la solución integral del problema.

Es bajo tal escenario que nace el arbitraje médico.

Así, el paciente tiene los derechos a la protección de la salud, a la calidad en la atención y a los medios terapéuticos, de igual suerte, existe bajo el principio de autonomía o permiso, la garantía jurídica de manifestar su aceptación o desaprobación ante los medios, técnicas y procedimientos propuestos.

Por su parte, el médico tiene el derecho de libertad prescriptiva (garantizado por la Constitución en su artículo 5º, bajo la libertad de trabajo: dedicarse a la profesión de manera lícita); merced a ésta puede ofrecer al paciente los medios, técnicas y procedimientos que su leal saber y entender le aconseje y así también, tiene la facultad de proteger la salud, de ahí el término facultativo.

La interpretación de los derechos de las partes supone el surgimiento de puntos de vista e intereses contrarios o diferentes y, por ello, es innegable que el propio desarrollo del proceso de atención médica necesita órganos y procedimientos *ad hoc* para la solución de controversias.⁷

⁶ Y por supuesto, no esperamos llegar a un panorama similar al de los EEUU, en el cual es notoria la existencia de condenas exorbitantes y ya se observan, además, otros efectos indeseables: el alza de la primas de seguros, la entronización de estudios innecesarios ante el riesgo de demandas, el concurso no ético de los *perseguidores de ambulancias*, el abandono de algunas especialidades altamente demandadas y, finalmente, la desatención de los pacientes. Todo ello en un ámbito de desconfianza del paciente inserto en el inconsciente colectivo.

⁷ Vide: Programa de consolidación del arbitraje médico.

2. Naturaleza y características del Arbitraje Médico.

El arbitraje se ha constituido como una forma civilizada de justicia, esencialmente privada, se trata de un procedimiento para resolver un conflicto o controversia mediante la fórmula de encomendar la solución a un tercero (persona individual o comisión de personas), escogido por acuerdo de los interesados y ajeno a los intereses de las partes en conflicto.

La naturaleza esencialmente privada del arbitraje ha llevado a autores como Castán ⁸ a definirlo siguiendo las características del compromiso arbitral: *el contrato por el que dos o más personas difieren las cuestiones que tienen pendientes acerca de sus respectivos derechos al juicio especial de árbitros o de amigables compondores.*

Para el connotado maestro, el *compromiso* es próximo a la *transacción*, en tanto que ambos tienen como *finalidad resolver puntos controvertidos.*

Becerra Bautista, por su parte, destaca que en el arbitraje el elemento esencial es: *la voluntad de transigir.* ⁹

Es en tal contexto una referencia clásica, señala: *mediante el arbitraje, las personas naturales o jurídicas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, en materias de su libre disposición.*

Por su parte Pallares ¹⁰ señala:

El juicio arbitral es el que se tramita ante personas que no son jueces del estado, o que siéndolo no actúan como tales sino particulares.

Empero, el arbitraje es parte de un género próximo, los medios alternativos para resolución de controversias que pueden ser definidos siguiendo a la doctrina encabezada por Carnelutti como aquellas vías que sustituyen la decisión del órgano jurisdiccional por una decisión originada en la voluntad concertada de las partes en conflicto, sea por vía de negociación (transacción) o encargada a un tercero (arbitraje).

⁸ Derecho civil español, común y foral. T. II, vol. II, pág. 412.

⁹ Destaca el célebre tratadista la conveniencia del arbitraje para materias de alta especialización, y bajo tal parámetro es que puede definirse al arbitraje médico, pues se trata precisamente de un rubro de esa característica.

¹⁰ Derecho Procesal Civil.

Las vías o medios alternos tienen por esencia la autocomposición procesal y tienen por objetivo la consecución de una administración de justicia rápida y eficaz.

La inclusión de los métodos alternos de solución de controversias como vías de acceso a la justicia, constituye un pilar importante en la construcción de un sistema de justicia más humano, satisfactorio, económico, ágil, expedito y rápido.

Y esta revaloración de la autocomposición procesal ha sido ampliamente aceptada en el derecho comparado, de tal suerte que incluso el Parlamento Europeo ha destacado la necesidad de preferir estas vías en materias de alta especialización, tales como el Derecho Sanitario y en especial en cuanto hace al régimen de la atención médica.

Los llamados medios alternos comprenden:

- a) La Mediación.¹¹
- b) La amigable composición (que en rigor es una forma superior a la mediación y por ella se pueden plantear propuestas técnicas de arreglo, incluso por escrito.)
- c) La transacción, también conocida bajo el nombre de conciliación o arreglo. Vía ésta en que las partes haciéndose recíprocas concesiones ponen fin al litigio.
- d) El arbitraje, en el cual un tercero, el árbitro, emite una sentencia arbitral.

El arbitraje tiene además una amplia posibilidad de desarrollo pues al tenor de la legislación procesal mexicana puede comprender procesos declarativos, que persiguen se declare o reconozca un derecho al demandante y de igual suerte, los procesos ejecutivos, pues el laudo traería aparejada ejecución.

¹¹ Que es un sistema de negociación asistida, mediante el cual las partes involucradas en un conflicto, intentan resolverlo por sí mismas, con la ayuda de un tercero imparcial (mediador o mediadora) quien actúa como dirigente de la sesión, ayudando a las personas que participan en la mediación a encontrar una solución que sea satisfactoria para ambas partes. Vide *Manual de adiestramiento métodos alternos a la adjudicación de conflictos*. Universidad Carlos Albizu, San Juan de Puerto Rico.

Las características de la mediación conforme a su metodología son:

- La identificación de las partes en conflicto.
- La voluntariedad de las partes para mediar.
- La confidencialidad entre las partes.
- La generación de alternativas de solución.

Bajo el contexto señalado la Comisión Nacional de Arbitraje Médico es no solamente de una instancia procesal, es así mismo, metaevaluador especializado en la atención médica, órgano desconcentrado de la Secretaría de Salud, y tiene por finalidad esencial formular recomendaciones generales para mejorar la atención médica.

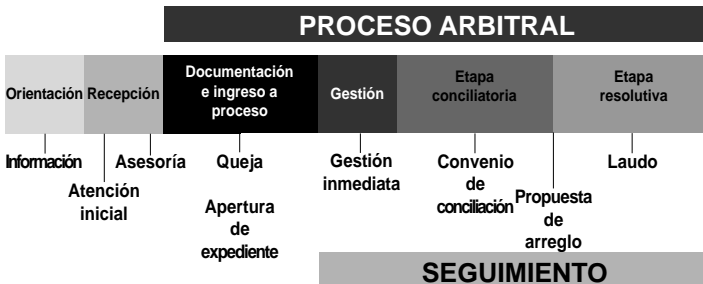
Es importante resaltarlo: CONAMED posee una naturaleza jurídica sui generis, que no tiene ninguna otra institución nacional, pues además de metaevaluador especializado, es amigable componedor o arbitrador, árbitro y perito institucional.

Su autonomía técnica le permite estudiar cualquier problema de atención médica a fin de proponer soluciones para controversias ya establecidas y prevenir controversias mediante recomendaciones en asuntos de interés general.

El proceso arbitral médico comprende dos etapas:

- a) La conciliatoria, en ella la Comisión en tanto, amigable componedor o arbitrador, propone a las partes, después del análisis especializado del asunto motivo de trámite, vías de arreglo, las cuales de ser aceptadas por las partes originan la suscripción de un instrumento (convenio o contrato de transacción) y con ello termina la controversia. La fuerza jurídica de sus instrumentos de conciliación reviste naturaleza de cosa juzgada.
- b) La decisoria, en ella la Comisión habrá de resolver a título de árbitro en estricto derecho o en conciencia, según acuerden las partes.

El siguiente cuadro, médico comprende dos etapas:



Los principios que animan el procedimiento son:

- Oralidad (no se requieren las fórmulas cuasi sacramentales usuales en los tribunales)
- **Economía procesal** (se simplifican los trámites, con relación al juicio civil ordinario).
- **Igualdad de las partes en el proceso** (dicho en otros términos, la Comisión Nacional no es una instancia defensora de ninguna de las partes, sino que actúa para buscar el conocimiento de la verdad escuchando las argumentaciones, defensas y pruebas de las partes a fin de lograr el justo medio).
- **Imparcialidad** (pues actúa según lo alegado y probado en el procedimiento).
- **Gratuidad.**
- **Confidencialidad** (el procedimiento es secreto y sólo puede hacerse pública la resolución para el cumplimiento de obligaciones, nunca para el desprestigio de las partes).¹²

Dado el carácter especializado de la materia arbitral médica no son necesarias las pruebas de posiciones ni las testimoniales; en efecto el *onus probandi* se refiere específicamente a valorar el acto médico.

Por otra parte, la Comisión puede fijar el monto de daños y perjuicios y condenar a las partes al cumplimiento obligacional, de donde se sigue que sólo excepcionalmente (la experiencia así lo enseña) ha sido necesario homologar los laudos ante el juez ordinario. La regla general es que los laudos generan el carácter de cosa juzgada.

El arbitraje médico posee, así mismo, las siguientes notas:

1. Por su naturaleza, es un arbitraje institucional, sin embargo, se recogen los beneficios del arbitraje *ad hoc*.
2. Existen criterios generales establecidos y procedimientos homologados y certificados.
3. Predominantemente estriba en un análisis médico entre pares, al tenor del estudio de la *lex artis ad hoc* y la deontología médica.
4. Las cuestiones jurídicas se resuelven esencialmente al tenor del derecho sanitario, ponderando expresamente

¹² Vide Programa de consolidación del arbitraje médico.

- las cuestiones civiles inherentes, especialmente al tenor de los regímenes de obligaciones y responsabilidades.
5. Los elementos metodológicos para el estudio de casos se originan en los protocolos y algoritmos de las ciencias médicas. Y a través de ellos se revisa el cumplimiento de las obligaciones de medios, de resultados y de seguridad.

Respecto de los rubros metodológicos, es de importancia destacar que ha sido necesario establecer un protocolo *ad hoc* para el estudio de casos, siguiendo las reglas previstas en la Ley de Profesiones para el Distrito Federal, que informa de algunas reglas generales de naturaleza obligatoria para el trámite y resolución de controversias arbitrales:

Artículo 34.- Cuando hubiere inconformidad por parte del cliente respecto al servicio realizado, el asunto se resolverá mediante juicio de peritos, ya en el terreno judicial, ya en privado si así lo convinieren las partes. Los peritos deberán tomar en consideración para emitir su dictamen, las circunstancias siguientes:

- I. Si el profesionista procedió correctamente dentro de los principios científicos y técnica aplicable al caso y generalmente aceptados dentro de la profesión de que se trate;

- II. Si el mismo dispuso de los instrumentos, materiales y recursos de otro orden que debieron emplearse, atendidas las circunstancias del caso y el medio en que se presente el servicio;

- III. Si en el curso del trabajo se tomaron todas las medidas indicadas para obtener buen éxito;

- IV. Si se dedicó el tiempo necesario para desempeñar correctamente el servicio convenido, y

- V. Cualquiera otra circunstancia que en el caso especial pudiera haber influido en la deficiencia o fracaso del servicio prestado.

Con arreglo a dicho precepto el procedimiento arbitral médico es mantenido en secreto y solo podrá hacerse pública la resolución cuando sea contraria al profesionista, a fin de obtener el cumplimiento de obligaciones.

Al efecto, las partes suscriben una cláusula de confidencialidad que se inserta, así mismo, en el compromiso arbitral.

En el arbitraje médico, son dos las grandes vías arbitrales establecidas, en estricto derecho y en conciencia.

La diferencia clásica del arbitraje de conciencia y el de derecho es la siguiente:¹³

Mientras que en el arbitraje de derecho los árbitros deben ser abogados y resolver con arreglo al derecho aplicable, en el arbitraje de conciencia los árbitros no son necesariamente abogados ni deben resolver conforme al derecho, sino que deben hacerlo conforme a su leal saber y entender.

Por cuanto hace a la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, su reglamento plantea la siguiente diferenciación:

ARBITRAJE EN ESTRICTO DERECHO.- *Procedimiento para el arreglo de una controversia, entre un usuario y un prestador de servicio médico, en el cual la CONAMED resuelve la controversia según las reglas del derecho, atendiendo a los puntos debidamente probados por las partes;*

ARBITRAJE EN CONCIENCIA.- *Procedimiento para el arreglo de una controversia entre un usuario y un prestador de servicio médico, en el cual la CONAMED resuelve la controversia en equidad, bastando ponderar el cumplimiento de los principios científicos y éticos de la práctica médica;*

Ambas vías arbitrales comparten un elemento metodológico común, es decir, la necesidad de revisar el acto médico, la diferencia específica estriba en que en el arbitraje en conciencia bastará la valoración del caso a la luz de la *lex artis* y la deontología médica, con arreglo a las bases legales generales especialmente las contenidas en las normas del derecho sanitario.

¹³ Centro de Arbitraje Cámara de Comercio de Lima.

3. Algunos problemas especiales del Arbitraje en Conciencia.

Sin duda el primer problema inherente a esta vía es delimitar que ha de entenderse por *lex artis* y la deontología médicas, son citadas por el común de la doctrina, la legislación, los abogados postulantes y, especialmente, por los tribunales en las resoluciones judiciales; empero, no son muchos los estudios de derecho sanitario acerca del cómo se construyen tales referentes y menos aun, respecto de los elementos de metodología *jus* sanitaria y de las aporías que representan. Merced a lo anterior, es necesario, a fin de barruntar el cúmulo de problemas jurídicos que representan los citados estándares, incidir no solamente en el examen jurídico de los referentes específicos, sino en cómo se construyen.¹⁴

A dicho propósito es imprescindible revisar en cada caso en concreto cómo se construyen los algoritmos y protocolos de trabajo en las disciplinas médicas y finalmente el resultado del trabajo de investigación, se expresa en el laudo al precisar a la luz de la bibliografía generalmente aceptada cuáles son las obligaciones del personal en el caso concreto: de medios, de seguridad y en su caso, de resultados.

Es necesario señalar que no es solamente el asunto de la culpa-responsabilidad el que está en juego; en efecto, tanto la *lex artis* como la deontología, constituyen fuentes normativas por antonomasia del derecho sanitario.

Luego entonces, además de pensar en la evaluación de las antinomias cumplimiento vs. incumplimientos normativos, es imprescindible situarse en las circunstancias de modo, tiempo y lugar de la práctica médica a estudio, en donde el profesional sanitario se desenvuelve atendiendo a criterios biblio-hemerográficos, protocolos y algoritmos y en esos términos, depende de que tales imperativos (siguiendo la terminología kantiana) no solamente describan procesos, síndromes, síntomas y circunstancias, sino que estén provistos de criterios de justicia y legalidad.

No ha de perderse de vista que el derecho sanitario se integra con los precedentes consuetudinarios al curar y ali-

¹⁴ Este es un problema metodológico al cual no habré de referirme *in extenso* en esta ocasión, empero, no es de poca monta.

viar el dolor; es decir, en la integración de la *lex artis ad hoc* participa el médico al atender el caso concreto.

Se trata, por tanto, de un problema esencial, en cuanto a la metodología del derecho sanitario.

Sobre el particular es imprescindible destacar que para resolver el caso, CONAMED debió hacer previamente un estudio de las reglas exigibles a la luz de la literatura actualizada, lo cual no es sencillo, simplemente y por citar algunos datos: MEDLINE se actualiza con **más de 350.000 referencias al año**, de donde se sigue que el estudio del caso no es precisamente un asunto de poca monta.

La locución latina *lex artis*, literalmente «*ley del arte*», también entendida como «*estado del arte*», se refiere a un *conjunto de reglas técnicas o estándares de cumplimiento necesario por el personal de salud*.

Escribe al respecto el prestigiado especialista español Luis Martínez- Calcerrada:

«Puede entenderse la *lex artis ad hoc* como aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina -ciencia o arte médica- que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del actor, y, en su caso, de la influencia en otros factores endógenos -estado o intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria- para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida (derivando de ello tanto el acervo de exigencias o requisitos de legitimación o actuación lícita, de la correspondiente eficacia de los servicios prestados y, en particular, de la posible responsabilidad de su autor/médico por el resultado de su intervención o acto médico ejecutado).»

De la anterior definición se siguen los siguientes elementos:

- A.) La referencia a reglas de medición de conducta, al tenor de baremos que integran la *lex artis ad hoc*.
- B.) Necesidad de valoración de la conducta médica al tenor de reglas de la generalidad de conductas profesionales ante casos análogos.
- C.) Necesidad de valoración de la técnica y el arte personal del autor del acto médico.
- D.) Existencia de módulos de integración axiológica:

- a. circunstancias del autor;
- b. objeto de la atención;
- c. factores endógenos de la intervención y sus consecuencias.

E.) Necesidad de valorar la concreción del acto médico *ad hoc*.

Por cuanto hace a elementos biblio-hemerográficos, la *lex artis* médica se integra en México, como sigue:

1. Literatura magistral. La empleada en las instituciones de educación superior para la formación del personal de salud.
2. La biblio-hemerografía indexada. Es decir, la contenida en publicaciones autorizadas por comités nacionales especializados en indexación y homologación bibliográfica o instituciones *ad hoc*.
3. Las publicaciones emitidas por los institutos nacionales de salud e instituciones *ad hoc*, en los cuales se refieran resultados de consenso.
4. Las publicaciones que demuestren mérito científico y validez científica.
5. Los criterios de la Secretaría de Salud.
6. Los criterios interpretativos de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico.
7. La Farmacopea de los Estados Unidos Mexicanos.
8. Los diccionarios de especialidades farmacéuticas autorizados por la Secretaría de Salud.
9. Los criterios de comisiones y comités *ad hoc*.

Luego entonces, no es infrecuente tener que recurrir a la interpretación analógica y la integración y para ello es necesario obtener:

a.) Certeza en las hipótesis que fueron empleadas para instaurar los algoritmos o baremos.

b.) Identificar la certeza y contabilidad de las fuentes empleadas para la construcción de los algoritmos.

c.) Tener por ciertos los alcances de la libertad prescriptiva en el acto médico *ad hoc*. *Ó* Identificar los elementos análogos y los diferenciales existentes, tanto en el baremo, como en el acto médico *ad hoc*, a fin de valorar el correcto ejercicio de la libertad prescriptiva.

Obvio es que las partes habrán de asumir la carga de la prueba respecto de la confiabilidad de la literatura no indexada. De igual suerte, se habrá de generar una nueva excepción en el terreno del litigio, pues cuando se aduzca bibliografía no calificada, la contraria podrá asumir válidamente la excepción de referencias no indexadas.

Entre los rubros que necesariamente deben ser evaluados, además de los ya citados, encontramos los siguientes:

1. Se evaluará cuáles son **las hipótesis señaladas en las referencias biblio-hemerográficas**, a fin de identificar las analogías y diferencias en el caso médico *ad hoc*.
2. **El ejercicio de la libertad terapéutica**. No se trata de exigir inopinadamente las técnicas, métodos y procedimientos de mayor sofisticación, sino lo que el deber de cuidado requiera, en términos del entrenamiento del personal.
3. Es necesario establecer, puntualmente, **cuáles eran las necesidades reales del paciente**, y no atenerse únicamente a sus declaraciones en el expediente.
4. En la evaluación del caso será imprescindible evaluar la presencia del **riesgo inherente y su significación en el caso**.
5. En cuanto al deber general de cuidado, es imprescindible identificar la existencia de actos de actos u omisiones que impliquen **negligencia, impericia o dolo**.
6. Así también es imprescindible evaluar la doctrina *res ipsa loquitur*, es decir, la virtual relación de causalidad entre la mal praxis y los daños y perjuicios aducidos en juicio.

Por cuanto hace a la deontología médica, ciertamente el *ethos* de cada uno de los involucrados en el proceso salud-enfermedad juega su parte en la toma de decisiones y genera consecuencias en la relación jurídica médico-paciente; al respecto se han generado las más apasionantes y apasionadas polémicas.

En tal contexto, el primer elemento grupo de aporías surge del llamado problema de las orientaciones o escuelas en el ámbito de la bioética y en ello encontramos de nueva

cuenta, la iteración del añejo problema filosófico, es decir, la pretensión de validez universal.

A esto han de agregarse las recientes reivindicaciones del nihilismo filosófico, merced a las cuales se pretende la reivindicación extrema del principio de autonomía en detrimento incluso del orden público y de la ley.

Así las cosas, para la solución de aporías no es posible sesgar el análisis a la aceptación o rechazo de corrientes, escuelas o grupos de opinión, por más que fueren las mayoritarias en el ámbito del pensamiento bioético de un país o región.

La solución, pues, estriba en la sistematización deontológica, puesto que la deontología profesional médica, en tanto la disciplina encargada de establecer los deberes del profesional sanitario, requiere de un análisis desapasionado y objetivo.

Así las cosas y según ha destacado el connotado Ramón Martín Mateo en su obra *Bioética y Derecho*, vivimos con diversas morales integradas, es decir, todas las corrientes han hecho sus aportaciones en el ámbito filosófico así como en la ética y la deontología profesional.

Sin perjuicio de lo expuesto, el *ethos* individual sigue siendo de importancia en el escenario de la atención médica, y lo es porque todos y cada uno de los elementos personales de la atención médica aporta su visión de los hechos, así mientras el profesional de la salud busca el apego científico y la protección de la salud, la población espera el reforzamiento de visiones individuales; por ello de ninguna manera es fácil la solución de las aporías y dilemas bioéticos, antes llamados *casos de conciencia*.

Por otra parte, hemos de reconocer que pese a que la sociedad postmoderna en rigor debiera haber perdido su capacidad de asombro, en la praxis, no es así. A cada nueva aportación científica ha de seguir un proceso de asimilación y mientras esto sucede es observable una reacción social que por un lado exige resultados y por otro, asume una actitud reactiva ante lo nuevo. Tal proceso no solamente es lógico, resulta natural.

En la especie, resulta pues necesario valorar cómo se aplicaron los siguientes principios:

- De Beneficencia.
- De no maleficencia.
- De Autonomía.
- De Justicia.

Así los valores en juego son los siguientes:

1. Preservar la vida
2. Aliviar el sufrimiento
3. No hacer daño
4. Decir la verdad
5. Respetar la autonomía del paciente
6. Tratar con justicia a los pacientes.

Desde el ángulo metodológico y a fin de evitar el virtual sesgo personal del personal arbitral, se han instituido estudios doble y triple ciego por caso, es decir, se ha instituido como obligatorio el abordaje en paralelo por grupos que no conocen las conclusiones de los demás y de esta suerte al contrastar resultados se arriba a una solución de consenso y se evita que el criterio se atenga al mero prejuicio del *yo habría hecho*; que sin duda restaría objetividad a las conclusiones.

Otro de los rubros de importancia, entre tantos citables, se refiere a la valoración de las pruebas que en suma, son en su mayoría de naturaleza científica.

A dicho propósito, priva en el arbitraje médico la *sana crítica* que podría estimarse herramienta fundamental.

Con arreglo a lo previsto en el artículo 628 del Código de Procedimientos Civiles para el distrito Federal el fallo en conciencia de CONAMED estriba en la interpretación obligacional en el acto médico a la luz de lo que debía hacer el personal en términos de las prácticas, usos y costumbres generalmente aceptados.

De esta suerte se fija un criterio interpretativo que bien puede servir de parámetro y recomendación para casos ulteriores.

Amén de los problemas metodológicos que en síntesis, hemos observado a lo largo de diez años de arbitraje médico, persisten, sin embargo, los siguientes problemas:

1. Desconocimiento del Derecho Sanitario.
2. Actitud litigiosa de las partes.
3. Eventuales criterios judiciales.¹⁵
4. Indebida apreciación de la naturaleza jurídica del arbitraje médico.

Sobre el particular estamos convencidos que una de las funciones esenciales de la Comisión es la de seguir incidiendo en la población para la solución negociada de controversias y así también contribuir al mejor conocimiento de las disciplinas objeto de sus atribuciones: el derecho sanitario, la medicina forense, la bioética y las ciencias médicas en general.

Y pensamos que todo es cuestión de tiempo, pues bien visto en diez años de arbitraje médico hemos observado que el acto médico, en tanto acto jurídico, es la expresión del hombre por asirse a las mejores condiciones de hecho y de derecho para la existencia. De igual suerte, hemos observado que en general, en la cultura mexicana no ha tenido rai-gambre, pese a algunos tristes ejemplos, la demeritada medicina defensiva, el común denominador es que el paciente reclama pues busca mejores servicios, no la ganancia económica y si aun privan resabios litigiosos es precisamente por la angustia propia del proceso de duelo, sea con respecto a la enfermedad y a la muerte misma.

El arbitraje ha de ser considerado, por ende, además de institución procesal un servicio de atención a la salud.

Decía Plinio el Viejo: *Las bendiciones de la vida no son iguales a sus males, aunque puedan ser equivalentes en número, porque tampoco ningún placer puede compensar el más pequeño dolor.*

¹⁵ Así por ejemplo, se ha observado que indebidamente se ha pretendido aplicar por algunos órganos de jurisdicción, no sólo en México, sino en el ámbito iberoamericano, la responsabilidad objetiva a los actos anestesiológicos, empero existe consenso en el ámbito del derecho sanitario en el sentido de que no es posible dar el tratamiento de objetos peligrosos a los insumos para la salud, pues de otra suerte se exigiría al personal responsabilidad aun por riesgos inherentes al tratamiento. Hecho éste que significaría una reducción al absurdo.