

**IX Curso Taller OPS/OMS/CIESS Legislación en  
Salud  
Marco Regulatorio del Acceso a la Salud**

***“Nuevas modalidades en la defensa del derecho a la salud:  
mecanismos no adversariales-II”***

***Marcos Vera, TACAMES, Argentina  
Expositor***

**Organización Panamericana de la Salud  
Centro Interamericano de Estudios de Seguridad Social  
2 – 6 de Septiembre, 2002  
México, D.F., México**

**Nuevas modalidades en la defensa del derecho a la salud:**  
**mecanismos no adversariales-II**

**Marcos Vera**  
**TACAMES, Argentina**

---

Recién nosotros escuchamos atentamente cómo está estructurada la Comisión Nacional de Arbitraje Médico de México (CONAMED), que apuntala definitivamente la metodología para resolver disputas del sector médico. Antes de considerar cuál es el funcionamiento, del Tribunal Americano de Conciliación y Arbitraje Médico y de Salud (TACAMES) y referirme a otras experiencias en este calificado ámbito donde muchos de ustedes, seguramente la mayoría, están identificados con el área de la salud pública y para que se comprenda la eficacia, importancia y trascendencia de la Conciliación y el Arbitraje para las políticas públicas de salud, me parece oportuno expresar algunas reflexiones esenciales.

En ese entendimiento debo expresarles que la solución de conflictos no está exclusivamente reservada a los estamentos del poder judicial de cada estado nacional, o provincial, porque así como las una o varias partes recurren a un juez estatal para que solucione una reclamación, también las mismas partes pueden encomendarles esa decisión a terceros, llamados árbitros, es decir a «jueces privados». Es decir que, sin pretender sustituir a la jurisdicción como función de monopolio del Estado, en determinados casos, el legislador «autoriza» a las partes a resolver sus conflictos mediante un mecanismo distinto del de la función jurisdiccional. Otras veces es la ley quien «impone»

el arbitraje a los particulares para permitir la dilucidación de conflictos de intereses especiales.

Es muy importante que se comprenda que el arbitraje es un procedimiento parajudicial, en el cual el Estado se encuentra interesado, no sólo en proteger, sino también en ejercer una función de control del procedimiento seguido y del laudo que en él se pronuncia. Lo que se sustituye por los particulares es la sentencia (laudo), que ya no será pronunciada por el juez oficial, sino por un particular, el árbitro, quien otorgará una decisión formalmente idéntica a la sentencia, pero con la diferencia de que su función es privada, no pública. Todo ello es la consecuencia del respeto al interés privado que campea constantemente en el esquema del proceso civil.

Las ventajas de aplicar esta metodología, también denominada no adversarial para diferenciar a la adversarial reclamación que se realiza ante los jueces togados, justifica ampliamente su utilización, que aplicada a la problemática conflictos médicos y de salud, representa sin lugar a dudas un mejoramiento de la calidad de la prestación del servicio médico-asistencial y consecuentemente a la salud.

En ese sentido la fuente de reclamación basada en el error y la mala praxis no son un fenómeno nuevo, sino que hace tiempo se encuentran insertos en la sociedad, siendo uno de los mayores problemas de la salud a resolver que tienen los países latinoamericanos.

Esta realidad coexiste y acelera otra igualmente evidente, que es la mayor actividad médica derivada del descubrimiento de nuevas tecnologías, nueva concepción del trabajo médico y fundamentalmente una cada vez más coherente jurisprudencia basada en criterios de responsabilidad general. Ayer se habló mucho de esto, enfocando desde el punto de vista de la aplicación de los nuevos métodos de la medicina, de la constitución de nuevas relaciones laborales colectivas y, consecuentemente, de la formación de

complejas situaciones entre los diferentes protagonistas de la prestación de servicios de salud entre sí y con los usuarios lo que invariablemente culmina en un aumento de reclamo por responsabilidad médico-sanatorial.

Es decir, por un lado el desarrollo de la ciencia médica, en toda su extensión, junto al avance de la tecnología, impone mayores exigencias al profesional, fundamentalmente en su capacitación y que, muchas veces, resulta imposible conocer y experimentar, por la envergadura que tiene su tarea y por lo complejo y rápido de esas nuevas actualizaciones tecnológicas de la medicina global.

Por otro lado, los usuarios, pacientes o clientes de servicios de salud quienes se ubican en una situación negocial contractual y con fundamento en el derecho efectúan cada día más reclamaciones, muchas veces injusticadas. En ese sentido adquiere una importancia trascendental en la población la influencia de los medios de comunicación, quienes a priori y de modo erróneo la mayoría de las veces transmiten una presunción de culpabilidad médica, instalando un infundado preconceito. En esto tenemos que dejar muy en claro que esta es la verdad y la realidad objetiva: ¿Cómo reacciona la comunidad con una cámara de televisión o micrófono en un hospital reportando a un paciente o familiar que acusa al médico o institución frente a un acontecimiento negativo para la salud?. Sin mayor análisis de los criterios básicos generadores de responsabilidad, se establece la presunción de mala praxis. Aunque luego la justicia diga lo contrario, ustedes bien conocen el valor que tiene la buena o mala reputación para quien presta un servicio médico o de salud.

Estas situaciones exponen cada vez en mayor medida, cualitativa y cuantitativamente a las demandas contra los responsables de la prestación de los servicios de salud por error y mala praxis. Eso produce un acrecentamiento en las sospechas de que cualquier resultado negativo en el ejercicio médico puede constituir una mala praxis, produciendo así una

especie de caos en la práctica médica, que afecta la confianza de la gente en los médicos.

Así es el panorama en la prestación de servicios de salud. Lejos de atemperarse, se agravará en forma asombrosa en los próximos años, especialmente por el desconocimiento que impera entre los profesionales de la salud acerca de la normativa que regula la labor. Así de simple. La formación universitaria actual no informa adecuadamente sobre los aspectos legales del ejercicio médico y tampoco reconoce que la relación médico-paciente se ha transformado, democratizado y se ha desburocratizado. La educación sigue reproduciendo una imagen omnipotente y autosuficiente de la figura del médico, que deja de lado la debida información acerca de las eventuales consecuencias por responsabilidad que puede resultar de su idónea tarea.

Como decía antes, en el otro extremo de la relación, y a pesar de la reticencia de algunos sectores de la comunidad médica que no quieren reconocerlo, el usuario del acto médico sabe que no está fuera del derecho, sino que es una persona que ha recurrido a una determinada prestación de servicios de un profesional de la salud en base de un acto jurídico denominado "contrato de asistencia médica", de donde se desprenden derechos y obligaciones que muchas veces son recíprocas en cuanto a su ejercicio, y en la mayoría de las veces cuando se presentan los reclamos, no lo son. Así, el derecho de información del paciente tiene su contraparte en el derecho médico. El paciente se informa adecuadamente, y si el paciente considera que su atención médica fue adecuada, el tratamiento fue adecuado, el médico anotó y actuó, deberá pagar una retribución y el médico tiene derecho a cobrar.

En ese sentido, vemos que el modelo tradicional, en que el paciente obedece y acata todas las instrucciones del médico, se ha transformado en una relación en la que el enfermo exige. Por ejemplo, cuando solicita mayor

información e incluso elige el tratamiento en función de una serie de alternativas que el profesional le ofrece y que el paciente tiene el derecho de escoger.

Pero, además, y acelerando vertiginosamente, el amparo de estos derechos de los usuarios se viene desarrollando en Latinoamérica, incorporándose al derecho interno de los países, las normas de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, el Pacto de San José de Costa Rica. Esta incorporación no solamente se hace desde el punto de vista de las normas pragmáticas, sus sugerencias o a través de los fallos judiciales, sino, como en el caso de Argentina, se las incorpora a la misma Constitución, con jerarquía superior a las leyes y con exigencia de ser tratada por los mismos jueces nacionales en el reconocimiento y en los reclamos por la prestación médica de salud.

En el mismo sentido, el profesional médico no puede garantizar un resultado, solamente debe ser diligente, y en muchas ocasiones, la mala interpretación de esta conducta por personas no calificadas necesariamente termina en laberintos judiciales que acarrear consecuencias irreparables, aún cuando se trata de expertos diligentes para el caso concreto.

Estábamos analizando recién que los fundamentos de las nuevas formas de prevención están dadas por los avances tecnológicos, que exigen al médico el deber de actualizarse y, fundamentalmente, por los procesos de integración, lo que hace cada vez más actualizado el concepto de "aldea global". Un ejemplo de ello y aunque no querramos, o no nos demos cuenta, la integración de los pueblos es inevitable. Esta reunión es un ejemplo de ello: los diferentes estados de los que nosotros formamos parte e integramos y estamos reunidos por un tema común. Eso significa que nosotros no podemos estar ausentes en cualquier decisión que tomemos, desde el punto de vista profesional, desde el punto de vista de funcionario, desde el punto de vista de cualquier actividad. Debemos estar permanentemente pensando

en función del otro país o del otro estado. El proceso de integración es irreversible en todos los ámbitos. La globalización, famoso término que muchas veces por allí se quiere esconder, con razón o no, se impone. Así mas rápido de que uno cree, se estan dando los procesos de integración y desde el punto de vista del derecho, los estados incorporan los tratados dentro de sus constituciones, con jerarquía superior a las leyes internas.

También es un fundamento insoslayable para buscar resolver a través de la Conciliación y el Arbitraje los conflictos de sector médico de la salud, el colapso incuestionable del sistema jurídico estatal, prácticamente en todo latinoamérica. Basta con analizar el tiempo que llevan las reclamaciones en los estrados judiciales sin resolver.

Aclarada la importancia de la solución a través de Conciliación y el Arbitraje como criterio, y en apoyo a su utilización, me parece trascendente expresarles que la relación contractual, como decíamos, que vincula a la relación médico-paciente y que se asemeja por analogía a la prestación de servicios, muestra una falta de amparo legal específico para el médico, el paciente, y la sociedad en su conjunto. Las normas estáticas que tienen los códigos de procedimiento son las leyes nacionales, y quizás no deban ser aplicadas a estas nuevas situaciones conflictivas que se presentan en la relación médico-paciente en un sistema de salud. Pero el juez está atado y tiene que partir de algún lugar para resolver.

Si bien ya no existe discusión doctrinaria acerca de la relación médico-paciente, importa para el juez establecer la responsabilidad bajo una figura contractual o extracontractual, porque las consecuencias de ello son muy trascendentales y muy diversas. Recientemente, la Unión Europea ha estado discutiendo si hay una vuelta para atrás en todo eso y si la relación médico-paciente es meramente extracontractual, como pretenden muchos médicos o instituciones y asociaciones médicas que no quieren reconocer, en el derecho una solución a su problema, sino que creen que ellos nunca tienen

responsabilidad y que simplemente con responder a un código de ética es suficiente.

Esto no es motivo de que nosotros podamos traer aquí una discusión doctrinaria. Lo que buscamos es clarificar lo complicado de la solución de los conflictos médicos y de salud a través de los fallos judiciales. Estos existen, se cumplen y generan un tipo de obligación que el médico, o la sociedad médica tiene que cumplir. Por ejemplo un foco de discusión permanente es si se debe o no que modificar la legislación, donde por un lado, se establece que la prescripción de pagar a los médicos es de dos años, por otro lado, la prescripción que se ejerce en materia de reclamación por el acto médico es de diez años, sin contar con ello las interrupciones que pueden existir. Vemos entonces también que en la raíz, en el germen de la legislación existe un problema, que los jueces no pueden soslayar de aplicar esa ley. Es decir, por ejemplo, un odontólogo por una extracción, tiene enfrente a un paciente que puede venir dentro de nueve años y reclamar. Y si en el medio hubo una interrupción, entonces puede tener más tiempo.

Pensemos todos en la influencia de estas situaciones para el ya lastimado sistema público de salud. También en la incidencia en los indicadores de calidad de prestación incluyendo a las políticas públicas, ya que no puede sostenerse de esta forma la calidad de atención o prestación médica. Esto se ve muy bien en Estados Unidos, donde directamente ya hay médicos que no hacen ciertas prestaciones. En Argentina, en Brasil, está dándose también algún tipo de esas situaciones, porque precisamente las compañías aseguradoras no cubren estas determinadas prestaciones. Los casos de ginecología, en Estados Unidos, son muy elocuentes; los casos cardiológicos son también muy elocuentes. Un caso que yo creo que, en cualquier momento, va a traer muchas consecuencias con respecto a estas reclamaciones, va a ser una cuestión internacional que se viene dando en Chile y Argentina, con los *tours* de cirugía plástica que se van haciendo para la República Argentina –así se los denomina, así está la publicidad en los

diarios—, donde se aprovecha un fin de semana para hacerse una cirugía y, mientras tanto, ir a ver tango. Es turismo de salud.

Y pensar que para ejercer la medicina, en la actualidad, es necesario que el médico disminuya su patrimonio para evitar riesgos. Y también la extensión de la responsabilidad se aplica en dos formas en el derecho argentino y también a nivel internacional en los códigos latinoamericanos. ¿Cuál es la responsabilidad por responder en las consecuencias directas y mediatas y también en las inmediatas? ¿En dónde la responsabilidad se extiende a cuestiones que tienen que ver más allá del acto médico en su momento, sino que mucho más adelante?

Respecto a la reparación del daño moral, también es diferente en las distintas esferas, y mientras que en la convencional, es facultad del juez establecerlo, en la esfera extracontractual, es presumida su existencia por la ley. Y esta dualidad produce criterios disímiles en la jurisprudencia y lleva en oportunidades a verdaderas injusticias.

Consecuencia de esa realidad es la conducta reticente que asumen las aseguradoras, quienes se escudan en la prescripción decenal para justificar la ondulabilidad de las primas en estos tipos de seguro, y donde pese a este costo, sus ofertas no son satisfactorias por exiguas como para cubrir el riesgo. Y por eso, las aseguradoras, ante un caso de mala praxis, adoptan una conducta pasiva y generalmente expectante y especulativa, favorecida por lo extenso de los procesos judiciales. De esta forma, inclusive, las compañías aseguradoras también quiebran el principal objetivo del contrato de seguro y quieren socorrer al asegurado en el amparo de su actividad y patrimonio.

El eterno problema de que el derecho todo lo puede regular, entonces, aflora una vez más, y con especial virulencia lo hace cuando se trata de solucionar conflictos derivados de la ejecución o interpretación de relaciones

contractuales médicas y de salud. La normativa jurídica, al intentar captar, con sus categorías necesariamente estáticas, algo dinámico, es absolutamente lenta. Garantiza sus derechos con exigencias procesales, pero esa agilidad no la tendrá si no es a través de un método absolutamente distinto y que nosotros estamos convencidos, son esos métodos no adversariales.

La búsqueda de equivalentes jurisdiccionales para la solución de conflictos por la prestación de un servicio médico, a través del ejercicio de la conciliación y el arbitraje, ha sido la tónica de la nueva tendencia iberoamericana del derecho, y que cede ante el dictado de las leyes nacionales para enmarcar su práctica. Esta tendencia, que es originaria del comercio internacional y con fuentes en el derecho internacional privado, y más recientemente, en las convenciones internacionales, se fortalece y expande, priorizando siempre la autonomía de la voluntad de las partes para determinar los medios e instrumentos procesales de su elección, y que otrora, era exclusivamente jurisdiccional. Es decir, que también el derecho, siempre temporal y movable, frente a esta cambiante actualidad, estructura la adecuada respuesta y rescata como única alternativa válida la conciliación, la mediación o el arbitraje público o privado, con el firme propósito de que siguiendo el camino de los países europeos, y que también está recorriendo México y otros lugares como España, Perú y Chile, sean los mismos protagonistas que busquen vías paralelas al derecho estatal capaces de garantizarles a los prestadores médicos y de los servicios de salud y a los usuarios, pacientes y consumidores, una adecuada seguridad jurídica, sin sobresaltos y sin sorpresas.

Esta respuesta no adversarial institucional general tiene amplio amparo legal. Tenemos que partir de este concepto porque me parece que es fundamental que lo tengamos en cuenta para posteriormente, en el debate de preguntas o discusiones, especialmente cuando muchas veces no se tiene conocimiento de la legislación y se cree que la utilización desta

metodología significa de ir en contra de la ley o pretender privatizar la justicia, como en algún momento en el Parlamento Latinoamericano, en Sao Paulo, en un encuentro similar a éste hace unos cuantos años, por mi exposición, fuí denunciado y quisieron ponerme preso precisamente por ese tema. Esta anécdota es muy ilustrativa porque luego, Brasil incorpora una excelente ley de arbitraje, y en el mismo lugar reiteraba esos anteriores conceptos, recibiendo notable aceptación de los asistentes.

Es decir tenemos que reconocer entonces, que los métodos no adversariales tienen un reconocimiento legal, muy importante. Inclusive muchos países tienen excelentes leyes de arbitraje, no así otros, como México o Argentina que todavía no tiene una legislación específica. De cualquier modo en cualquiera de los casos, es reconocida la voluntad de las partes para establecer el mecanismo arbitral que deseen. En Argentina tenemos una ley de mediación, no tenemos ley de arbitraje, pero sí tenemos reconocimiento de convenciones internacionales muy importantes.

Este aspecto del reconocimiento de convenciones internacionales es también un punto muy importante que debemos tener en cuenta particularmente por dicho respecto al tema de la "aldea global", donde se impone la aplicación de convenciones y tratados internacionales. En Argentina, se ha producido un avance en los últimos diez años, donde no solamente la Corte ha hecho un cambio fundamental respecto a la interpretación de tratados internacionales, sino que directamente ha adoptado, a partir de la Convención de Viena sobre el Reconocimiento de los Tratados, la jerarquía de las convenciones internacionales y ha establecido en varios fallos que los tratados internacionales se aplican por encima del derecho interno.

Esta jurisprudencia de la Corte posteriormente fue aunada en la reforma de la Constitución, y hoy, la Constitución de Argentina claramente establece que los tratados internacionales tienen jerarquías superiores a las

leyes internas. Y no solamente eso, sino, como decía, incorporan en el texto de la reforma de la constitución un tratado muy específico, como es el Pacto de San José de Costa Rica, de la Convención de Derechos Humanos.

De modo que, si bien, en el caso específico de arbitraje tenemos tres convenciones, una más antigua, que es la Convención de Ginebra, o de mayor importancia, que es la Convención de Panamá de 1975, pero la que marca la diferencia con respecto a estas dos y que no deja dudas, es la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento de Ejecución de Sentencias y Laudos Arbitrales de los Extranjeros. A la luz de esta Convención, para la República Argentina, como también para la República de Colombia, también para Venezuela –Venezuela tiene una reforma constitucional con respecto a los tratados internacionales muy explícita en este punto–, México la está adaptando del punto de vista jurisprudencial, aunque no hay una ley de arbitraje. Así en estos países, una sentencia arbitral, dictada en un país extranjero, es aplicable automáticamente por encima del derecho interno de los países.

Esta legalidad muchas veces no se tiene en cuenta, pero es nuestra obligación, somos abogados reconocerla. Por eso al momento del debate debemos tener mucho cuidado, si lo hacemos desde un punto de vista estrictamente doctrinario o legal con validez jurídica. También en el área médica y de salud, si no hacemos una interpretación doctrinaria o legal con validez jurídica, confundimos, como aquellos periodistas la realidad frente al desconocimiento del derecho.

Otra forma de resolver a través de los métodos no adversariales son también los tribunales de consumo, Consumidores en Defensa de la Competencia. En la legislación argentina, las profesiones liberales y la profesión médica fueron expresamente excluidas, por lo tanto, no se puede fundamentar en los tribunales de consumo una ley de defensa del consumidor, un reclamo por mala praxis.

Antes de explicar las institucionalmente el Tribunal Americano de Conciliación y Arbitraje Médico (TACAMES), es justo también mencionar al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud de Chile que también ayuda a expandir el germen del arbitraje en Latinoamérica. También el Colegio de Abogados de Madrid reconoce la metodología arbitral y adopta un capítulo particular para resolver conflictos médicos y de salud.

También una cuestión previa, es comentar acerca del accionar de los pacientes, usuarios o consumidores del acto médico y los Profesionales frente a la conciliación y el Arbitraje. Decíamos antes los fundamentos de por qué los métodos no adversariales están vigentes, tienen amparo legal y por qué deben tener su reconocimiento, su ejercicio y su práctica. Las consecuencias que esto trae aparejadas son un redescubrimiento de la autonomía de la voluntad de las partes para resolver sus disputas. Nosotros recién explicamos que en la relación médico-paciente, si tenemos una vinculación contractual, entonces no podemos por qué dejar de lado que las partes se pongan de acuerdo para resolver una disputa.

Volviendo a lo expuesto al principio vemos entonces, que la mediación, la conciliación y el arbitraje, se instalan en el sector médico de salud como la más eficaz herramienta de prevención y solución de sus conflictos con claras ventajas frente al procedimiento estatal tradicional. Un ejemplo de ello es que, cuando las partes comprueban el fracaso de la relación y se producen las diferencias, consultan a sus abogados, y a lo mejor, esto lleva a una transacción de manera más o menos amistosa, pero ya en el plano legal. Si esto no es posible, se hace necesario acudir a una persona independiente, solicitando soluciones al conflicto.

Como primera modalidad, el abogado tradicional, y en general el usuario y el prestador de servicios médicos de salud, vista la imposibilidad de

toda negociación, piensa directamente en el proceso judicial, es decir, solicita del juez que dicte sentencia, aclarando los puntos conflictivos de la relación contractual y, eventualmente, dando su decisión. Y aquí viene un punto muy importante que debemos nosotros tener en cuenta, en que la solución judicial, si bien de indudables ventajas en cuanto la decisión en sí misma viene respaldada por el Estado, pero aún en los más respetados procesos jurisdiccionales existen defectos incuestionables, como son la lentitud, la dilación, el costo y la confidencialidad. Y no es cuestión de achacar esos defectos al sistema. Simplemente que la garantía de seguridad jurídica consiga la prolongación del desarrollo del proceso y su encarecimiento. Pero además, el conflicto es resuelto por un funcionario de carrera, con gran preparación, pero frecuentemente carente de la necesaria especialización para conocer el conflicto que se plantea, y sobretodo, desprovisto de la mentalidad propia de quienes participaron en una relación de la cual emergen esas dificultades, una relación entre un paciente y el médico. Así, el juez dictará una sentencia al conflicto aplicando el sentido común. Normalmente hará justicia, no por sus conocimientos técnicos en la materia, sino más aún por el sentido común que indica su propia función jurisdiccional y que fue desarrollada durante los años. Pero, su mentalidad de funcionario se reflejará muy probablemente en la resolución definitiva, acostumbrado a dar mayor importancia a los afectos formales de la relación contractual, que es la verdadera intención de las partes. Y aquí, solo quien conozca y viva a fondo las consecuencias del sector profesional médico de salud podrá dictar sentencia con arreglo a esa mentalidad, y no la del usuario, sobre la base del contrato que ellos mismos percibieron, que es el contrato de prestación de servicios médicos.

En el mismo sentido, la intervención judicial también por inevitable exigencia de la seguridad jurídica, debe desarrollarse con publicidad. Las partes, ventilando un conflicto, enconan sus posiciones y lo que en un primer momento quizás fueron leves diferencias de matiz contractual, pueden agudizarse hasta el punto de poner en peligro la colaboración de las partes.

La publicidad tiene inevitables consecuencias por el eventual perjuicio, tanto para el usuario como para el profesional, y en ocasiones de extrema gravedad, de modo que la decisión judicial implica, en consecuencia, una ruptura de la relación, cuando casi siempre lo que se busca, y es el interés de las partes, arreglar la fricción y continuar con esa relación.

Es innegable, entonces, que el arbitraje, la mediación, la conciliación son los métodos más apropiados para solucionar estas consecuencias no deseadas. Fundamentalmente, lo que nosotros debemos tener en cuenta es que el arbitraje es el método de arreglo, estamos convencidos, más rápido, más económico, y en todo caso, más técnico. Las diferencias que separan a las partes no tienen repercusión pública y permanecen en el marco del secreto profesional. Abordar el arbitraje de los diversos tópicos conceptuales e históricos hasta los primeros casos prácticos, el examen científicamente riguroso de los principios y los problemas, nos proporcionan, a través del derecho de los consumidores, a través de las comisiones internacionales, un comportamiento ético profesional de los árbitros.

Es necesario dejar en claro que la administración de justicia es uno de los servicios del Estado de carácter público, como todos sabemos, y que debe garantizar. No cabe dudar de ellos y, con absoluta claridad, surge el espíritu y el texto de las constituciones nacionales. Pero, esta función de resolver no tiene distinción sobre quién tiene la responsabilidad de llevarla a cabo, de modo que puede ser un funcionario, o una persona que carezca una vinculación con el Estado. No existe razón lógica para considerar que la misma función pueda variar su naturaleza por el solo hecho de que varíe la calidad de la persona. La misión de los árbitros y de los jueces estatales es esencialmente igual. El laudo que dicta un árbitro no tiene diferencias substanciales con la sentencia del magistrado. La mejor prueba de ellos es que están en absoluto plano de igualdad. Un árbitro, al dictar una sentencia, es equiparado a un acto judicial.

A través de sus leyes se reconoce y posibilita a los particulares el ejercer esas funciones de administración de justicia a través del arbitraje. La función jurisdiccional del árbitro tiene una raíz genética contractual. Es decir, la jurisdicción arbitral está instituida por medio de un negocio particular. El consentimiento de las partes que está apoyado en el principio de autonomía de la voluntad, tiene verdadera potestad jurisdiccional, aunque temporal, similar a la de un juez estatal. La voluntad de las partes permite sustraer de los órganos creados por el Estado, la resolución de determinado tipo de controversias. Los árbitros no son mandatarios de las partes, ni reúnen los requisitos tipificantes de esa figura. Ni tampoco representan ni responden a ellos. Los árbitros representan el valor de justicia, objetivo al que prioritariamente deben responder. Para explicar la naturaleza del arbitraje en su estructura integral, no solo se debe tener en cuenta la relatividad en el tiempo y en el espacio del concepto de jurisdicción, sino también todos los demás aspectos integrantes, sin centrar el tema en el concepto del acuerdo y en el contractualismo esencialmente civil y particular, por eso, el arbitraje debe ser examinado en su estructura integral, donde acuerdo constituye en su esencia un negocio jurídico patrimonial, mientras que la ejecución, esa sí está reservada a la potestad jurisdiccional.

Los laudos y sentencias arbitrales, nacionales o extranjeras en la mayoría de los códigos, traen aparejado un título de ejecución. Por lo tanto, el juez, directamente, no analiza las cuestiones que se han tratado, sino analiza si el laudo fue bien dictado, fundamentalmente, si se tuvo en cuenta, en el reglamento que se trató, el legítimo derecho de defensa y la oportunidad de las audiencias de que cada uno puede expresar precisamente cómo hacía su defensa.

Haciendo un paréntesis, les comento que en Brasil, para aplicar un laudo arbitral extranjero existe un problema constitucional muy importante, muy trascendente, ya que el reconocimiento y la ejecución de las sentencias o laudos arbitrales extranjeros tienen una resistencia muy amplia en el Poder

Judicial, porque todavía existe entre aquella famosa tesis monoalista y dualista, la obligación de que el Presidente, si bien ratifica los tratados y son reconocidos luego por el Senado, por el Congreso, necesitan para hacerlo derecho interno un decreto específico del Ejecutivo. Y eso casi nunca ocurre. Entonces, Brasil firma los acuerdos, firma los tratados, pero después, cuando hay que hacer efectivo lo que dice ese tratado, como el ejemplo de hacer el cumplimiento de un laudo extranjero, no se lo aplica porque no es derecho interno, porque faltó todavía la decisión o el decreto del Poder Ejecutivo.

Decíamos, que debemos tener presente la excepcional posibilidad que nos presenta el arbitraje, para desarrollar también un nuevo campo de actuación profesional, un nuevo trabajo, una nueva alternativa laboral y una incuestionable temática de estudio de investigación.

Desde el Tribunal Americano de Conciliación de Arbitraje Médico y de Salud (TACAMES), y de las dos instituciones asociadas, que son la Asociación Argentina de Derecho Médico y de Salud (AADEMES) y la American Association of Legal Medicine and Health (AALMH) de Estados Unidos, hemos creado el Programa "Hacia Una Justicia Terapéutica", enmarcano junto a la solución de los conflictos, estrategias previas de prevención. Es decir avamos junto al derecho médico y a la gestión, evaluación y auditoria en prevención responsabilidad médica legal, antes que tratar el método no adversarial como resolución de conflicto. Sabemos que esta es una materia muy nueva, y depende de todos nosotros y de este tipo de didáctica que se conozca el verdadero alcance de este tipo de trabajo.

Antes de concluir, quisiera hacer hincapié en la llave que da la posibilidad de establecer la jurisdicción y la competencia de los tribunales arbitrales, ya sean privados o estatales, es la figura llamada cláusula compromisoria o el compromiso arbitral, ya que siendo el arbitraje una institución por la cual las partes renuncian a un derecho constitucional fundamental, como es el de la tutela efectiva de los jueces y tribunales, debe

tal renuncia hacerse de forma expresa e inequívoca, de tal manera que la voluntad de someter al arbitraje no puede inferirse de los actos de las partes. Si no medía esa voluntad expresa e inequívoca, el convenio será nulo.

Habitualmente, los códigos nacionales, al referirse a ese convenio, no lo caracterizan. Se impone ubicar la figura en los antecedentes internacionales y, especialmente, a partir de la claridad con que se trata en numerosas convenciones internacionales, con los reconocimientos de las entidades y organismos internacionales. Nosotros formamos parte de la Comisión Interamericana para el Derecho Mercantil Internacional de Naciones Unidas, que tiene su sede en Nueva York, y ellos han dado, a modo de ejemplo para los Estados, un modelo de cláusula compromisoria internacional, que muchas veces ha sido adoptada por los Estados, u otras han sido incorporadas en los tratados internacionales. Abarcativa de la expresión "convenios", se diferencia en la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral, en cuanto la primera es fuente de obligación de hacer, y la segunda, efectivamente, tiene la condición de obligar a las partes. Es decir, una cláusula compromisoria, donde un paciente antes o después de participar en una prestación médica asistencial, fija en un acuerdo entre las partes que en el caso de existir algún conflicto van a recurrir al mecanismo conciliatorio o arbitral, como puede ser el TACAMES, dónde se analiza si el reclamo o queja es procedente. Y luego de analizarla para ver si la queja es viable, o si los peritos, o los expertos, o los futuros árbitros, o los asesores que integran la mesa que hacen de recepción de ese pedido del usuario, establezcan si es viable una reclamación por mala praxis o responsabilidad médica. Entonces, es aceptada o rechazada. Si es aceptada, se invita a la otra parte a formar un compromiso sobre el evento que ha trascendido. Y luego de ese compromiso, se pone en funcionamiento, entonces, el reglamento de procedimientos del TACAMES u otros.

Esta llave, como digo, esta apertura, esa puerta de acceso a la jurisdicción y a la competencia arbitral es absolutamente importante, porque

tiene el más amplio apoyo legal, como decía, no solamente de los códigos de procedimiento, sino también de los tratados internacionales. Y en muchos países, reitero, tiene jerarquía superior a las leyes.

Quiénes no están habituados a esta temática parecerían no entenderse muy bien o no querer reconocerla. Pero, es así. Y en la mayoría de los casos, los árbitros no necesariamente son abogados, sino que son funcionarios o personas de confianza de la parte que va a la reclamación. El árbitro es una persona que tiene determinadas características, conforme las exigencias de los reglamentos. Nuestro reglamento, lo único que exige, simplemente, es la mayoría del goce de los derechos civiles y el pleno reconocimiento de sus facultades para actuar en ese sentido, porque, en este camino del arbitraje, cuando las instituciones arbitrales o los reglamentos de arbitraje se forman en el seno de alguna institución, pueden llegar a ser tan corporativos y tan monopólicos, y pueden traer mayor problema que los propios códigos procesales. Entonces, se crean en mérito de utilizar el arbitraje pero con otro fin. Si, por ejemplo, a personas no habituadas a esta temática por primera vez les llega a sus manos un reglamento del colegio de abogados, o el colegio de ingenieros, o el colegio de arquitectos, y van a ver que como exigencia primera, en la primera cláusula, ¿quiénes pueden ser los árbitros? Recomienda que tiene que ser un profesional matriculado. Y eso no hace la esencia del arbitraje como medio de resolver disputa. Por supuesto, esto es discutible y todo el mundo puede tener razón, pero nosotros adoptamos la postura de la absoluta libertad de la parte, precisamente en defensa y en reconocimiento de esa autonomía, de la voluntad de resolver una desavenencia. Que no es otra cosa que recoger recomendaciones de Organismos Internacionales en este tema.

La importancia entonces, que tiene este aspecto es que una parte, un paciente recurre a una persona de su confianza para decirle: "Mire, yo tengo un problema médico, quiero que sea mi árbitro." Esa persona, si tiene reconocimiento, si tiene pleno goce de derecho civil, y los reglamentos de

arbitraje como el nuestro lo aceptan, puede, a través de la aceptación de la otra parte, la cual va a ser convocada para que acepte esa mediación, esa conciliación o ese arbitraje, puede ocupar una función jurisdiccional con reconocimiento legal, equiparada a una función de un juez togado. En esa importancia es donde nosotros centralizamos la metodología del método no adversarial.

Con el desafío de ofrecer un concreto aporte al mejoramiento de la relación médico-paciente, a la disminución de la que judicialización que desacredita la profesión médica y a satisfacer los justos reclamos de usuarios, se constituye en el ámbito de la Asociación Argentina de Derecho Médico y de Salud (AADEMES) y de la American Association of Legal Medicine and Health (AALMH) de USA, el Tribunal Americano de Conciliación y Arbitraje Médico y de Salud, (TACAMES) con el auspicio de la Fundación Kiwanis International Argentina y del Tribunal Internacional de Conciliación y Arbitraje del MERCOSUR (TICAMER), actualizando la vigencia del método no adversarial en procura de justas soluciones en un proceso médico y de salud. Cuando una vinculación entra en conflicto, la rapidez, seguridad, confidencialidad y economía del reclamo, se ve exclusiva e inmejorablemente asistida por la Mediación, Conciliación y el Arbitraje del TACAMES, fundado en el acuerdo voluntario de los contratantes de someter sus desavenencias a un tercero imparcial para su determinación final.

Es a través del TACAMES donde los usuarios, médicos, auxiliares, letrados, empresas aseguradoras y prestadoras de servicios de salud que reclaman celeridad, inmediatez y bajo costo en la obtención de justicia, obtienen la adecuada respuesta y donde una pronta decisión es preferida a una solución Estatal inalcanzable en el corto tiempo.

Con un Reglamento preestablecido y por ende conocido previo al enjuiciamiento, integrados por profesionales, capacitados el cometido y

probados en su desempeño, constituye un invaluable medio para asegurar la justicia entre dos o más parte en un conflicto médico y de salud.

En tal sentido el Reglamento del TACAMES, tiene un modelo de cláusula compromisoria cuya utilización permite a los contratantes tener allanado el camino para la pronta constitución del Tribunal Arbitral, en la cual se hace remisión previa obligatoria y expresa a las reglas de la Mediación y Conciliación dentro de las características relevantes.

No menos importantes como particularidades de su Reglamento son la intervención de terceros, la asistencia técnica y de secretaría por otras Instituciones, la prohibición de fundamentar los votos en disidencia y la participación activa de médicos, psicólogos, bioquímicos, abogados, mediadores, escribanos, peritos y expertos técnicos.

Los Arbitros, cuyos honorarios estan previamente establecidos, son elegidos por las partes y su designación se cumple si son probos, imparciales e independientes. Los usuarios, profesionales, sus colegios y empresas aseguradoras y de salud tienen la más amplia libertad de elegir un árbitro de su confianza, sin limitación de tener que recurrir exclusivamente a las listas de la Institución.

Tanto los Abogados Generales, como los Arbitros de las listas del TACAMES son profesionales especializados en Solución de Controversias Médicas y de Salud por la Secretaría General. La inimpugnabilidad, inapelabilidad y obligatoriedad del laudo permite garantizar su cumplimiento sin demora y con derecho para que la autoridad nominadora procure su cumplimiento mediante las acciones privadas o judiciales nacionales e internacionales que correspondan.

El TACAMES tambien puede intervenir, mediando acuerdo de partes, en la decisión de controversias con elementos internacionales, incluso aquellas en

las cuales un estado sea parte, en cuyo caso la sumisión al tribunal arbitral importará renuncia a las inmunidades soberanas. Es decir, la registración del contrato importa automáticamente la sumisión de toda cuestión suscitada entre las partes a la jurisdicción del Tribunal Arbitral de dicha institución conforme a una cláusula compromisoria particularmente amplia.

Este camino que inicia el Tribunal Argentino de Conciliación y Arbitraje Médico y de Salud, (TACAMES) necesariamente involucra y requiere la activa participación de todos los protagonistas del sector. Porque más allá de esos retos que somete el cambio a las relaciones entre usuarios y prestadores médicos y de salud, todos debemos colaborar a solucionar las dificultades que enfrenta la Justicia, los Profesionales y sus Colegios Profesionales para cambiar la mentalidad y aceptar que sean los particulares los que resuelvan sus conflictos, en su propia jurisdicción y eligiendo sus propias reglas.

El mayor problema está en la mentalidad formalista y estatizante con que se halla impregnada la sociedad y de la cual los Abogados, Médicos, Colegios Profesionales, Empresas de Salud y Compañías Aseguradoras formamos parte. Ello impide ver más allá de la noción de orden público al extremo de aplastar desde el inicio cualquier iniciativa de solución voluntaria, llámese Mediación Conciliación o Arbitraje. Es fundamental comprender que se pretende sustituir la función jurisdiccional por el Arbitro privado elegido por las partes. Por el contrario lo que se logra es jerarquizar la labor de los jueces estatales a través del cambio de mentalidad de los particulares en el modo de encarar la resolución de sus conflictos, con un nuevo espíritu y acorde a los nuevos tiempos.

En ese marco, el TACAMES se esfuerza en jugar un papel prominente en la diseminación de los conocimientos sobre la institución de la Conciliación y el Arbitraje Médico y de Salud, en capacitar, especializar y propiciar el intercambio de información y la unificación de criterios de Profesionales, sus Colegios y las Asociaciones Científicas. Este camino de especialización sin

lugar a dudas tendrá su fruto en el asesoramiento, consejos y opiniones hacia organismos públicos y privados.

En síntesis y para finalizar, la verdadera trascendencia de la Mediación, Conciliación y el Arbitraje como garantía de seguridad jurídica necesaria y elemento esencial e imprescindible para afrontar los cambios que nos ofrece el ejercicio médico y de salud, fomentar y jerarquizar la actividad, mejorando la salud la dará el reconocimiento y el énfasis que le brinden los usuarios y prestadores de servicios médicos y de salud, junto a sus abogados, mediadores, y asesores en la inserción de cláusulas compromisarias en los contratos que posibiliten el inmediato acceso a la Conciliación y el Arbitraje frente a un conflicto. Ello conlleva también, la certeza de una nueva posibilidad laborar y una indudable jerarquización científico profesional. Muchas gracias.