

haber evitado, pero en muchos casos, éstos son los verdaderos accidentes a los que estamos todos sujetos.

Una tercera en la que no es el médico el responsable de lo que está ocurriendo, tiene que ver con la sociedad en la que se desenvuelve. La sociedad pondera algunos valores y el médico no puede estar ajeno a eso, organizacional, en la organización en la que trabaja, o circunstancial, que en ese momento no hay con qué atender.

Ya se ha hecho alusión a cómo la presión por el manejo del dinero puede resultar totalmente agresiva para el paciente.

Y aquí al médico no lo quiero disculpar, pero el médico es parte de un conjunto de situaciones que propician esto. Luego los criterios de racionamiento; evidentemente la atención médica se tiene que racionar, esto se entiende, pero cuáles son los criterios que se utilizan, a algunos la sociedad los va justificando, por ejemplo, el utilitario lo va justificando y los otros no, o el de prioridad en la demanda, el que llegue primero le toca el medicamento, a los demás, si se acaba el medicamento ya no les toca.

El otro aspecto que habría de aplicarse a un juicio sobre la yatrogenia es la perspectiva teriológica o la perspectiva deontológica. La perspectiva teriológica se fija en el desenlace, en el resultado, en el daño; si el paciente resultó dañado, la acción fue mala, independientemente de cómo se haya aplicado. La perspectiva deontológica -claro que son grupos polares- analiza si las cosas se hicieron bien, si a pesar de eso hubo un daño. Ahí lo importante no es el resultado de la acción, sino la acción misma.

Ustedes verán que en las teorías éticas que existen en el mundo hay una mezcla de ambas y esto genera alguna confusión, sobre todo en la gente joven.

Entonces, esta es una propuesta muy ingenua de que habría, más que decir daño yatrogénico o yatrogenia, a lo mejor categorizarla un poco y empezar por pensar si es yatrogenia, que produce o no daño -porque decíamos que hay yatrogénesis benéfica-; si hay una desproporción del doble efecto, qué tipo de daño está originando, por ejemplo: si hay daño psicológico, porque hay gente que exagera los pronósticos para parecer como salvador; si hay daño social, si las responsabilidades de la propia medicina, en tanto ciencia imperfecta, o de los médicos, en tanto seres imperfectos; si es del sistema social o de los servicios, o bien de los médicos.

Si es por exceso, o si es por defecto; si tiene que ver con el diagnóstico del tratamiento según la magnitud del daño, si se justificaba o no el procedimiento dañino y según haya o no responsabilidad en ese daño.

Estos son algunas de las variables que podrían tomarse en cuenta con el propósito de hacer un juicio más mesurado de lo que es la yatrogénesis. La yatrogénesis parece el mal del siglo, el número de casos de enfermedades producidas, por ejemplo, por los modernos métodos diagnósticos y terapéuticos es ya muy considerable, pero estimo que habría de aplicarse un juicio que pondere las circunstancias.

Experiencia internacional. El tribunal de arbitraje médico de Bizkaia

Dr. D. Cosme Naveda Pomposo

Miembro portavoz del Tribunal de Arbitraje

Dr. Joseba K. Asolo Bajeneta

Coordinador general del proyecto de creación del Tribunal de Arbitraje.

Hasta la aparición del Tribunal de Arbitraje Médico del Colegio Oficial de Médicos de Bizkaia (COMB), el marco existente en España para dirimir los litigios y reclamaciones entre los médicos y los pacientes se circunscribía a la administración ordinaria de justicia, a la cual acudía el paciente que se consideraba dañado a consecuencia de una actuación profesional médica interponiendo una denuncia contra el médico presuntamente causante del daño, bien por la vía civil (reclamación de indemnización económica) o bien por vía penal (que puede acarrear detención y cárcel).

Debido a la lentitud de la administración de justicia, estas demandas son tremendamente dilatadas en el tiempo pudiendo durar dos o más años, provocando en el demandado una lacerante sensación de angustia interior y de incertidumbre de futuro, agravada por el posible cuestionamiento social y profesional de su buen ejercicio médico y la consecuente publicidad negativa

que podía generar un importante quebranto personal, social, profesional y económico para el demandado.

Como es natural, el médico profesionalmente y a nivel individual, busca mecanismos de defensa y los encuentra fundamentalmente en tres formas de actuación; una de ellas éticamente negativa y las otras dos éticamente positivas. A saber:

- La medicina defensiva, éticamente negativa.
- La implicación del paciente en su proceso curativo mediante el denominado consentimiento informado, éticamente positivo.
- La historia clínica minuciosa y la utilización de protocolos médicos elaborados por las sociedades científicas correspondientes.

Ante este estado de cosas, el COMB se planteó la necesidad de crear una comisión interdisciplinaria de trabajo para el estudio y búsqueda de soluciones con un objetivo fundamental que pasaba por encontrar una alternativa eficaz a los tribunales ordinarios de justicia; es decir, por desjudicializar los actos médicos.

Tras el estudio en la Ley 36/1988 de 5 de diciembre sobre régimen jurídico del arbitraje, que modifica otra anterior y que se adapta a la recomendación 12/1986 del Comité de Ministros del Consejo de Europa que postula que los gobiernos adopten las disposiciones adecuadas para que en los casos que se presten a ello, el arbitraje pueda constituir una alternativa más accesible y más eficaz a la acción judicial, consideramos que su aplicación en la creación de un Tribunal de Arbitraje Médico se ajustaba a los objetivos que nos habíamos propuesto, por lo que se decide acometer la elaboración del Reglamento del Arbitraje del Tribunal Arbitral del Ilustre Colegio Oficial de Médicos de Bizkaia.

En la evaluación del resultado obtenido tras el articulado del reglamento, encontramos:

Aspectos Positivos del Tribunal:

- El arbitraje puede aplicarse en la gran mayoría de los procesos por reclamaciones médicas.
- El Laudo arbitral debe ser dictado en el plazo de seis meses.
- Se tendrá en cuenta la *lex artis* médica y no sólo aspectos jurídicos.

- Protocolo mínimo, más informal.
- Favorece una comunicación más fluida, más normal, reduciendo al mínimo los tecnicismos jurídicos y las argucias de los abogados.
- Disminuye considerablemente la publicidad negativa. Aspectos negativos del Tribunal:
- Sólo se pueden atender procesos civiles.
- Existe recurso de nulidad y ello puede retrasar la ejecución del laudo.
- Existe recelo a las innovaciones.
- Sospecha infundada de corporativismo.

Al respecto de esta última, existe la tendencia infundada a suponer esto lo han hecho los médicos para protegerse entre ellos. Para evitar tal inconveniente el reglamento del tribunal especifica taxativamente que, necesariamente, las partes deben acudir asesoradas por sus respectivos abogados.

Respecto del conocimiento del tribunal, están excluidas las siguientes cuestiones:

- En las que haya recaído sentencia judicial firme.
- Las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan poder de disposición.
- Las cuestiones en que, con arreglo a las leyes, deba intervenir el Ministerio Fiscal en defensa de quienes no puedan actuar por sí mismos. Puede establecerse la nulidad del arbitraje (nulidad del laudo) por las siguientes causas:
- Cuando el convenio arbitral fuese nulo.
- Cuando el nombramiento de los árbitros y el desarrollo de la actuación arbitral no se haya ajustado rigurosamente a la ley.
- Cuando el laudo se dicte fuera de plazo.
- Cuando los árbitros resuelvan sobre puntos no sometidos a su decisión o que no puedan ser sometidos al arbitraje.
- Cuando el laudo sea contrario al orden público.

El tribunal arbitral está compuesto por cuatro órganos permanentemente constituidos. El Pleno, con la representación de la clase médica y una representación de los abogados, y una basta representación de la mayoría de los agentes sociales implicados en la relación médico-paciente; la Comisión Permanente, que es una selección de los miembros del pleno; un Presidente y una Secretaría.

Para que los litigantes puedan poner en marcha el proceso arbitral, es necesario un convenio arbitral, ya sea en el contrato que une al médico y al paciente, o bien mediante el sometimiento expreso de las partes una vez presentada la solicitud de arbitraje. En cualquier caso, la primera regla de oro, es que el acceso al arbitraje es absolutamente voluntario para las partes.

Es necesario resaltar que la Administración Sanitaria (empresa pública que oferta los servicios a toda la población), no puede intervenir o someterse a arbitraje.

Todas aquellas denuncias en las cuales se vea implicado el Estado, tienen que ser, por ley, juzgadas por los tribunales de justicia.

Existen dos tipos de arbitraje, por un lado está el arbitraje de derecho, donde los árbitros tienen que basar el laudo (su sentencia), en fundamentos de derecho, y por otro, el arbitraje de equidad, donde los árbitros no necesitan de la utilización de argumentos jurídicos, sino lo que ellos consideran justo, razonable o de equidad.

En el caso de un arbitraje de derecho, los árbitros sólo podrán ser abogados. No así en el de equidad, donde podrán ser médicos o abogados.

El número de los árbitros es siempre impar, así, los árbitros podrán ser uno, tres, cinco, etc. En el caso de un arbitraje de derecho tendrán que ser abogados, pero en el caso de equidad, la norma es que, como mínimo, uno será médico.

¿Cómo se eligen los árbitros?. Aquí aflora la segunda regla de oro: la elección de los árbitros será realizada de mutuo acuerdo entre las partes. A tal fin, el Tribunal proporcionará a los litigantes listas de médicos y de abogados, de donde ellos deben elegir.

Si las partes llegasen a un acuerdo sobre el número o las personas a elegir, existe la posibilidad de que sea el propio tribunal quien nombre una terna por insaculación.

Dinámica del proceso

Las partes o litigantes tendrán que exponer claramente qué es lo que quieren someter a la consideración de los árbitros. En definitiva, sobre qué cuestión no están de acuerdo y cuál es el resarcimiento que se solicita, con las alegaciones y motivaciones correspondientes. Seguidamente, se inicia la fase de presentación de pruebas, donde las partes deben aportar tanto las testificales, como las periciales. Durante este periodo los árbitros pueden, si lo estiman necesario, solicitar sus propias periciales. A tal fin, cuentan con un listado de médicos especialistas a los que acudir en cada caso. Una vez finalizada esta fase, las partes deben presentar sus alegaciones finales y conclusiones. En este punto, los árbitros si tuviesen cualquier duda, pueden abrir un proceso llamado diligencias para mejor arbitrar, durante el cual, podrán solicitar otra batería de testificales o pruebas periciales.

El laudo es vinculante a las partes y se entrega previa protocolización notarial.

Todo este proceso no debe superar los seis meses. Esto es importante, si tenemos en cuenta que los procesos judiciales, normalmente, superan plazos de dos años. Contra el laudo solamente cabe un recurso de anulación (ante los tribunales ordinarios de justicia), y podrá ser presentado bien por que la o las partes consideran se han conculado los preceptos formales exigibles a todo arbitraje (convenio arbitral nulo, laudo dictado fuera de plazo, laudo contrario al orden publico, etc.)

Finalmente, es de interés insistir en las reglas de oro del arbitraje. La primera se refería a la voluntariedad del sometimiento al proceso arbitral. La segunda, al hecho de que los árbitros o mediadores deben ser elegidos de común acuerdo por las partes. Y la tercera y última, es que si durante el tiempo que dure el arbitraje, siempre antes de que los árbitros emitan el laudo, si las partes llegasen a un acuerdo parcial o total, el mismo deberá ser reflejado como laudo, si el acuerdo es total, y como parte del laudo, si el acuerdo es parcial.

III Simposio Internacional

Por la calidad de los servicios médicos