

321309

19
2oj

UNIVERSIDAD DEL TEPEYAC

ESCUELA DE DERECHO
CON ESTUDIOS RECONOCIDOS OFICIALMENTE POR
ACUERDO No. 3213 CON FECHA 16 - X - 1979
DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO



EL ARBITRAJE MEDICO Y EL JUICIO DE RESPONSABILIDAD

TESIS
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA
JORGE MEDINA GOMEZ
ASESOR DE LA TESIS:
LIC. EMILIO FELICIANO PACHECO RAMIREZ
CED. PROFESIONAL No. 1348936

MEXICO, D.F.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

1999



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

DEDICATORIAS

A MIS PADRES, ANTONIA Y JORGE :

Por ser columnas infranqueables en mi vida, por llevarme de la mano cada día y sembrar en mi ser el valor para enfrentar la vida , la paciencia para vencer lo que parece insuperable, el coraje para soportar todo tropiezo y el amor para encontrar la felicidad.

A MI HERMANA ELIZABETH:

Quien siempre se ha encontrado a mi lado, por ser la mano que ayuda a levantarme y quien ha sido importante inspiración en este trabajo.

A NORMA :

Que es mi inspiración, amor, pasión y sueño

INDICE

INTRODUCCION

CAPITULO I. ANTECEDENTES DEL ARBITRAJE MÉDICO Y SU NATURALEZA JURÍDICA.	2
CAPITULO II. PROCEDIMIENTO DEL ARBITRAJE MÉDICO	35
2.1 Definición.	35
2.2. La salud en el nivel constitucional.	44
2.3. El sistema nacional de salud.	57
2.4. Etapas del procedimiento arbitral.	63
2.5. Jurisdicción y competencia en el arbitraje médico.	67
2.6. Resoluciones del procedimiento arbitral.	67
CAPITULO III. EL ARBITRAJE MEDICO Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL.	71
3.1. Definición.	71
3.2. Marco jurídico.	77
3.3. Reglamentación jurídica.	83
CAPITULO IV. LA COMISION DE ARBITRAJE MEDICO Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL.	96
4.1. LA COMISION NACIONAL DE ARBITRAJE MEDICO.	96
4.2. Concepto y clases de responsabilidad.	104

4.3. El juicio de responsabilidad como producto de la resolución condenatoria en el arbitraje médico.	109
4.4. Sentencias en el juicio de responsabilidad administrativa.	124
4.5. Procedimiento en el arbitraje médico.	126
4.6. LA COMISION NACIONAL DE ARBITRAJE MEDICO como ombudsman de la salud.	134
4.7. Propuestas de reformas.	139
CONCLUSIONES	145
BIBLIOGRAFIA	150

INTRODUCCION

La pretensión del presente trabajo de investigación, es analizar dentro de nuestro actual sistema de derecho el arbitraje médico y el juicio de responsabilidad, partiendo por supuesto de los antecedentes mas remotos hasta los más próximos de nuestro acontecer, ésto para efecto de analizar tambien los diversos fenómenos que han provocado la necesidad de avocarse a uno de los temas que con más auge ha despertado interés en casi todo el mundo; ello implica allegarse de los elementos mas indispensables para entender el surgimiento del fenómeno hasta la actual concepción del problema en nuestro marco de derecho, fenómeno en el cual se encuentran implicados el ejercicio de la profesión médica, su regulación jurídica, el órgano encargado de dirimir conflictos de responsabilidad y en su caso concebir y hacer valer los daños que se causen; en éste orden de ideas es necesario que se preste suma atención a la forma en que he dividido el presente trabajo a efecto de lograr su entendimiento, con el solo propósito de explicar a profundidad el papel que juega la COMISION NACIONAL DE ARBITRAJE MEDICO y lo que puede ocasionar la responsabilidad fincada al profesionista, los cauces o vertientes que ello implica tanto en el ámbito profesional como en el sujeto que recibe el servicio; por ello he ordenado el presente trabajo en cuatro capítulos, el primero de ellos denotado ANTECEDENTES DEL

ARBITRAJE MEDICO Y SU NATURALEZA JURIDICA cuyo propósito esencial es dar muestra clara y patente del movimiento del fenómeno de que trata mi investigación, así como el creciente impacto que a nivel mundial ha ido generando al grado tal de generarse instituciones u organos encargados del análisis y regulación de dicho apartado, sin olvidar el papel que México juega en dicho acontecer; el segundo capítulo denominado PROCEDIMIENTO DEL ARBITRAJE MEDICO, tiene por objeto analizar el procedimiento de arbitraje médico dentro de nuestro actual marco del derecho, especificando los fines mediatos e inmediatos de su ejecución así como la forma en que éste se desarrolla y como se rige; el capítulo tercero titulado LA COMISION NACIONAL DE ARBITRAJE MEDICO Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL, concibe la idea de mezclar al arbitraje médico y la acción positiva de la COMISION NACIONAL DE ARBITRAJE MEDICO en México con el juicio de responsabilidad que puede fincarse al profesionista cuando así lo estime dicha comisión siendo el punto crucial o trascendente en el tema estudio debido a que arroja los resultados que se propone como hipótesis, es decir demostrar los alcances del actuar de la COMISION NACIONAL DE ARBITRAJE MEDICO, sus fines, sus logros y la eventual posición del profesionista frente a sus resoluciones; finalmente como cuarto capítulo se aborda el titulado EL JUICIO DE RESPONSABILIDAD Y EL ARBITRAJE MEDICO que tiene por objeto esencial el analizar lo que provoca la responsabilidad médica decretada por la COMISION NACIONAL DE ARBITRAJE MEDICO en el orden normativo del

derecho privado que permite al lesionado a recurrir al pago de daños que le han ocasionado, producto de la responsabilidad que se declara en contra del profesionista; así de ésta manera concluir con las posiciones de mas alcance y discusión con respecto al presente tema que provocan confrontación y adisgusto, pero que sé que es la única manera de perfeccionar el sistema que actualmente rige la materia de éste estudio.

CAPITULO I

**ANTECEDENTES DEL ARBITRAJE MEDICO Y SU NATURALEZA
JURIDICA**

Si bien no puede hablarse de arbitraje médico antes de la consolidación de las universidades y con ellas la profesionalización de la medicina, cuando se estructuran los Estados nacionales, si es factible hacer una revisión sobre la responsabilidad que los artesanos de la medicina, brujos o magos adquirirían en el ejercicio de su oficio.

En el presente capítulo se realiza una breve panorámica de la responsabilidad médica, desde el punto de vista histórico, hasta comentar algunas situaciones que al respecto se presentan en sitios como Europa y Estados Unidos.

Cuando se trata de investigar sobre la iniciación de la medicina, aparece la figura de Hipócrates (460-365 A.C.), de origen griego que con sus libros, ideas y doctrinas representa un parteaguas en la historia de la medicina.

Las relaciones entre el hombre y el universo fueron realmente las bases del Hipocratismo, pero estas ideas eran ya conocidas antes de Hipócrates, y se culpaba a estos cuatro elementos: aire, tierra, agua y fuego, aunque en tiempos de Hipócrates también se hablaba de los humores y se referían a la sangre, saliva, bilis amarilla, bilis negra.¹

¹ Aquilino Villanueva, Historia de la Medicina y desarrollo de la Urología en los países occidentales, p. 11

La enfermedad era considerada como un desequilibrio entre factores y el organismo. Como en aquella fecha no era permitido el estudio anatómico en cadáveres humanos y solo se obtenía de la disección de cuerpos animales, algunas interpretaciones, como se sabe, eran completamente erróneas. Sin embargo, Hipócrates se preocupaba por hacer el estudio de los síntomas, la exploración del cuerpo enfermo y el aspecto de las evacuaciones, de la orina, del sudor, y otros. Se sabe que Hipócrates, en sus escritos, ya reconocía los enfermos tuberculosos y la existencia de los tumores malignos y los cálculos del aparato urinario.

Las relaciones entre el hombre y el universo, según Hipócrates, son la explicación de los trastornos humorales y de las enfermedades del hombre, es decir, que las características de un padecimiento están en relación con el ambiente, la situación geográfica, el clima, y otros aspectos, y de allí que hay padecimientos típicos de cada región de la tierra. El temperamento de cada individuo cambia frecuentemente como cambian las estaciones, y esto no es una imagen poética, sino que indica que la naturaleza, la historia, el hombre, el universo, pasan por diferentes fases como el nacimiento, el desarrollo, la madurez y la muerte. Según Hipócrates, la noción del temperamento depende fundamentalmente de su constitución física, así como del humor predominante, temperamentos sanguíneos, nerviosos, biliosos y atrabiliarios.

Hipócrates pensaba que los padecimientos generales que

evolucianan con la participación de todo el organismo, pueden ser el resultado de un padecimiento local, y que la naturaleza del hombre tiende a recuperar la salud activando los humores de su organismo. Respecto al diagnóstico, decía que era necesario analizar los síntomas de la enfermedad para orientarse en ese sentido, y que el pronóstico del enfermo, se efectuaba conforme a su temperamento, la alimentación, su vitalidad, la expresión de la cara, los cambios de humores, sudores, orinas, evacuaciones y el sueño.

Además, y primordialmente, Hipócrates procuró siempre enseñar, en la isla de Cos fundó una escuela, que fue anterior a la de Alejandría, en Egipto y se presume que tuvo alguna influencia en dicha escuela. En el juramento de Hipócrates, asienta que los médicos deben tomar empeño en enseñar a los hijos de los profesores. En dicho juramento trata de la lealtad, de la dignidad y la manera de comportarse en relación con los enfermos. La Escuela Hipocrática reconocía y señalaba los casos en que era necesario practicar la cirugía, se intentaron operaciones de la vejiga, en los riñones, trepanaciones, amputaciones, aunque en dicho juramento el mismo Hipócrates señala que jamás hará la operación de la "talla perinial", seguramente refiriéndose a los cálculos vesiculares y recomendaba " que la hagan aquellos que tengan la práctica adecuada"² La herencia de Hipócrates dejó a los médicos, según Garrison ³, fue de triple naturaleza, primero disoció la medicina de la liturgia y de la filosofía, segundo hizo

² *Ibidem*, p.13

³ Charles Garrison, Breve historia de la medicina, p.39

crystalizar los diversos conocimientos que enseñaban en las escuelas de Cos y de Cridos, en la antigua Grecia, en su sistema científico y tercero señaló a los médicos la mas alta inspiración que debieran poseer hasta la fecha.

Probablemente, por el escaso desarrollo que tuvo la ciencia del derecho, se desconocen datos relacionados con aspectos controvertidos de la atención médica.

En la Roma antigua todos los médicos, o casi todos, eran griegos. Unos pocos eran egipcios, judíos, o esclavos libertos, de formación muy mediana casi siempre. No faltaban tampoco los charlatanes de toda especie, zapateros sin clientela, herreros desocupados, dispuestos a practicar operaciones de pequeña cirugía. Pero el ejercicio de la verdadera medicina era cosa reservada para los griegos, considerados como médicos de calidad, Catón, el censor, trataba de amotinar la plebe romana contra los médicos griegos que invadían la península y a los que acusaba de perversidad y de diabólicos designios. Esto no impidió que aquellos médicos alcanzaran un prestigio indiscutible, social y profesional.⁴

Un representante ilustre de esta cofradía fue Asclepiades (hacia el

⁴ Edwin Rosinski, Necesidades y dilemas, p. 5

año 100 antes de J.C.), profesor de elocuencia, médico hábil y psicólogo penetrante, crítico severo de Hipócrates y de sus métodos. A juicio de Asclepiades la medicina del maestro de Cos era una medicina inerte, una mera contemplación de la muerte, un arte totalmente de eficacia.

Asclepiades recetaba remedios fáciles y agradables: agua, vino, fricciones diversas. La causa de las enfermedades era la estancación en el organismo de cuerpos minúsculos que convenía poner en movimiento para conseguir la curación del enfermo. Para lograr este fin el médico recomendaba los paseos en litera o en barca y fue además el inventor de unas camas suspendidas cuyo movimiento ayudaba a los enfermos a conciliar el sueño. Según Asclepiades la terapéutica había de ser precoz, vigorosa, agradable (cito, tute, jucunde), completada con una psicoterapia que era el producto espontáneo de su autoridad natural. Asclepiades fue, en suma, un reformador de la medicina. Pero pese a su indiscutible talento y al de otros médicos de la misma escuela no había en la doctrina de todos ellos nada nuevo. Se esperaba la aparición de una personalidad original y pujante. Tal fue Galeno, llamado el benigno (103-205 después de J.C.), procedía de Asia menor y era griego.

A los diecisiete años el joven Galeno empezó estudios de medicina en Pérgamo. Los completó con estudios filosóficos, se trasladó a Alejandría y cesó de viajar hasta cumplidos los veintinueve años, cuando regresó a Pérgamo. Nombrado médico de los gladiadores, no tardó en

distinguirse por habilidad como cirujano. Pero la medicina es para Galeno algo muy superior a una simple práctica de artesanía, Galeno piensa en empresas más altas y llevado por su ambición llega a Roma, donde no tarda en conseguir un triunfo completo.

Muy inteligente, dotado de un espíritu filosófico siempre despierte, Galeno posee indudablemente todas las cualidades que han de distinguir a un práctico excelente de la medicina. Escritor fecundo, lo cual ha sido atribuido a la paternidad de mas de quinientos tratados, dejó por lo menos cien obras cuya autenticidad no es discutible. Galeno brilla sobre todo en anatomía. Diseca únicamente animales pero sus descripciones anatómicas son notabilísimas. Suya es, particular, la división entre huesos planos y huesos largos. Muchos de los términos que Galeno empleara - apófisis, epífisis y otros más- son todavía hoy de empleo corriente, Galeno individualizó los tendones y los músculos, descubrió nuevos músculos, describió las arterias y las venas.

Entre los médicos de la antigüedad, Galeno fue el primero en tratar de fisiología y sus experimentaciones magistrales de los nervios revelan un genio científico indudable. Secciona la médula espinal a distintos niveles y muestra la sensibilidad y los movimientos bajo la dependencia de tal o cual zona nerviosa. Por la amplitud y el rigor de sus experiencias Galeno aparece como un creador lejano de la medicina experimental.

Durante siglos los médicos estuvieron sujetos a la influencia del galenismo y esta influencia no siempre fue benéfica. En realidad la descripción del corazón por Galeno, en particular, la comunicación de las mitades derecha e izquierda del mismo, era a través de una serie de agujeros que dejaban paso a la circulación, esta teoría, verdaderamente fantástica paralizó el progreso de la medicina durante largo tiempo. La circulación de la sangre no fue descrita correctamente hasta que Harvey, realizara estudios serios mil quinientos años más tarde. Una sola cosa puede invocar Galeno en descargo suyo; el galenismo, como todos los artículos de fe, descansaba en la infalibilidad de su autor.

Para delimitar el campo de la legislación aplicable a la responsabilidad médica, es necesario remitirse a las obligaciones nacidas del delito de acuerdo con Eugene Petit, el delito es un hecho ilícito, una infracción castigada por la ley. Los romanos consideraron el delito como una fuente de obligación civil, dividieron los delitos en dos ramas; *delicta privata* y *delicta pública*.

Los delitos públicos eran aquellos que atacaban directa e indirectamente el orden público, la organización política o la seguridad del Estado.

Los delitos privados consistían en hechos ilícitos que causaban un daño a la propiedad o a la persona de los particulares, pero sin turbar

directamente el orden público.

La ley de las XII Tablas preveía y castigaba cierto número de estos hechos. Algunas disposiciones llevan todavía las huellas de un estado social anterior, en que la víctima del delito se hacía justicia ejercitando su venganza sobre la persona del culpable. La ley se limita, en efecto, en ciertos casos, a regular esta venganza. El ladrón cogido en el hecho era vapuleado o azotado y atribuido como esclavo al robado.

Para ciertas injurias pronunciaba la pena del talión, pero muy frecuentemente atestigua una civilización mas avanzada, sustituyendo la venganza privada una pena pecuniaria que es un verdadero rescate pagado por el culpable.

En resumen, los defensores sólo intervenían para limitar la venganza de la parte lesionada y darle una forma menos bárbara, reemplazándola por una multa. Es lo que explica los caracteres de la represión, tal como estaba entonces organizada; a) a la parte lesionada solo pertenece el derecho de perseguir al autor del delito. Su acción va a dar en una condena pecuniaria cuyo importe es entregado por el demandado; b) la pena se mide por el resentimiento de la víctima más que por la culpabilidad de la gente. Así, el ladrón es castigado más severamente cuando es cogido en el hecho; c) en fin, al legislador, al fijar la multa debida por el culpable no le preocupaba, al menos en general, de la reparación del

perjuicio, es una especie de composición legal con que tiene que contentarse la víctima.

Después de la ley de las XII tablas, las leyes penales y la jurisprudencia consagraron y desarrollaron poco a poco un sistema más perfeccionado. Por una parte, se tuvo en cuenta, en una medida más alta, la intención criminal en el autor del delito; por otra parte, la pena fue mejor proporcionada al daño causado. Pero siempre es la parte perjudicada a quien queda el derecho de obrar contra el culpable, según las reglas ordinarias del procedimiento civil.

Sin embargo, bajo el imperio se sintió la necesidad de reprimir ciertos delitos privados de una manera más enérgica. En varios casos se permitió a la parte lesionada ejercitar, a su elección, contra el autor del delito, bien la acción civil ordinaria, bien una persecución criminal que implicaba penas especiales.

En términos generales en el derecho clásico romano la obligación nacida del delito, tenía por objeto que el pago de una pena pecuniaria que solo en algunas ocasiones, era el equivalente del perjuicio causado, pero con frecuencia era superior y enriquecía entonces al demandante.

De ésta forma, cuando el médico ocasionaba un daño por negligencia o impreparación, considerando que el autor del daño no obraba con dolo sino cometiendo una simple falta ligera, podía ser acusado ante los

pretores, toda vez que se estaba en lo dispuesto por la ley Aquilio, existía una lesión material, corpus lacsum y causada por el contacto mismo del autor del delito, corpore.⁵

No obstante debe señalarse, que no existen evidencias categóricas que permitan afirmar que en la Roma antigua, hubo juicios de responsabilidad para los responsables de la salud, esto es que existía un marco jurídico para el arbitraje médico, aunque si existía una regulación sobre la responsabilidad civil tanto objetiva como subjetiva.

Sin embargo, afirma Eugenio Muñoz que el protomedicato se remonta a los tiempos de los romanos cuando los emperadores de oriente, Honorio y Teodosio elevaron la dignidad de los protomédicos comparándola con la de los duques, con la de los condes y con la de los vicarios generales de los ejércitos.⁶

Los protomédicos eran elegidos mediante un examen de suficiencia que les practicaban los mismos archiatros o protomédicos, este examen era un requisito indispensable sin el cual el aspirante no era habilitado para el ejercicio médico, y en esto no podía intervenir el senado ni el pretor ni el oficial o juez. De esta manera la autorización para el ejercicio médico dependía única y exclusivamente de los archiatros o protomédicos, quienes además estaban facultados para proceder contra todos aquellos que

⁵ Ibidem, p.462

⁶ Eugenio Muñoz, Recopilación de las leyes, decretos, pragmáticas reales y acuerdos del real protomedicato, p.32

ejercían sin haber antes presentado el examen por ellos establecido.⁷

En general, se considera que la Edad Media se inició en el siglo V, después de la caída de Roma, en que hubo un gran decaimiento en todo el mundo occidental. Los progresos de la medicina fueron muy lentos y los hechos culminantes pueden atribuirse a la medicina árabe, en la escuela de Medicina de Alejandría donde se procuraba enseñar las ideas de Hipócrates y de Galeno. No se le daba importancia al estudio de la anatomía, y la cultura casi se limitaba a la aritmética, la filosofía, la astronomía y la teología, y en una forma secundaria a la medicina y la alquimia. Si en la medicina hubo cierto estancamiento, no así en las artes y las letras, sin embargo, hubo sólidos progresos cuando se fundaron las escuelas de medicina de Salerno y la de Montepelier. Puede considerarse la escuela de Salerno como una escuela laica y colocada en un lugar que geográficamente era bastante atractiva. De una belleza extraordinaria y donde lograron enlazarse tres civilizaciones; la helénica, la bizantina y la árabe. Así fue creada esta escuela independiente de la religión, en una época en que la Italia meridional formaba parte del imperio Oriental. En ésta ciudad las teorías de Hipócrates fueron aceptadas por varios siglos, y allí la influencia era tan considerable que a Salerno se le llamaba "la ciudad Hipocrática". Desde el siglo VII existía un hospital Benedictino y la escuela de medicina que funcionaba ya en 815. De los profesores más destacados de la escuela salerniana fue Arnold de Villanova, que escribió algunas

⁷ Idem, p.32

obras de medicina que aunque repetían las ideas hipocráticas procuraron divulgar los preceptos de higiene más elementales, los cuales quizá en esa época impidieron la propagación de las grandes epidemias tan frecuentes en la segunda mitad de la Edad Media.

La escuela saleriana fue la primera cabeza de puerta cultural entre el oriente y el occidente, siendo ésta escuela quien mantuvo, de una manera relevante, el intercambio de trabajos originales bizantinos y árabes; además fue un estímulo para la fundación de otras escuelas, tanto en Italia como en Francia. La escuela de medicina de Montpellier fue fundada en abril de 1220 por el cardenal Conrad y la Universidad, en 1292. Los profesores de la escuela de medicina, como no tenían local para dar sus clases, las impartían en sus propios domicilios, recibiendo una retribución directamente de sus alumnos. En esta escuela encontramos nuevamente a Arnold de Villanova, habiendo estudiado en Barcelona y Salerno, para establecer su actividad profesional en Montpellier, siendo considerado como el más destacado de los profesores de esa escuela. También se menciona a Guy de Chauliac insistía en la necesidad de que todo cirujano debía conocer bien la anatomía, para lo cual era necesario la disección de cadáveres humanos. La disección de cadáveres fue autorizada en Montpellier a partir de 1366.

La escuela de medicina de Salerno fue una de las de más prestigio a fines de la Edad Media, en la que reputados profesores impartían la enseñanza médica principalmente con las doctrinas de Hipócrates, Galeno

y Avicena, doctrinas que se considera tuvieron en que los dogmas de Galeno y Avicena fueron abandonados, por causa de los nuevos conocimientos adquiridos por Vesalio y Paracelso. Sobre todo éste último, trató de imponer las nuevas orientaciones de la medicina conservando las ideas de Hipócrates, pero rechazó a los otros dos ilustres profesores de la antigüedad y de la Edad Media.

Las universidades que se han señalado fueron universidades, al principio de tipo religioso, manejadas por las autoridades eclesiásticas. Posteriormente fueron adjudicadas a los municipios, quienes introdujeron francamente la educación laica.

Para terminar, la Universidad de Montpellier formó a los grandes médicos franceses de aquella época, transmitiendo la herencia de los antiguos médicos y conservando la escuela heleno-arábica, y puede considerarse que la de Montpellier sobrevivió de una manera destacada y fue el anuncio del Renacimiento. La transición entre la Edad Media y el Renacimiento no se realizó de una manera brusca, sino que fue creciendo paulatinamente, conforme evolucionó la medicina, las otras ciencias y el arte de los Renacentistas.

La universidad de Padua tuvo su origen en 1422, fue una corporación libre en el seno de un municipio libre, pero todavía bajo la dirección de autoridades civiles y eclesiásticas. Los profesores enseñaban en sus

casas, y sólo a mediados del siglo XV se destinó un edificio particular para los estudiantes de derecho, que eran los más numerosos. En esta universidad estudiaron Copérnico, Andrés Vesalio y Frascato. En Cambridge fue profesor Isaac Newton de 1669 a 1702. La de Oxford fue de las primeras universidades inglesas modeladas según la de París, y el modo de desarrollo fue el mismo. Respecto a los cuatro profesores señalados antes, sus investigaciones fueron tan extraordinarias que en la actualidad se les concede un lugar prominente en la historia universal.

La universidad de Salamanca, desde su origen, fue una facultad muy amplia, constituyendo un todo armónico y ordenado en el conjunto de conocimientos con el nombre de las siete artes; se dividía desde tiempos remotos en dos grupos:

1. El trivium, comprendiendo gramática, retórica y dialéctica.
2. El Cuatrivium, comprendiendo aritmética, astronomía y música.

Aunque la Edad Media aparentemente no tuvo un desarrollo brillante, se fundaron varias universidades como la de París (1110), Bolonia (1113), Oxford (1167), Montpellier (1181), Padua (1222), Valencia (1345), Valladolid (1346) y Barcelona (1450), las que indudablemente prepararon el

renacimiento.

Para escribir sobre el periodo medioeval, según Guthrie se requieren grandes facultades de historiador, porque sólo el hombre medieval indica la negación de progreso y sugiere retroceso, superstición y confusión, durante esta época, que duró como mil años, hubo algunos acontecimientos valiosos que dieron lugar al renacimiento. Fue la época de las cruzadas; es decir, guerras, enfermedades, miseria, pero surgieron otras eventualidades muy interesantes, como fue la creación de las universidades y la iniciación del humanismo, que es la característica fundamental del renacimiento.

Uno de los acontecimientos fulminantes de la época que se está analizando fue la construcción de hospitales y el tratamiento de enfermos de condición humilde, de acuerdo con las doctrinas cristianas, y además, la necesidad de intemar a numerosos enfermos, particularmente durante las epidemias. Se fundaron hospitales en Alejandría, en Efeso, en Constantinopla. El primer hospital de Europa occidental fue fundado alrededor del año cuatrocientos, ya con la idea de proteger a los enfermos de escasos recursos y con padecimientos avanzados. También se organizaron otros nosocomios en Roma, en Milán, en casi todas las ciudades importantes de Europa. El famoso hospital Hotel Dieu de París fue fundado en los años 641 y 691, por sacerdotes quienes organizaron en Francia un Hotel Dieu cuyos fines eran caritativos y seguramente con un

gran sentido humano y religioso. El primer hospital construido en México por Hernán Cortes fue el Hospital de Jesús, en el año de 1524, y actualmente todavía está en funcionamiento como hospital con algunas adaptaciones y equipos modernos.

Se ha considerado que en la etapa del Renacimiento se iniciaron las bases científicas de la medicina moderna. Este hecho está relacionado con las cruzadas que fueron un fracaso militar y que dio motivo a que Turquía, la vencedora invadiera a Bizancio, donde se había incubado la civilización occidental, fruto principalmente de la cultura griega y mucho también de la oriental. Los sabios y eruditos que residían en Bizancio huyeron hacia Roma, llevando consigo un bagaje de conocimientos que despertaron el interés en la ciencia y el arte. Todo esto aconteció a fines de la Edad Media, en el año de 1453 para ser precisos perdurando el Renacimiento cerca de doscientos años.

Como sugiere Lain Entralgo en su libro de Historia de la medicina: "... el periodo de la historia europea habitualmente llamado renacimiento no es sino la primera de las situaciones históricas del mundo moderno, situación, por tanto, todavía crítica, indecisa, tejida -incluso en Italia- de medioevalismo y de incipiente modernidad ".

Fue en Italia, principalmente en Florencia, y se considera que los grandes artistas de la época como Verocchio, Leonardo DaVinci, Miguel Angel, Tiziano, Rafael y Durero entre otros, fueron los que iniciaron los estudios anatómicos y comenzaron a hacer las disecciones no solamente en animales como lo hicieron Galeno y otros médicos, sino en cadáveres humanos, disecciones que les permitieron corregir los errores sobre la anatomía, que fueron definitivamente suprimidos por Vesalio y la escuela de anatomistas que continuaron su obra.

La medicina renacentista realizó cuatro avances trascendentales, que son los que sustentan actualmente las bases de la medicina moderna:

PRIMERO. Terminó con la medicina dogmática que perduró por siglos antes y aún después de Hipócrates y Galeno.

SEGUNDO. Se sentaron las bases de la anatomía científica con la obra de Vesalio: " De Humani Corporis Fabrica ".

TERCERO. Más tarde, el nacimiento de la filosofía, esencialmente la del aparato cardio-vascular con los estudios de Harvey, tanto en la clínica como en las autopsias y en el terreno experimental.

CUARTO. Paracelso, aunque cronológicamente anterior a ellos y fundador de la iatro-química, no tuvo autoridad científica como Vesalio y Harvey, y

por esto se le considera en el orden de importancia y trascendencia en la medicina, en cuarto lugar.

En España, el protomedicato tiene su origen en Castilla, en el año de 1371, aparecen las Leyes de Toro, las primeras reglamentaciones donde se confirma que los médicos ejercerían con los documentos otorgados por la cancillería real.

En 1422, el monarca Juan II, creó un Tribunal de Alcaldes Mayores y examinadores para que se encargaran de tomar los exámenes aquellos que pretendían ejercer la medicina y la cirugía.⁸

Años más tarde los reyes católicos Fernando e Isabel se encargaron de reorganizar éste Tribunal, haciendo efectivas todas las reglamentaciones que existían anteriores a su reinado, por lo que el protomedicato debe considerarse como una institución fundada por los reyes católicos. Los documentos de fundación del protomedicato son: la ley del treinta de marzo de 1477 y las ordenanzas de 1491 y 1498 fechadas en Real de la Vega de Granada y en Alcalá respectivamente.⁹

⁸ Anibal Ruiz Moreno, La medicina en la legislación medioeval española, p. 24

⁹ Ibidem, p.25

El Tribunal del Protomedicato era el que regía todos los aspectos sanitarios del reino, teniendo hacia los profesionales el poder para emplazarlos y capacidad para conocer y enjuiciar las causas civiles y criminales, por los excesos cometidos en el uso de sus oficios, concediéndosele autoridad máxima para sentenciar sin más posibilidad de apelación que ante el mismo tribunal, como se deduce del texto de la ley de 1477 " otro si mandamos, a los dichos físicos y cirujanos y a las otras personas de uso declaradas, que parezcan ante nuestros dichos alcaldes y examinadores mayores y ante cada uno de ellos, cada y cuando fueren llamados y emplazados por sus cartas, o por su portero, so pena de seiscientos maravedis por cada vez que cada uno fuere llamado y fuere rebelde o contumaz y no pareciere ante ellos, o cualquier de ellos, de la cual dicha pena, así mismo hacemos nuestra merced a los dichos alcaldes y examinadores mayores y a cada uno de ellos. Mandamos y damos autoridad y licencia, los dichos nuestros alcaldes y examinadores mayores, para que conozcan de los crímenes y excesos y delitos de los tales físicos y cirujanos y ensalmadores y boticarios y especieros y las otras cualesquier personas que en todo o en parte usaren oficio, a estos oficios anexo y conexo, e hicieren el ellos para que puedan hacer justicia en personas y bien por los tales crímenes y delitos que en tales oficios y en cada uno de ellos cometieren".¹⁰

¹⁰ Nueva Recopilación, p.36.

Los reyes católicos disponían que el médico primero de la cámara real o protomédico, junto con los alcaldes mayores, examinaran en todo el reino a los físicos y cirujanos, embalsamadores, boticarios, especieros, herbolarios y cualquier otra persona que tuviera un oficio relacionado con la medicina, a fin de darles cartas de aprobación, al mismo tiempo que debían inspeccionar las boticas con el fin de destruir las falsas medicinas. La profesión médica en España adquiere características raciales cuando el diez de septiembre de 1501 los reyes católicos prohíben el ejercicio de la medicina a las minorías étnicas, con el objeto de apartar de ésta profesión a los judíos, a los protestantes, a los árabes y a los reconciliados por el delito de herejía, disponiendo que para éste fin se impusiera a los aspirantes como requisito para sustentar el examen de suficiencia la presentación de probanza de pureza de sangre.

Indudablemente que el conocimiento científico de las enfermedades se inició con el estudio de la anatomía patológica, que ocupó gran parte del desarrollo intelectual en los siglos XVI y XVII; ya que en esa época se generalizó la práctica de las necropsias y así, por ejemplo, en 1679 Theophile Bonet (1620-1689), publicó un libro con un resumen de numerosas autopsias que ya habían sido referidas por patólogos, además de algunas observaciones personales; en total, tres mil autopsias. Pero la aportación más importante fue la de Giovanni Battista Morgani (1682-1771); fue profesor, durante muchos años, en la facultad de medicina de Bolonia, y

se le considera como uno de los creadores de la anatomía patológica, siendo su obra principal: *De sedibus et causis morborum by anatomi investigates*.

Se ha considerado como el siglo de oro al siglo XIX, en que surgieron los grandes investigadores que transformaron la medicina clínica en otra que se llamó medicina científica, principalmente en la cirugía experimental Claude Bernard dio impulso a la fisiología, y sus conocimientos se aplicaron más tarde a la medicina general. Hubo otros precursores como Johannes Muller (1801-1858), a quien se considera como el fisiólogo más destacado de Alemania. Sus principales investigaciones fueron sobre embriología, anatomía comparada; publicó el primer libro sobre Fisiología en el año de 1834 el cual fue durante muchos años libro de texto en las facultades de medicina de Alemania. También en Francia hubo otro precursor, que fue Magendie (1783-1855), quien escribió un tratado elemental de fisiología, que fue muy popular, se publicaron cuatro ediciones y fue traducido al alemán y al inglés; se considera éste como el primer tratado de fisiología experimental y por ésta razón se acepta a su autor como el verdadero iniciador de la cirugía experimental, quien con grandes esfuerzos y sacrificios logró instalar un laboratorio de cirugía experimental en el College de Francia, muy modestamente equipado y poco comprendido.

Por lo anterior, se considera que es en el siglo XIX cuando la medicina se constituye en una profesión reglamentada para su ejercicio.

Durante el siglo XIX se puso de moda el concepto de policía médica que si bien sugiere el establecimiento de instrumentos para frenar abusos de los médicos a sus pacientes, en realidad, "... se refiere al conjunto de teorías, políticas y aplicaciones originadas en los fundamentos políticos y sociales del Estado absolutista y mercantilista alemán de los siglos XVII y XVIII, para ser aplicados en la esfera de la salud y del bienestar con el fin de asegurar tanto al monarca como al Estado crecientes riquezas y poder."¹¹

Duncan definía la policía médica como "... los preceptos médicos que pueden ser usados por la magistratura que se refieren no sólo al bienestar de los individuos sino a la propiedad y a la seguridad de las naciones, siendo quizás la rama más importante de la política en general, ya que su influencia no se limita a los que caen en su esfera circunstancialmente, sino que se extiende a toda la población del Estado. "

Como puede advertirse por policía médica se entendía el conjunto de medidas que adoptaba un país en materia de salud, en otras palabras; la política de salud estatal y no a la persecución de los médicos que violaran

¹¹ George Rosen, De la política médica a la medicina social, pp.161 y 162

los preceptos de ética profesional.

Por lo expuesto, no se pueden señalar, cuando menos hasta los primeros cuarenta años del siglo XX, antecedentes de arbitraje médico, sin embargo, es factible que los conflictos que se suscitaron entre los médicos y sus pacientes se normaran por lo que las diferentes legislaciones comunes estipulaban en las materias de responsabilidad civil objetiva, y en la prestación de servicios profesionales.

En cuanto a la prestación de servicios profesionales, Joel Chirino Castillo destaca que "... en el derecho romano el contrato de prestación de servicios formaba parte genérica del arrendamiento bajo la figura de locatio operis faciendi. Esta figura ha tenido una larga permanencia en la evolución histórica de las legislaciones. El código de Napoleón, influido por el individualismo liberal, incorporó la prestación de servicios dentro del género del arrendamiento conjuntamente con el de locatio de obra y de bares. Un gran número de legislaciones europeas han conservado los principios sustentados por el derecho francés que en esencia conservó las bases romanistas." ¹²

¹² Joel Chirino Castillo, Derecho Civil, p. 165

Rafael de Pina subraya que "... algunos tratadistas han pretendido asimilar éste contrato al de mandato, pero los médicos, los abogados, entre otros profesionales, no pueden considerarse mandatarios de sus clientes puesto que no hacen ellos ningún acto jurídico, sino que prestan su ministerio y sus servicios en provecho de ellos mismos."¹³

Agustín García López comenta que entre los códigos modernos que siguen el derecho romano, en lo referente a la prestación de servicios profesionales están el civil francés (artículos 1708 al 1711); el italiano (artículos 1568 a 1570); y el español (artículos 1542 a 1544).

Henry V. Poor explica que "... en general, un profesional debe tener una licencia o permiso para la práctica de su profesión, que en ocasiones requiere la graduación escolar o universitaria".¹⁴

Añade Poor que cada estado de los cincuenta que forman la unión americana tiene su propio sistema para calificar a las personas interesadas en practicar alguna de las diversas profesiones, desde luego que el sistema difiere mucho del mexicano, lo mismo que los estudios, por ejemplo, en Estados Unidos un psicoanalista que es una especialización de la

¹³ Rafael de Pina, Derecho civil mexicano, p. 162

¹⁴ Henry V. Poor, Law and professionals, p. 492

psicología no requiere estudios ni permiso alguno en treinta y cuatro estados, sin embargo el vendedor de vehículos sí requiere un permiso profesional.

Tanto los abogados, médicos, dentistas, arquitectos, ingenieros, contadores públicos y maestros de escuela deben cumplir con un conjunto de requisitos relativos a su formación y capacidad profesionales. La regulación de las profesiones corresponde a las asociaciones profesionales nacionales, estatales y locales, las cuales tienen tanto poder como el de una corte para juzgar las violaciones a la ética profesional.¹⁵

Tres profesiones tienen la protección al secreto profesional, la abogacía, la medicina y el sacerdocio, por lo que ninguna corte puede obligar a quienes las ejercen a repetir o divulgar información sobre sus clientes o feligreses.

La fragmentación de las regulaciones, en materia profesional, conduce a la dificultad de que por ejemplo, un médico o un abogado, aún contando con la licencia correspondiente, no puedan ejercer su profesión en un lugar diferente al que le fue autorizado, tanto local como estatal, debiendo presentar un nuevo examen de conocimiento ante la asociación profesional que corresponda, de manera semejante a la que se utilizaba

¹⁵ *ibidem*.

entre los gremios durante la Edad Media.

Debido a que tanto la abogacía como la medicina son profesiones de alto riesgo, el número de demandas contra médicos y abogados ha crecido en forma exhortante en materia de mala práctica, de acuerdo con Poor, la principal causa de estas demandas se debe a los daños que la negligencia o incapacidades que los profesionales ocasionan a sus clientes o pacientes.¹⁶

En el caso particular de los médicos, acostumbran adquirir seguros cuya finalidad es la protección contra las posibles demandas de sus pacientes.

Como se mencionará , la regulación legal de la práctica médica está en manos de los Estados, los cuales tienen sus propias leyes para las profesiones, así como actas o reglamentos de práctica médica que establecen los requisitos que los médicos deben cumplir para ser admitidos en la práctica.

Una licencia de práctica médica puede ser suspendida o revocada si

¹⁶ *idem*, p.494

el médico no se apega a las normas y procedimientos aceptados por el acta de práctica de su Estado. Algunas de las causas para que la licencia les sea revocada son las siguientes: no guardar el secreto profesional, ser convicto de un delito, incapacidad mental, drogadicción, alcoholismo y conducta no profesional.

La principal asociación nacional que establece las normas y principios médicos es la American Medical Association (Asociación Médica Estadounidense), formada por las diversas asociaciones estatales, las cuales a su vez se estructuran con las asociaciones de condado (country) o locales, adicionalmente, las clínicas y hospitales tienen sus particulares normas, tendientes a proporcionar un cuidado eficiente a los pacientes.

La relación médico-paciente es vista como una verdadera relación cliente-comerciante, el paciente puede elegir libremente a su médico, pero al mismo tiempo el médico puede rechazar o atender a cualquier paciente, sin importar la gravedad ni la emergencia de la atención.

Las acciones para la licencia de un médico sea suspendida o revocada por no apegarse a las normas profesionales puede ser emprendida tanto por los familiares como por los mismos pacientes y por

las clínicas y hospitales. La queja se debe presentar ante el comité de ética de la asociación médica del lugar que corresponda, el médico por su parte tiene el derecho de ser escuchado, por lo tanto la Asociación Médica Estadounidense ordena que una copia de la demanda, así como toda la información disponible le sea entregada al acusado para la preparación de su defensa. Después de revisar las pruebas que ambas partes presenten, el comité decide si se castiga o exonera al acusado.

Como recurso el acusado puede apelar ante el comité estatal e incluso ante el Consejo Judicial de la Asociación Médica, con base a lo dispuesto por el órgano sancionador el afectado puede presentar la demanda de daños y perjuicios ante el tribunal del sistema judicial que corresponda.

Se ha pretendido encontrar en la figura del ombudsman la solución a los problemas controversiales de la medicina, sin embargo, el ombudsman, como defensor del ciudadano sólo tiene competencia cuando las violaciones a los derechos humanos sean cometidas por el Estado o los servidores públicos, en el caso de Estados Unidos de América el cien por ciento de la atención médica es proporcionada por particulares a particulares, aún cuando forme parte de la seguridad social, por lo que el

ombudsman está imposibilitado para intervenir en controversias entre particulares, puesto que estas violaciones a los derechos consagrados son sancionados por las leyes penales.

Se concluye que en Estados Unidos Americanos no existe el arbitraje médico, aunque, en última instancia la Asociación Médica Estadounidense es el arbitro de los conflictos paciente-médico.

Con el descubrimiento de América y al concluir la conquista de México, los españoles se dieron a la colonización de las tierras mexicanas, tratando de adaptar la legislación española a los nuevos territorios.

Los reyes católicos preocupados por la política sanitaria que regía en la Nueva España, dictaron cédulas reales para mantener estrecha vigilancia de la práctica médica en las Indias, pero en un principio no se creó el Tribunal del Protomedicato en la Nueva España, ya que al ser considerada como un reino más de Castilla se vigilaba el ejercicio médico a través de múltiples ordenanzas dándose entonces por hecho la existencia de dicho tribunal, sin serlo.

No obstante, en 1525, el Ayuntamiento de la Ciudad de México trató de supervisar la práctica médica, de manera que el trece de enero del

mismo año, aparecen en el cabildo la primera disposición para controlar esta actividad, asignándose dicha tarea a Don Francisco de Soto. Esta ordenanza señala que " ... ninguna persona que no sea médico o cirujano examinado e tenga título, no sea osado de curar de medicina ni cirugía so pena de sesenta pesos oro, porque hay algunos que por no saber lo que hacen además de les llevar su hacienda les mantan. " ¹⁷

Para que controlara esta profesión e impusiera las penas a los que ejercían sin título sin permiso, el mismo ayuntamiento en 1527, nombró como primer protomédico a Don Pedro López, facultándolo además para que examinara a los físicos, especieros, herbolarios, ocultistas, embalsamadores y maestros de curar roturas, bubas y enfermos de lepra.

En 1551, el veintiuno de septiembre, por Real cédula dada por Carlos V se crea la Universidad de México, y se ordena al Virrey Don Antonio de Mendoza que en esta universidad se establecieran " ... todas las ciencias, donde los naturales y los hijos de los españoles fuesen ilustrados en las cosas de la nuestra santa fe católica y en las demás facultades. " ¹⁸

¹⁷ Ignacio Chávez, *México en la cultura médica*. p. 50

¹⁸ *ibidem*, p.54

En 1630, se crea el Tribunal del Protomedicato en la Nueva España guardando como antecedente la disposición contenida en el libro V, título VI , ley primera de la recopilación de las leyes de los reinos de Indias. Al crearse la cátedra prima de medicina en la universidad a su titular se le confirió la presidencia del tribunal.

Posteriormente, en 1571, Don Pedro Moya de Contreras fue nombrado por sus majestades Inquisitor Mayor de la Nueva España, con la misión de establecer en su suelo el Tribunal de la Santa Fe, a partir de entonces la labor del protomedicato no sólo se limitaba a examinar a los aspirantes al ejercicio médico, sino además, a establecer un eficaz control del ejercicio médico, el protomedicato fue suspendido por la Constitución de Cádiz de 1812 y más tarde, por ley de veintitrés de septiembre de 1830 promulgada el día veintiuno de noviembre de 1831, cesa el protomedicato en México, el cual es suplido por una junta denominada Facultad Médica del distrito Federal, compuesta por ocho profesores médicos cirujanos y cuatro farmacéuticos. Esta institución tuvo atribuciones técnicas y administrativas y fue un antecedente del Consejo superior de salubridad, creado el cuatro de enero de 1841, que más tarde sería lo que hoy se conoce como Secretaría de Salud.¹⁹

¹⁹ Francisco Fernandez del Castillo y Alicia Hernandez Torres, El tribunal del protomedicato en la Nueva España, pp. 55 y 56.

De lo anterior se concluye que hasta la expedición del decreto que crea la Comisión Nacional de Arbitraje Médico publicado en el Diario Oficial de la Federación el día tres de junio de 1996, en México no se manejaba la figura del arbitraje médico.

Por lo anterior los médicos y centros de atención hospitalaria resolvían sus controversias con sus pacientes de acuerdo con lo establecido por el artículo 2415 del código civil para el Distrito Federal, el cual dispone que "... El que preste servicios profesionales sólo es responsable, hacia las personas a quienes sirve, por negligencia, impericia o dolo, sin perjuicio de las penas que merezca en caso de delito".

Aunque debe destacarse que en el código penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero federal, no existe delito alguno que puede tipificar la negligencia o impericia de médicos o del personal de centros hospitalarios, lo cual significaba una desprotección del paciente y sus familiares.

CAPITULO II

PROCEDIMIENTO DEL ARBITRAJE MEDICO

2.1. DEFINICION.

Los servicios de salud han adquirido una gran relevancia en los últimos tiempos, no sólo en México sino prácticamente en todas las naciones civilizadas, relevancia que obedece a diversos factores; en primer lugar al reconocimiento de la sociedad de que la salud es uno de los más importantes bienes del ser humano, por lo que su protección se ha constituido en un derecho asumido por los diversos gobiernos.

En lo particular, uno de los mecanismos que se han establecido, para hacer una realidad ese derecho a la salud, es el arbitraje médico, en el presente capítulo se realiza un estudio que comprende por un lado la responsabilidad del Estado de garantizar el derecho a la salud a sus administrados y por el otro la forma analítica en la que se efectúa el aspecto procesal del arbitraje médico, en México.

Es común que los significados de los vocablos proceso y juicio se confunda, se tomen uno por otro y, que en algún sentido, se hagan equivalentes.

En este último caso, la palabra juicio parece equivaler a lo que hoy se entiende por proceso. Para explicar lo anterior es conveniente recordar que

en el siglo pasado los códigos españoles no se llamaron procesales o de procedimientos, sino leyes de enjuiciamiento. El Código Español de 1855, por ejemplo, fue denominado precisamente Ley de Enjuiciamientos Civiles. Aquí está subyacentes los conceptos de juicio y enjuiciar, es decir, de proceso y de procesar.

Otra acepción de juicio, distinta de las anteriores, es la que se le otorga cuando se quiere aludir una parte del proceso. Y al mencionar las etapas en que se divide el proceso, se habla de una inicial a la que llamamos instrucción y de una segunda a la que se le llama juicio. Este es otro contenido de la palabra juicio como segunda parte del proceso.

¿De dónde le provino al Derecho procesal la palabra juicio? ¿De qué disciplina o rama del conocimiento viene este vocablo? Procede de la lógica entendida ésta como ciencia del conocimiento, como ciencia del razonar, como ciencia del pensar. Y es que, en su aspecto lógico, el juicio es un mecanismo del pensamiento. El concepto original de la denominación juicio corresponde o proviene de la lógica aristotélica y no es, en este sentido, sino un mecanismo del razonamiento mediante el cual llegamos a la afirmación de una verdad. Claro, a través de un proceso dialéctico que implica una premisa mayor, una premisa menor y una conclusión.

Por lo que se refiere al proceso, resulta que la mencionada segunda parte que llamamos juicio es, en este sentido, un verdadero juicio lógico,

que se actualiza en el momento de dictar la sentencia, en cuya estructura están presentes la premisa mayor, la premisa menor y la conclusión. La premisa mayor es la norma general, la premisa menor es el caso concreto sometido a la consideración del tribunal y, la conclusión, es el sentido de la sentencia.

Es evidente que hay aquí un juicio lógico-jurídico, porque en el momento de sentenciar, el juez toma como premisa mayor a la norma; como premisa menor al caso concreto y, por ese medio, llega a la conclusión, que es el sentido de la sentencia.

¿En qué consiste la unidad procesal? ¿En qué campos se puede hablar de ella? Los campos en que se puede hablar de ella son el académico-doctrinal, el legislativo y el jurisdiccional, aunque se ha sostenido la posición unitaria de lo procesal, que constituye la razón misma de existencia de la teoría general del proceso; debe advertirse que existen sectores muy respetables de la doctrina que postulan posiciones separatistas y, por lo tanto, contrarias a la unidad de lo procesal. Sostener la unidad de lo procesal radica fundamentalmente en postular que el proceso es un fenómeno común y que presenta las mismas características esenciales, aunque los litigios que se ventilen tengan materias o sustancias diferentes o distintas. Las seis razones fundamentadoras de la unidad de lo procesal consisten en:

- a) el contenido de todo proceso es un litigio;
- b) la finalidad de todo proceso es la de dirimir o resolver un litigio;
- c) todo proceso presenta una estructura triangular en cuyo vértice superior está el órgano jurisdiccional y en los inferiores se encuentran las partes en contienda;
- d) todo proceso presupone la existencia de una organización judicial con jerarquía y escalonamientos de autoridad;
- e) todo proceso está dividido en una serie de etapas o secuencias que se desenvuelven a su largo, desde el principio hasta su fin; y
- f) todo proceso tiene un principio general de impugnación mediante el cual se postula la necesidad de que las resoluciones del tribunal puedan ser reexaminadas o revisadas porque no están apegadas a derecho, porque sean incorrectas, equivocadas o ilegales.²⁰

Para concluir el presente punto conviene citar las acepciones que Eduardo Pallares proporciona para procedimiento:

1. sinónimo de juicio.
2. designa una fase procesal autónoma y delimita el juicio con que se entronca.
3. sinónimo de apremio.
4. despacho de la ejecución en el juicio mercantil.
5. diligencias, actuaciones o medidas.

²⁰ Cipriano Gómez Lara, *Teoría general del proceso*, p. 50

6. tramitación o sustentación parcial o total.²¹

En el contexto de tesis se utilizarán los términos procedimiento en el arbitraje médico para designar al conjunto de fases que involucra el arbitraje médico hasta su sustentación total.

No obstante, es imposible comprender la importancia del arbitraje médico para la sociedad mexicana, sin revisar los aspectos relacionados con la salud, en tanto un derecho consagrado por la Organización de las Naciones Unidas como responsabilidad de los Estados, en sus diferentes pactos de Derechos Humanos.

El proceso no se produce en su totalidad de manera instantánea, sino que se despliega en el tiempo. Es decir, no se produce en un solo acto, de manera caba, sino que se desarrolla a través de un conjunto de actos que se suceden en el tiempo. Se ha establecido ya que el proceso es un conjunto complejo de actos, ese conjunto complejo de actos se despliega, se desarrolla a lo largo de espacios temporales más o menos amplios. Como tal, el proceso tiene, pues, un principio y tiene un fin, y cada acto que le integra va sucediendo a otros, desde un primer acto inicial hasta un último acto final.

La forma como se desenvuelven los actos del proceso, por lo que

²¹ Eduardo Pallares, Diccionario de derecho procesal civil, p. 635.

toca a su temporalidad y por lo que se refiere al orden en que deben producirse, ha sido motivo de estudio de la doctrina. Es decir, los actos del proceso se han estudiado desde el punto de vista del orden en que deben presentarse y desde el punto de vista del tiempo en que deben acontecer. La preocupación de la doctrina ha estado encaminada desde estos puntos de vista a establecer las divisiones en que cabe diferenciar a éste conjunto de actos que integran el proceso jurisdiccional.

Este tema es de tal manera importante que se ha considerado que en todo proceso existe una secuencia, un orden de etapas, desde su iniciación hasta su fin. La doctrina no es uniforme por lo que respecta a la determinación de las etapas que integran a todo proceso. Hay las más diversas sugerencias, las más diversas opiniones en torno a éste problema.

Es imposible, sin embargo establecer que en todo proceso cabe distinguir dos grandes etapas que son: la instrucción y el juicio. La instrucción es la primera gran etapa del proceso y el juicio es la segunda y final. Se emplea el término juicio en su acepción como parte del proceso y no como sinónimo del mismo. Juicio es una parte, la segunda de todo proceso, en este sentido.

La instrucción se divide en tres fases: postulatoria, probatoria y preconclusiva; a su vez, la fase probatoria se ha subdividido en cuatro momentos que son: el ofrecimiento, la admisión, la preparación y el

desahogo de la prueba.

La división que se hace del proceso en etapas obedece a razones lógicas, cronológicas y jurídicas. El proceso por antonomasia, según Briseño Sierra, se secciona lógicamente y jurídicamente para dar acomodo al instar proyectivo, en los tres principales cometidos que se han de imputar a las peticiones a que hacen referencia las respectivas instancias. Este autor sostiene que cada etapa de aquél tiene asimilada una función, tiene por objetivo realizar determinadas metas. Por otra parte, también Briseño Sierra expresa que las etapas en que se divide tienen entre sí una estructura y una función distinta, pero interrelacionadas y siempre dispuestas de tal manera que hacen posible alcanzar su objetivo, que no es otro que el de resolver el litigio. Briseño Sierra estima que cada etapa que sumándolas, interrelacionándolas, en su conjunto, el proceso queda integrado de tal manera que será posible finalmente alcanzar la meta que le es connatural, que le es inherente, esa meta es la de resolver el litigio.

Resulta necesario analizar el universo de lo que el código de procedimientos civiles designe como juicios especiales. Parece, un principio, más apropiada la denominación de procedimiento especial, porque no todos estos procedimientos constituyen verdaderos juicios o procesos, sino que en muchos casos son metas tramitaciones, formas especiales de tramitación o de procedimientos. Solo algunas de estas formas de juicios especiales si constituyen un genuino proceso, un genuino

juicio. Al respecto, es conveniente señalar que a través del tiempo se ha registrado un predominio alterno de tendencias opuestas produciéndose una especie de zigzag que, por lo demás, es común en la evolución de todas las instituciones sociales. Esa evolución se inicia en la edad media cuando, frente al juicio ordinario, normal, común y corriente, surgen los juicios especiales y simplificados. Nacen así los juicios sumarios, juicios más rápidos, menos pesados y menos difíciles, ágiles en su tramitación, por que implican acotamiento de los lapsos, concentración de actuaciones y aligeramiento de formalidades para llegar más rápidamente a una sentencia.

Después de haberse postulado la conveniencia y necesidad de que existan estos juicios especiales, han proliferado de tal manera que en algunos sistemas incluso se ha llegado al extremo de llevar casi todos los asuntos a juicio especial quedando reducido el campo para el juicio normal, ordinario o tradicional.

En el distrito Federal se dio, mediante reformas hechas en mil novecientos setenta y tres la supresión de los juicios sumarios como una medida necesaria.

En teoría, en el código y en la doctrina, el juicio sumario debería haber sido un juicio más breve, más ágil. Sin embargo, en la práctica de los tribunales se había convertido en un juicio lento, lleno de escollos y de

problemas, a tal grado que, en ocasiones, el litigante estaba insatisfecho de que correspondiera para determinado asunto el trámite sumario, porque el juicio ordinario tardaba mucho menos que el trámite sumario. Ante tal experiencia concreta desnaturalizada, fue un acierto del legislador, al considerar que los sumarios han funcionado tan mal, suprimirlos y recurrir al juicio ordinario, que ha estado funcionando bien, todas las tramitaciones que antes correspondieron al sumario genérico.

No obstante, sobreviven a esta quema de los sumarios algunos procedimientos que, aunque no se les llame de ese modo, conservan ese carácter como son:

1. juicio ejecutivo.
2. juicio hipotecario.
3. juicio especial de desahucio.
4. juicio arbitral.
5. juicio en rebeldía.
6. tercerías.
7. divorcio por mutuo consentimiento.
8. concursos.
9. juicios sucesorios.
10. jurisdicción voluntaria.
11. controversias del orden familiar.
12. procedimiento especial de la justicia de paz.

2.2. LA SALUD EN EL NIVEL CONSTITUCIONAL.

Las expresiones derecho a la salud o a la protección a la salud, son utilizados indistintamente en los estudios y textos legales relativos a éste derecho. La delimitación precisa del contorno del derecho a la protección de la salud ha despertado particular interés entre quienes se abocan a su conocimiento. Su contenido puede ser tan amplio como el concepto mismo de salud.

No obstante, sesenta y un estados coincidieron, al aprobar la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, que "la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades".²² De acuerdo con ésta idea, el derecho a la protección de la salud tendría como objeto principal garantizar el acceso a los servicios que permitan el mantenimiento o restauración de dicho bienestar.

El derecho a la protección de la salud está vinculado, por su origen, al derecho asistencial y al de la seguridad social.

La asistencia constituye una de las primeras expresiones de solidaridad social para aligerar los efectos de la indigencia. La asistencia se manifiesta en el seno familiar y en toda la sociedad a través de actos de

²² Miguel Días Luis, Instrumentos administrativos fundamentales de Organizaciones Internacionales, p. 179.

instituciones o entidades privadas, religiosas y del Estado. En el primer caso, su acción se funda en la solidaridad fraternal o de parentesco; en el segundo, en la caridad y en el tercer, constituye una actitud solidaria del Estado frente a la indigencia social.

En la asistencia ofrecida por el Estado, asistencia pública, pueden darse dos modalidades; la asistencia facultativa, en cuyo caso los beneficiarios no pueden exigir el debido cumplimiento de los servicios asistenciales, y la obligatoria, que constituye un verdadero derecho exigible al Estado.²³

Por lo que se refiere al derecho de la seguridad social, éste ha sido visto desde dos puntos de vista general; el restringido, que considera a los trabajadores como sus únicos beneficiarios, es decir, como un derecho de clase que solo debe considerar las contingencias a aquellos que están expuestos en el desempeño de sus labores; y el amplio, que extiende los beneficios de la seguridad social a toda la colectividad sin distintos de clases sociales, orientaciones políticas ni posibilidades económicas,²⁴ tal y como lo planteó en su plan el inglés Beveridge.

Hasta antes de las recientes tendencias constitucionales, el derecho a la salud era sólo una parte de los servicios asistenciales y de las

²³ José Pastor Almansa, Derecho de la seguridad social, pp.35-40

²⁴ Luis A. Despontin, El derecho a la salud, p.p. 90-91

prestaciones otorgadas por la seguridad social, por lo que su origen y evolución están íntimamente vinculados a estos derechos.

Sin embargo, al incluirse en los textos constitucionales el derecho a la protección de la salud no sólo ya no se relaciona necesariamente con la asistencia y la seguridad social, sino que adquiere rango propio, adquiere autonomía, incorporándose, al lado de aquéllos, en la cada vez más larga lista de los derechos sociales.

Es conveniente realizar brevísimas consideraciones sobre lo que significa el derecho comparado.

La doctrina discute la propiedad de la expresión "porque puede hacer creer señala el jurista hondureño Manuel Cano Llopis, que se trata, de una rama del derecho que trata de una materia determinada como es el sentido de las expresiones derecho civil, derecho mercantil, derecho penal, etcétera, más afortunada, -agrega el mencionado autor- es la expresión alemana Rechts vergelichung o vergleeeirgende recht, que significa comparación de derechos y por tanto, da una idea más exacta del problema, pues significa la comparación de sistemas jurídicos distintos y no un conjunto de reglas aplicables a una materia determinada"²⁵

Para Naojiro Sujiyama el derecho comparado consiste en comprobar

²⁵ Manuel Cano Llopis, Introducción al estudio del derecho comparado, p. 40

positivamente, por medios determinados y con un objeto fijo, lo que hay de particular y lo que hay de común entre dos o varios derechos nacionales o supranacionales, tomados en el amplio sentido de la palabra²⁶. Por su parte, Solá Cañizares sostiene que el derecho comparado consiste en la comparación científica de sistemas jurídicos vigentes distintos o de un aspecto de los mismos y de las causas que los han producido y los efectos que han resultado en los medios sociales respectivos²⁷.

En resumen, el derecho comparado, o la comparación de derechos, tiene entre sus propósitos conocer diversos sistemas jurídicos sobre una o más materias determinadas para saber, como ya se mencionó, lo que hay de común y lo que hay de particular entre ellos, con el fin de aprovechar las experiencias que puedan ser positivas y aplicables en un país determinado y enriquecer la legislación nacional.

Estas notas sólo pretenden hacer una muy somera descripción de algunos textos constitucionales que regulan el derecho a la protección de la salud, y no buscan un análisis profundo de las legislaciones de los países que se mencionan.

Al constitucionalizarse el derecho a la salud, adquiriría rango propio, independiente de las prestaciones de la seguridad social, es decir, se

²⁶ Naohiro Sujiyama, Ensayo de una concepción sintética del derecho comparado, p. 37.

²⁷ Cfr. Manuel Cano Llopis, *op.cit.* p. 41

universaliza, se extiende a todos los hombres, sin tomar en cuenta su calidad socio-profesional. Sin embargo, algunas constituciones no le dieron este carácter universal, sino que los siguieron reservando sólo para los trabajadores o para ciertos grupos sociales. En esta virtud, se utilizará una clasificación muy general que se refiera a estos dos criterios, haciendo en cada caso, además, referencia a otros aspectos igualmente importantes como formas de prestación de servicios, responsabilidad del Estado y de los ciudadanos entre otros.

En México la adición del veintisiete de diciembre de mil novecientos ochenta y dos al artículo cuarto constitucional señala que " toda persona tendrá derecho a la protección de la salud". Esta reforma representa una medida legislativa trascendente del actual gobierno para encaminarse hacia la satisfacción de una de las aspiraciones más ingentes del pueblo mexicano: tener acceso a los servicios de salud independientemente de si están o no en el régimen de seguridad social. Antes de ésta reforma, se venía propiciando un tratamiento de excepción y de privilegio en favor de los trabajadores (artículo 123 constitucional) que pueden exigir, por virtud principalmente de su aportaciones, los servicios de salud derivados del mencionado régimen, en tanto que los usuarios de los servicios asistenciales no estaban en la aptitud legal de exigir servicios oportunos y de buena calidad.

La reforma no se limitó sólo a consagrar el derecho universal de la

salud, sino que adquirió el rango de una verdadera garantía constitucional al incorporarse en el título correspondiente a las garantías individuales y al ordenar que la ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud, estableciendo la concurrencia de la Federación y de los estados en materia de salubridad general.

Complementarias a la reforma constitucional, se introdujeron modificaciones a otros ordenamientos legales para sentar las bases del Sistema Nacional de Salud y dar cumplimiento, a través de éste sistema, al mandato constitucional.

En España el artículo cuarenta y tres de la constitución española de mil novecientos setenta y ocho dispone "1.-Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2.- Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública, a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto. 3.-Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Así mismo, facilitarán la adecuada utilización del ocio."

Por otra parte, el artículo cuarenta y uno establece que " los poderes públicos mantendrán un régimen de seguridad social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes

ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres”.

La constitución española es también un claro ejemplo de mas modernas tendencias de separar el régimen del derecho a la salud del régimen de seguridad social.

Después de constitucionalizado el derecho a la salud, el Congreso de los Diputados aprobó un documento básico para la reforma sanitaria, de acuerdo con el cual la protección de la salud ha de conseguirse incrementando su bienestar físico, mental y social y suprimiendo los desequilibrios; la defensa y promoción de la calidad del medio ambiente en general y de los lugares de trabajo en especial y la salvaguarda de la salubridad y de la higiene de los alimentos; la responsabilidad del ciudadano en su propia salud; la creación de una conciencia sanitaria basada en la educación en materia de salud de los ciudadanos, considerados individualmente y de la colectividad en su conjunto; la prevención de los procesos patológicos; el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades; la rehabilitación de los estados de invalidez, tanto somática como psíquica, el control de la experimentación, producción, distribución y dispensación de los medicamentos y de las informaciones científicas acerca de sus acciones terapéuticas con el fin de garantizar su calidad, seguridad, eficacia y economía; la formación continuada del personal sanitario y la creación de las nuevas profesiones que una concepción integral de la sanidad vaya demandando; y el fomento de la investigación

científica sanitaria en sus diversas modalidades.²⁸

Por lo que se refiere a la asistencia sanitaria como prestación del régimen de seguridad social, su regulación se contiene en la Ley General de Seguridad social.

La separación de los regímenes del derecho a la salud y de la seguridad social, ha propendido, sin embargo, a su unificación en cuanto a los servicios se refiere. En efecto, la reacción del Ministerio de sanidad y seguridad social por real decreto del cuatro de julio de mil novecientos setenta y siete, así como la reordenación de la gestión institucional de la salud y de la seguridad social por real decreto ley del dieciseis de noviembre de mil novecientos setenta y ocho, han sentado las bases para un sistema sanitario integral.

En Grecia, la constitución de mil novecientos setenta y cinco dispone, en su artículo veintiuno, párrafo tres que " el estado cuidará la salud de los ciudadanos y adoptará medidas especiales para la protección de la juventud, los ancianos, los incapacitados y para el auxilio de los necesitados".

Por otra parte, el artículo veintidos, párrafo cuarto, establece que "el

²⁸ Cfr. Decreto de la Reforma Sanitaria.

estado atenderá a la seguridad social de los trabajadores, como está previsto por la ley".

En éste caso también encontramos la misma tendencia que distingue el derecho a la protección de la salud de las prestaciones de la seguridad social.

En Francia, en el preámbulo de su constitución de mil novecientos cuarenta y seis, se garantiza todos, especialmente a los niños y a los ancianos, la atención de la salud.

En Portugal el artículo sesenta y cuatro de su constitución de mil novecientos setenta y seis extiende el derecho a la protección a la salud a todos los ciudadanos e impone a éstos el deber de defenderla y promoverla. Este derecho se prestará a través de un servicio nacional de salud universal y gratuito. En consecuencia, al Estado incumbe garantizar una racional y eficiente cobertura médica y hospitalaria; orientar su acción para la socialización de la medicina y de los sectores médico y químico-farmacéutico, y controlar la producción, comercialización y el uso de los productos químicos, biológicos y farmacéuticos.

El treinta de septiembre de mil novecientos ochenta y dos se hizo una enmienda al citado artículo sesenta y cuatro para establecer que "el sistema Nacional de Salud tendrá una gestión descentralizada y

participativa".²⁹

En Japón en el artículo veinticinco de su constitución de mil novecientos cuarenta y siete se consagra, para todos, el derecho a un nivel mínimo de vida saludable y cultural. A éste respecto, el Estado conducirá sus esfuerzos al acrecentamiento del bienestar, la seguridad y la salud pública.

En Italia, su constitución de mil novecientos cuarenta y siete en su artículo treinta y dos señala que la tutela de la salud es un derecho fundamental del individuo y un interés de la comunidad, garantizándose la curación gratuita de los indigentes.

En Cuba, su constitución de mil novecientos setenta y seis consagra, en su artículo cuarenta y seis el régimen de seguridad social; la asistencia social en su artículo cuarenta y siete y el derecho a la salud en su artículo cuarenta y nueve.

Los beneficios de la seguridad social, que son extensivos a toda la población en forma gratuita, se regulan en la Ley de Seguridad Social número 1100 de mil novecientos sesenta y tres y son administrados por el Ministerio de salud pública, cuyas funciones fueron definidas desde el primero de agosto de mil novecientos sesenta y uno. El ministerio es el

²⁹ Cfr. Guillermo Soberón Acevedo, El derecho a la salud en el derecho comparado, p. 37.

responsable de la planeación de los servicios de salud en el país.

En la República de Chile, la constitución de mil novecientos veinticinco estableció el deber del Estado de velar por la salud pública y el bienestar higiénico del país, ordenando que se destinara una cantidad suficiente para mantener el servicio nacional de salubridad.

En mil novecientos cincuenta y dos fue creado el servicio nacional de salud que, junto con el Ministerio de salubridad, inició una importante acción en la integración de los servicios de salubridad, de beneficencia y de los seguros sociales. A partir de la implantación del régimen militar chileno el servicio se desintegró y se inició el proceso de privatización de la medicina.

En Costa Rica su constitución de mil novecientos cuarenta y nueve instauró los seguros sociales en su artículo setenta y tres y la protección especial de la familia por parte del Estado en su artículo cincuenta y uno.

Por reforma constitucional del doce de mayo de mil novecientos sesenta y cinco, se ordenó a la caja costarricense de seguro social la universalización de los seguros sociales, la reforma de la ley constitutiva directiva de la misma para colaborar con el Ministerio de Salubridad Pública y con el Instituto Nacional de Seguros en la atención médica de los indigentes. Por ley del veinticuatro de septiembre de mil novecientos setenta y tres, y para efectos de la universalización mencionada; se dispuso

que el Ministerio de Salubridad Pública, las juntas de protección social y los patronatos, a cargo de instituciones médicas asistenciales, transfieran los hospitales, servicios de consulta externa y otros elementos relativos, a la Caja costarricense de Seguro Social.

En la India en el artículo cuarenta y uno de su Constitución de mil novecientos sesenta y tres, se impone la obligación al Estado de tomar efectivas disposiciones para asegurar, entre otras cosas, la asistencia pública, en caso de enfermedad y otros estados de indigencia. En consecuencia, el mejoramiento de la salud pública constituye uno de los primeros deberes del Estado según establece su artículo cuarenta y siete.

En Uruguay, su Constitución de mil novecientos sesenta y siete también consagra el derecho a la salud para todos e impone a los ciudadanos el deber de cuidar su salud, asistiendo gratuitamente a los indigentes según establece su artículo cuarenta y tres.

Por lo que corresponde a las prestaciones médicas de los seguros sociales, generalmente se han encomendado a un gran número de mutualidades. Los seguros sociales están administrados por el Consejo Central de Asignaciones Familiares. Paralelamente a éste consejo existe el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social que se encarga de dictar las políticas generales sobre seguridad social.³⁰

³⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 50.

En Venezuela también su Constitución extiende en su artículo setenta y seis el derecho a la protección de la salud para todos los individuos y los obliga a someterse a las medidas sanitarias que la ley establezca.

El seguro social se regula por la Ley del Seguro Social Venezolano. La prestación de los servicios de salud bajo un sistema único, ha sido preocupación desde mil novecientos setenta y uno.

En Panamá también se extiende este derecho a toda la población e impone la obligación a la comunidad para conservar la salud.

Las citas constitucionales a que hemos aludido dan claras muestras de la gran acogida que el derecho a la protección de la salud ha tenido en el constitucionalismo social del mundo, del que México es uno de sus principales exponentes.

En México, la constitucionalización del derecho a la protección de la salud tendrá que trascender en los actuales esquemas jurídicos y administrativos de los servicios de salud. El gobierno actual está empeñado, y de eso ha dado claras muestras, en garantizar a toda la población servicios igualitarios de salud como una premisa indispensable de la justicia social, pues una sociedad enferma es una sociedad

improductiva y sin mayores aspiraciones de desarrollo.³¹

2.3. EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD.

Guillermo Soberón Acevedo, destaca que " ... de acuerdo con la tesis del Sistema Nacional de Planeación Democrática, el Sistema Nacional de Salud pretende armonizar los programas del gobierno federal con estatales, con el concurso de los sectores social y privado, a fin de dar cumplimiento al derecho a la salud."³²

Los grandes esfuerzos del Sistema Nacional de Salud tiene como grandes propósitos :

a) ampliar la cobertura de los servicios de salud a toda la población dando prioridad a los núcleos rurales y urbanos más desprotegidos.

b) evaluar la calidad de los servicios que se prestan.

Y debe incluir un nuevo inciso, derivado de la creación de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico como un órgano desconcentrado de la Secretaría de Salud.

³¹ Cfr. Idem, p. 50

³² Guillermo Soberón Acevedo, La salud en México, p. 64

c) impartir justicia en materia de atención a la salud.

El Sistema Nacional de Salud se integra en mil novecientos noventa y ocho con cuatro tipos de componentes :

1. las entidades del sector, para las cuales aplica la obligatoriedad.
2. el gobierno de las entidades federativas que se vinculan, a través de la coordinación con el gobierno Federal.
3. los sectores social y privado que incorporan mediante la concertación e inducción.
4. la Comisión Nacional de Arbitraje Médico como órgano de conciliación y arbitraje en los servicios de atención a la salud.

La coordinación del Sistema Nacional de Salud recae en la Secretaría de Salud y sus objetivos particulares son:

I. Proporcionar servicios de salud a toda la población y mejorar la calidad de los mismos, atendiendo a los problemas sanitarios prioritarios y a los factores que condicionen y causen daños a la salud, con especial interés en las acciones preventivas.

II. Contribuir al desarrollo demográfico armónico del país ;

III. Colaborar al bienestar social de la población mediante servicios de asistencia social, principalmente a menores en estado de abandono, ancianos desamparados y minusválidos, para fomentar su bienestar y

propiciar su incorporación a una vida equilibrada en lo económico y lo social;

IV. Dar impulso al desarrollo de la familia y de la comunidad, así como a la integración social y al crecimiento físico y mental de la niñez ;

V. Apoyar el mejoramiento de las condiciones sanitarias del medio ambiente que propicien el desarrollo satisfactorio de la vida ;

VI. Impulsar un sistema racional de administración y desarrollo de los recursos humanos para mejorar la salud ;

VII. Coadyuvar a la modificación de los patrones culturales que determinen hábitos, costumbres y actitudes relacionadas con la salud y con el uso de los servicios que se presten para su protección, y

VIII. Promover un sistema de fomento sanitario que coadyuve al desarrollo de productos y servicios que no sean nocivos para la salud. (Ley General de Salud, artículo sexto)

La ley General de Salud señala en su artículo trece las competencias de la Federación y de las entidades federativas de la siguiente forma:

a) corresponde al ejecutivo federal, por producto de la Secretaría de Salud:

1. Dictar las normas técnicas a que quedará sujeta la prestación , en todo el territorio nacional, de servicios de salud, en las materias de salubridad general y verificar su cumplimiento.

2. En las materias enumeradas en las fracciones I,III,XXI,XXII,XXIII,XXIC,XV, XXVI y XXVII del artículo tercero de la Ley General de Salud, organizar y operar los servicios respectivos y vigilar su funcionamiento por sí o en coordinación con dependencias y entidades del sector salud;

3. Organizar y operar los servicios de salud a su cargo y, en todas las materias de salubridad general, desarrollar temporalmente acciones en las entidades federativas; cuando éstos se lo soliciten, de conformidad con los acuerdos de coordinación que se celebren al efecto;

4. Promover, orientar, fomentar y apoyar las acciones en materia de salubridad general a cargo de los gobiernos de las entidades federativas, con sujeción a las políticas nacionales en la materia;

5. Ejercer la acción extraordinaria en materia de salubridad general;

6. Promover y programar el alcance y las modalidades del Sistema Nacional de Salud y desarrollar las acciones necesarias para su consolidación y funcionamiento.

7. Coordinar el Sistema Nacional de Salud;

8. Realizar la evaluación general de la prestación de servicios de salud en materia de salubridad general en todo el territorio nacional;

9. Ejercer la coordinación y la vigilancia general del cumplimiento de las disposiciones de ésta ley y demás normas aplicables en materia de salubridad general, y

10. Las demás que sean necesarias para hacer efectivas las facultades anteriores y las que se establezcan en la Ley General de Salud y en otras

disposiciones generales aplicables.

b) corresponde a los gobiernos de las entidades federativas, en materia de salubridad general, como autoridades locales y dentro de sus respectivas jurisdiccionales territoriales:

1. organizar, operar, supervisar y evaluar la prestación de los servicios de salubridad general a que se refieren las fracciones II, IV, V, VI, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX y XX del artículo tercero de ésta ley, de conformidad con las disposiciones aplicables ;

2. coadyuvar a la consolidación y funcionamiento del Sistema Nacional de Salud, y planear, organizar y desarrollar sistemas estatales de salud, procurando su participación programática en el primero;

3. formular y desarrollar locales de salud, en el marco de los sistemas estatales de salud, y de acuerdo con los principios y objetos del Plan Nacional de Desarrollo ;

4. llevar a cabo los programas y acciones que en materia de salubridad local les competan ;

5. elaborar información estadística local y proporcionarla a las autoridades federales competentes ;

6. vigilar, en la esfera de su competencia, el cumplimiento de la Ley General de Salud y demás disposiciones aplicables, y

7. las demás atribuciones específicas que se establezcan en la Ley General de Salud y demás disposiciones generales aplicables.

A pesar de que la coordinación del Sistema Nacional de Salud compete a la Secretaría de Salud, el órgano supremo del sistema es el Consejo de Salubridad General que depende directamente del jefe del poder Ejecutivo y se integra de la siguiente manera:

- un presidente que será el secretario de salud.
- un secretario
- trece vocales titulares de los cuales dos serán :

- a) el presidente de la Academia Nacional de Medicina.
- b) el presidente de la Academia Mexicana de Cirugía.

Compete al consejo de Salubridad General :

1. Dictar medidas contra el alcoholismo, venta y producción de sustancias tóxicas, así como las que tengan por objeto prevenir y combatir los efectos nocivos de la contaminación ambiental en la salud, las que serán revisadas después por el Congreso de la Unión, en los casos que les competan ;

2. Adicionar las listas de establecimientos destinados al proceso de medicamentos y las de enfermedades transmisibles prioritarias y no transmisibles más frecuentes, así como las de fuentes de radiaciones ionizantes y de naturaleza análoga;

3. Opinar sobre programas y proyectos de investigación científica y de formación de recursos humanos para la salud ;

4. Opinar sobre el establecimiento de nuevos estudios profesionales, técnicos, auxiliares y especialidades que requiera el desarrollo nacional en materia de salud ;

5. Elaborar el cuadro básico de insumos del sector salud ;

6. Participar en el ámbito de su competencia, en la consolidación y funcionamiento del Sistema Nacional de Salud ;

7. Rendir opiniones y formular sugerencias al Ejecutivo Federal tendientes al mejoramiento de la eficiencia del Sistema Nacional de Salud y al mejor cumplimiento del programa sectorial de salud ;

8. Analizar las disposiciones legales en materia de salud y formular propuestas de reformas o adiciones a las mismas, y

9. Las demás que le correspondan conforme a la fracción XVI del artículo setenta y tres de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

2.4. ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL.

Hasta la fecha en que redacta la tesis, no existía en la Comisión Nacional de Arbitraje Médico un manual o reglamento de procedimientos aplicables al trámite que debe seguirse para la solución de controversias.

Sin embargo, a partir de la práctica y de los diversos documentos jurídicos y administrativos, es factible establecer las diferentes fases por las

que se desarrolla el procedimiento de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico.

Valga la comparación, pero como posteriormente se confirmará, la actuación de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico tiene una gran semejanza con la del Ministerio Público en materia penal, sobre todo encuadrado en la descripción que Javier Piña y Palacios proporciona: "... El Ministerio Público es el representante de la sociedad ante los tribunales, para reclamar el cumplimiento de la ley y el reestablecimiento del orden social cuando ha sufrido quebranto. El medio que ejercita, por razón de su oficio, consiste en la acción pública." ³³

Incluso la idea de Guillermo Colín fortalece lo anterior cuando destaca que "... para fundamentar la representación social atribuida al Ministerio Público en el ejercicio de las acciones penales, se toma como punto de partida el hecho de que el Estado, al instituir la autoridad, le otorga el derecho para ejercer la tutela jurídica general, para que de ésta manera persiga judicialmente a quien atente contra la seguridad y el normal desenvolvimiento de la sociedad..." ³⁴ Cabe aclarar que ésta semejanza es ajena al cometido que el artículo veintiuno constitucional confiere al Ministerio Público respecto a la persecución del delito, sin embargo, la averiguación previa definitivamente si guarda una similitud elocuente. De acuerdo con la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, éste organismo

³³ Javier Piña y Palacios, Derecho procesal penal, p. 63

³⁴ Guillermo Sanchez Colín, Derecho mexicano de procedimientos penales, p.86

cumple su cometido a través de dos figuras jurídicas; la mediación y o conciliación y el arbitraje, sin embargo, ambas figuras son afines y por lo tanto se superponen, sin conciliación no puede haber arbitraje y por lo mismo no puede haber arbitraje sin conciliación.

Desde luego que no es objeto de la tesis juzgar o criticar a la naciente institución de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, pero lamentablemente, la forma en que fue designada la primera fase del proceso, es aberrante, la queja, jurídicamente hablando se encuadra invariablemente en el campo de los recursos que pueden presentarse ante la forma en que un juez resuelve un juicio, pero no es el inicio de un nuevo juicio o de un juicio especial, lo razonable hubiera sido llamarla; denuncia.

Para entablar la queja o denuncia están legitimados, tanto los usuarios médicos, como sus familiares o cualquier persona en su presentación, en los cuadernos de divulgación se aclara que "... De preferencia, la queja deberá presentarse por quienes tengan interés jurídico en la controversia, como pueden ser los familiares directos del afectado".

La queja deberá presentarse por escrito y formulada por el usuario, además es necesario que el quejoso acredite mínimamente la irregularidad que atribuye al prestador de servicios, mediante documentos, tales como : resultados clínicos, recetas y de ser posible, las notas médicas, o incluso, el expediente clínico.

Una vez recibida la queja, la Comisión Nacional de Arbitraje Médico asigna a un médico y a un abogado, quienes conforme a su formación profesional, evalúan los hechos que se presumen dieron origen a la irregularidad en la prestación del servicio. Si de la queja y de la narración de los hechos no se encuentran el elemento para tipificar una conducta que pueda calificarse como irregular la queja no se admite, terminando en ésta fase el procedimiento, en el evento de que se encontraran razones fundadas, los profesionales asignados, proceden a la siguiente fase que es el análisis de segundo nivel para determinar si existen elementos para actuar por la vía penal o por la vía civil.

En el primer caso, se realizan los trámites necesarios para que el Ministerio Público, local o federal intervenga, siendo el problema del orden común, se llama prestador de servicios, iniciándose una fase pseudo-probatoria en la que una vez desahogadas las pruebas, si existen elementos para justificar la queja se pasa a la fase conciliatoria, si ambas partes la aceptan se procede al arbitraje médico, si alguna de ellas se opone, entonces la Comisión Nacional de Arbitraje Médico pone en manos de un juez civil el procedimiento, quedando sin laudo como cosa juzgada el cual formará parte de las pruebas.

Si las partes se someten al arbitraje, el laudo pone fin al procedimiento.

2.5. JURISDICCION Y COMPETENCIA EN EL ARBITRAJE MEDICO.

Una vez constituidas las diferentes comisiones estatales de arbitraje médico cada una tendrá jurisdicción y competencia en los asuntos del fuero común, quedando la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, la jurisdicción y competencia de los asuntos del fuero federal para toda la República Mexicana, actualmente atiende ambos fueros.

2.6. RESOLUCIONES DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL.

La voluntad de las partes es el elemento definitorio para que el arbitraje proceda. Si alguna de las partes en la controversia, es decir, el usuario o el prestador del servicio médico, una vez que la conciliación no fue posible, no accede a someter su controversia al arbitraje de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, no es posible acción legal alguna para obligarlo.

Ahora bien, cuando las partes se someten al arbitraje de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, se emite un laudo, que si bien en estricto derecho no es una resolución de carácter judicial por no ser la Comisión Nacional de Arbitraje Médico autoridad judicial, si tiene el carácter de pasar como cosa juzgada, por lo que ante el incumplimiento por parte del prestador de los servicios a las obligaciones consideradas en el laudo, el usuario tiene la posibilidad de acudir ante el juez de la localidad para que

proceda a su ejecución. Si por el contrario el laudo establece que no hay responsabilidad del prestador de servicios, el usuario no podrá demandar ante los órganos jurisdiccionales.

El laudo es una resolución que emite el árbitro para resolver una controversia planteada por las partes involucradas en un conflicto, que en el caso concreto, está referido a irregularidades en la prestación del servicio médico. De ésta manera, la resolución o laudo se emite en función de las pretensiones del quejoso, de tal manera que si éstas se refieren a aspectos de índole económica, el laudo resolverá lo conducente y si la pretensión se refiere a cuestiones directamente vinculadas con la prestación del servicio, entonces el laudo se emitirá en ese sentido.

En cuanto a la posibilidad de limitar el ejercicio profesional, cabe distinguir los supuestos legales de su procedencia. El ejercicio profesional sólo puede limitarse por la comisión de un ilícito tipificado en la legislación penal y civil como resultado de una práctica profesional contraria a los señalamientos de la Ley General de Salud que se encuadre, en la hipótesis normativa de un delito, situación que no es factible sujetar al arbitraje, dado que están involucradas disposiciones legales de interés público.

El laudo que emita la Comisión Nacional de Arbitraje Médico pone fin a la controversia y, no es materia de amparo dado que la Comisión, cuando actúa como árbitro, lo hace en términos de la legislación civil que faculta a

cualquier persona, física o moral, para actuar como tal y por lo tanto, la resolución que emite, en este caso el laudo, no es un acto de autoridad por lo que no es procedente solicitar el amparo por parte de aquél que se sienta afectado con el resultado del arbitraje.

En términos de ley, el laudo tiene el carácter de cosa juzgada por lo que ninguna autoridad jurisdiccional está facultada para revisar el fondo del asunto, es decir, la controversia no puede volverse a ventilar en los tribunales, puesto que ya ha sido resuelta por un juez particular, en virtud de que las partes así lo decidieron y la ley lo hace posible.

CAPITULO III

EL ARBITRAJE MEDICO Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL

3.1. DEFINICION.

Previo al estudio del arbitraje médico resulta necesario analizar las características del juicio arbitral que en esencia constituye las bases del arbitraje médico.

Como se expuso en el primer capítulo del presente trabajo, la Comisión Nacional de Arbitraje Médico constituye una innovación en el terreno jurídico en materia de la salud y representa un esfuerzo del legislador por llenar las lagunas que el marco jurídico ha presentado en lo relacionado con la responsabilidad profesional.

En éste capítulo, además de la revisión de los conceptos y características del arbitraje, se particulariza en los aspectos correspondientes al arbitraje médico.

“... Camelutti calificó el arbitraje de equivalente jurisdiccional, porque a través de éste se obtiene la misma finalidad que mediante el proceso jurisdiccional. En el arbitraje, las partes por un acuerdo de voluntad someten sus diferencias a la resolución de un juez eventual, privado y no

profesional al que llamamos árbitro".³⁵

Sin tener en cuenta lo amplio o estrecho que haya sido el campo del arbitraje como antecedente histórico del proceso, lo cierto es que actualmente no se le puede concebir sino como reglamentado y tolerado por el Estado en aquellos campos de lo jurídico en que se le puede permitir. También es conveniente que reiteremos, tomándolo de la misma obra, que los juicios arbitrales pueden ser en estricto derecho o e equidad. Los primeros se llevan a cabo conforme a la ley, es decir, que el árbitro se sujeta a la misma, los juicios de equidad, por el contrario, dan lugar al libre arbitrio del juzgador, quien resuelve conforme a justicia el caso concreto. En el arbitraje de derecho hay un sometimiento a las reglas impuestas por el régimen jurídico; en el de equidad, no se da tal sometimiento. Al igual que sucede con las figuras autocompositivas, también tratándose del arbitraje, el Estado limita sus posibilidades a determinado tipo de asuntos, porque no todos los casos le son sometibles, los asuntos en donde se ventile alguna cuestión de orden o de interés público no podrán someterse al conocimiento de jueces privados. Así, por ejemplo, en el caso de divorcio, en los asuntos del estado civil, y en los juicios de alimentos, el orden estatal no permite el arbitraje. Los asuntos que pueden sometersele deberán estar libres de cualquier esfera de orden o interés público para que las partes tengan una libre disposición de los derechos respectivos.

³⁵ Cipriano Gómez Lara, Teoría general del proceso, p. 43

El arbitraje constituye una institución útil en materia civil, siempre y cuando por su medio se logre, en una forma rápida y fácil, la solución de conflictos, en contraste con los procesos jurisdiccionales establecidos por el Estado, que frecuentemente tienden a ser lentos, difíciles y costosos. Se han señalado como ventajas del arbitraje las siguientes: si existen irregularidades fiscales de los litigantes, el árbitro no tiene la obligación de denunciarlas, y en cambio el juez si la tendría, el secreto, o sea, la discreción en cuanto a la materia de la contienda, también es obligatoria para el árbitro y actualmente, tratándose de cuestiones de patentes, de marcas, de secretos industriales o comerciales, es muy probable que a ciertos contendientes no les convenga la divulgación de determinados asuntos relacionados con estos secretos, lo cual hace recomendable recurrir al arbitraje, y, finalmente, la especialización y el avance tecnológico, que cada día son más abrumadores, aconsejan en muchos casos que quienes dirijan o resuelvan una controversia o cuestiones sumamente complejas en las que el criterio técnico va a ser determinante, sean precisamente los peritos o especialistas de estas tecnologías que al designarse como árbitros podrán más fácilmente solucionar conflictos con alto grado de especialización.

Un requisito indispensable para el éxito del arbitraje lo constituye que las partes en litigio actúen de buena fe. De lo contrario, el arbitraje, que tiene como veremos más adelante un origen eminentemente contractual, en vez de ser un instrumento adecuado para la solución de los conflictos,

puede convertirse en un embrollo y hasta en un estorbo que haga más difícil su solución, e incluso, después de la pérdida de valioso tiempo, pueda llegar a desembocar finalmente en actividades procesales desarrolladas ante jueces estatales públicos- ya sea para interponer recursos en contra de las resoluciones dictadas por los árbitros, o bien, para proceder a la ejecución de dichas resoluciones o laudos, cuando las partes, precisamente por ausencia de buena fe, no están dispuestas a cumplimentar lo ordenado por el árbitro de manera espontánea y autónoma sin la presión estatal.

No deben confundirse arbitraje y amigable composición. Si bien en su origen histórico la amigable composición puede haber sido el antecedente del arbitraje, esta figura de la amigable composición, señalada también por Carnelutti como un equivalente jurisdiccional, no tiene ni entidad propia, como lo ha señalado con todo acierto. Alcalá Zamora,³⁶ porque si la amigable composición triunfa, lo que logra es avenir a las partes, o sea, consigue que lleguen a adoptar alguna solución autocompositiva, y si esa amigable composición fracasa, entonces no se soluciona ningún tipo de conflicto. En otras palabras, la amigable composición constituye únicamente una actividad conciliadora de un tercero ajeno, el cual es aceptado por las partes en conflicto como mediador para que procure conciliar los intereses en desacuerdo. Por el contrario, el arbitraje, o más bien dicho el pacto arbitral o cláusula compromisoria, no

³⁶ Aniceto Alcalá Zamora y Castillo, Proceso, autocomposición y autodefensa, p. 73.

conciliador o amigable componedor, sino que esa anuencia va mas adelante hasta constituir un compromiso para que ese tercero ajeno e imparcial actúe como juez privado y dicte una resolución -laudo- a manera de sentencia dictada por el árbitro, cuyo acatamiento ha sido pactado en forma anticipada por las partes. En lo anterior radica la diferencia fundamental entre el arbitraje y la amigable composición.

Finalmente valdría la pena recordar que otra diferencia fundamental entre la amigable composición y el arbitraje, radica en que la primera es sólo un antecedente histórico del segundo. Tanto la amigable composición como la conciliación históricamente constituyen figuras intermedias entre la autocomposición y la heterocomposición. Es decir, que entre las formas de solución unilaterales y bilaterales que las propias partes encuentran por sí mismas (desistimiento, allanamiento y transacción) y, por otra parte, hay un estadio intermedio constituido precisamente por la amigable composición y por la conciliación.³⁷ Se han entendido como condiciones de realización del arbitraje; " ... condiciones de realización, que abarcan todo el conjunto de hechos, actos, etapas, fases o pasos que conducen al tercero imparcial (en este caso al árbitro) a pronunciar la solución que defina el litigio planteado por los contendientes. Tales condiciones comprenden desde el sometimiento al arbitraje mediante la cláusula compromisoria o compromiso, la presentación u ocurrencia del conflicto por objeto de la solución arbitral, la iniciación del procedimiento arbitral con

³⁷ Cipriano Gómez Lara, Teoría general del proceso, p. 29.

todos los procedimientos que impulsan la actividad procesal del arbitraje (que abarca el accionante, a su adversario y al tercero imparcial, el árbitro) hasta el laudo".³⁸

José Becerra Bautista explica que el juicio arbitral tiene asignada una tramitación especial y las transacciones y los convenios judiciales sean tratados con el artículo quinientos treinta y tres del código de procedimientos civiles para el Distrito Federal en el capítulo que trata de la ejecución de sentencias.

Etimológicamente, árbitro viene del latín arbitrar que era definido en las siguientes palabras: arbitrar es qui honoris causa deligitur ab his qui controversiam habent, tu ex bina fide, ex aliquo et bono, controversia dirimat, es decir árbitro es el escogido, por honoríficas razones, por aquellos que tienen una controversia, para que la diriman de buena fe y en la equidad.

Por lo tanto, el arbitraje es la institución jurídica que permite a las partes confiar la decisión de una controversia, a uno o mas particulares.

Eduardo Pallares considera que por juicio arbitral se entiende el que se tramita ante jueces árbitros y no en los tribunales previamente establecidos por la ley. Así los jueces árbitros son particulares o personas morales que conocen de un litigio, lo tramitan y resuelven, según lo

³⁸ René Irra Ibarra, El arbitraje como medio de composición de litigio, p. 39.

convenido por las partes o de acuerdo con las prescripciones legales.³⁹

En este contexto una definición sobre el arbitraje médico es la siguiente: es la institución jurídica que permite a los usuarios de los servicios médicos y a los prestadores de dichos servicios confiar la decisión de una controversia a la Comisión de Arbitraje Médico.

3.2. MARCO JURIDICO

El marco jurídico aplicable al arbitraje médico tiene su origen en el nivel constitucional cuando a iniciativa del entonces presidente de la República, Miguel de la Madrid Hurtado se adicionó un párrafo al artículo cuarto de la Carta Magna, mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día tres de febrero de mil novecientos ochenta y tres, el texto fue el siguiente:

“ Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo setenta y tres de ésta Constitución.”

³⁹ Eduardo Pallares, Diccionario de derecho procesal civil, p.465.

Resulta necesario destacar que las expresiones derecho a la salud o a la protección de la salud, son utilizadas indistintamente en los estudios y textos legales relativos a este derecho. La delimitación precisa del contomo del derecho a la protección de la salud ha despertado particular interés entre quienes se abocan a su conocimiento. Su contenido puede ser tan amplio como el concepto mismo de salud, y éste último sigue sin alcanzar un consenso en su formulación.

No obstante, sesenta y un Estados coincidieron, al aprobar la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, que " la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades".⁴⁰ De acuerdo con esta idea, el derecho a la protección de la salud tendría como objeto principal garantizar el acceso a los servicios que permitan el mantenimiento o restauración de dicho bienestar. El derecho a la protección de la salud está vinculado, por su origen, al derecho asistencial y al de la seguridad social.

La asistencia constituye una de las primeras expresiones de solidaridad social para aligerar los efectos de la indigencia. La asistencia se manifiesta en el seno familiar y en toda la sociedad a través de actos de instituciones o entidades privadas, religiosas y del Estado. En el primer caso, su acción se funda en la solidaridad fraternal o de parentesco; en el segundo, en la claridad y en el tercero, constituye una actitud solidaria del

⁴⁰ Miguel Díaz Luis, Instrumentos administrativos fundamentales de Organizaciones Internacionales, p.179.

Estado frente a la indigencia social. En la asistencia ofrecida por el Estado, asistencia pública, pueden darse dos modalidades: la asistencia facultativa, en cuyo caso los beneficiarios no pueden exigir el debido cumplimiento de los servicios asistenciales, y la obligatoria, que constituye un verdadero derecho exigible al Estado.⁴¹

Por lo que se refiere al derecho a la seguridad social, éste ha sido visto desde dos puntos de vista generales: el restringido, que considera a los trabajadores como sus únicos beneficiarios, es decir, como un derecho de clase que sólo debe considerar las contingencias a que aquéllos están expuestos en el desempeño de sus labores; y el amplio, que extiende los beneficios de la seguridad social a toda la colectividad sin distinciones de clases sociales, orientaciones políticas ni posibilidades económicas,⁴² tal y como planteó en su plan el inglés Beveridge.

Hasta antes de las recientes tendencias constitucionales, el derecho a la salud era sólo una parte de los servicios asistenciales y de las prestaciones otorgadas por la seguridad social, por lo que su origen y evolución están íntimamente vinculados a estos derechos.

Sin embargo, al incluirse en los textos constitucionales el derecho a la protección a la salud no sólo ya no se relaciona necesariamente con la asistencia y la seguridad social, sino que adquiere rango propio, adquiere

⁴¹ José Pastor Almansa, Derecho de la seguridad social pp. 35-41

⁴² Luis A. Despontin, El derecho a la salud, p. 90.

autonomía, incorporándose, al lado de aquéllos, en la cada vez más larga lista de los derechos sociales.

Como se observa, al adicionarse el párrafo mencionado al artículo cuarto constitucional, en febrero de mil novecientos ochenta y tres, se otorgaba la responsabilidad al Estado de garantizar la salud de sus habitantes y lógicamente a establecer los mecanismos necesarios para que se protegiera al mexicano o residente en el país en caso de que existieran controversias con los profesionales e instituciones encargadas de la salud.

Por lo expuesto la Ley General de Salud se convierte en la ley reglamentaria del párrafo adicionado, incluso en el artículo primero de la ley se establece que "reglamenta el derecho a la protección de la salud que tiene toda persona en los términos del artículo cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general. Es de aplicación en toda la República y sus disposiciones son de orden público e interés social.

En el artículo segundo de la Ley General de Salud se aclara que:

I.El bienestar físico y mental del hombre, para contribuir al ejercicio pleno de sus capacidades;

II. La prolongación y el mejoramiento de la calidad de vida humana;

III. La protección y el acrecentamiento de los valores que coadyuven a la creación, conservación y disfrute de condiciones de salud que contribuyan al desarrollo social;

IV. La extensión de actitudes solidarias y responsables de la población en la preservación, conservación, mejoramiento y restauración de la salud;

V. El disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfagan eficaz y oportunamente las necesidades de la población.

VI. El conocimiento para el adecuado aprovechamiento y utilización de los servicios de salud, y

El desarrollo de la enseñanza y la investigación científica y tecnológica para la salud.

Finalmente, en los términos de la ley, es materia de salubridad general;

1. La organización, control y vigilancia de la prestación de servicios y de establecimientos de salud a los que se refiere el artículo treinta y cuatro fracciones I, III y IV de ésta ley.

2. La atención médica, preferentemente en beneficio de grupos vulnerables;

3. La coordinación, evaluación y seguimiento de los servicios de salud a los que se refiere el artículo treinta y cuatro, fracción II;

4. La atención materno- infantil.

El artículo treinta y cuatro de la Ley General de Salud reconoce como prestadores de servicios de salud:

- I. Servicios públicos a la población en general.
- II. Servicio a derechohabientes de instituciones públicas de seguridad social.
- III. Servicios sociales y privados.
- IV. Otros que se presten de conformidad con lo que establezca la autoridad sanitaria.

Por otra parte, el artículo cincuenta y uno de la misma ley de salud ordena que los usuarios tienen el derecho a obtener prestaciones de salud oportuna y de calidad idónea y a recibir atención profesional y éticamente responsable, así como trato respetuoso y digno de los profesionales, técnicos y auxiliares.

No obstante que la Ley General de Salud en su título decimoctavo establece medidas de seguridad, sanciones y delitos, no contempla sanciones ni tipifica como delitos las acciones u omisiones violatorias del artículo cincuenta y uno, citado, aunque debe destacarse que el artículo cuatrocientos sesenta y nueve, si sanciona el hecho de que un profesional, técnico o auxiliar de la atención médica se niegue, sin causa justificada a

prestar atención en caso de notoria urgencia, la penalidad aplicable es de seis meses a tres años de prisión y multa de cinco a cincuenta días de salario-multa.

Considerando la supletoriedad de las leyes al juicio arbitral médico le es aplicable, considerando los vacíos existentes en el reglamento procedimental de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, lo dispuesto por el título octavo del código de procedimientos civiles para el Distrito Federal, toda vez que en el código federal de procedimientos civiles no se reglamenta el juicio arbitral.

3.3. REGLAMENTACION JURIDICA.

La reglamentación secundaria más relevante en materia de arbitraje médico es el decreto que crea la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día tres de junio de mil novecientos noventa y seis.

A continuación se presentan los considerandos del decreto mencionado, los que de alguna forma, constituyen la justificación de la creación de la mencionada comisión así como su puesta en marcha; en la propuesta para su creación se consideraron los siguientes aspectos:

- que el Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000 plantea el mejorar, la

calidad de los servicios médicos a través de la reestructuración de las instituciones, así como atender las legítimas demandas de los usuarios para que los servicios operen con mayor calidad y eficiencia.

-que los mexicanos reciban servicios médicos en los que participen instituciones públicas y privadas, así como profesionales de la salud que ejercen libremente su actividad, con el objeto común de proteger, promover y restaurar la salud de los habitantes del país.

- que en las actuales circunstancias resulta necesario que la población cuente con mecanismos que sin perjuicio de la actuación de las instancias jurisdiccionales en la solución de conflictos, contribuyan a tutelar el derecho a la protección de la salud, así como para mejorar la calidad en la prestación de los servicios médicos.

- que para lograr tal objetivo, es pertinente contar con un órgano al cual puedan acudir los usuarios y prestadores de servicios médicos para dilucidar, en forma amigable y de buena fe, posibles conflictos derivados de la prestación de dichos servicios, con lo cual se contribuirá a evitar grandes cargas de trabajo para los órganos jurisdiccionales, sin sustituirlos.

- que de igual manera, es indispensable que esa instancia especializada, garantice a los usuarios y prestadores de servicios médicos, la imparcialidad en el análisis, dictamen y resolución en las controversias que conozca.

- que la creación de un órgano administrativo con autonomía técnica para recibir quejas, investigar las presuntas irregularidades en la prestación o negativa de prestación de servicios médicos y emitir sus opiniones,

acuerdos y laudos, responda a los legítimos reclamos de los actores de la relación que genera la prestación de servicios médicos.

Por estas razones se creó la Comisión Nacional de Arbitraje Médico como un órgano desconcentrado de la Secretaría de Salud, con plena autonomía técnica para emitir sus opiniones, acuerdos y laudos.

En el texto del decreto que se comenta se estipula que para el cumplimiento de sus funciones la Comisión Nacional contará con:

- a) un consejo
- b) un comisionado
- c) dos subcomisionados
- d) las unidades administrativas que determina su reglamento interno.⁴³

Así en septiembre de mil novecientos noventa y seis, en el ejercicio de las atribuciones conferidas al Consejo, por el decreto que crea la Comisión Nacional de Arbitraje Médico se aprobó y expidió el reglamento interno que regula la organización y funciones de la comisión, de la misma forma se aprobó y expidió el reglamento para la atención de quejas, que constituye la reglamentación adjetiva, la cual será analizada en el próximo capítulo.

⁴³ Ibidem, artículo 5.

De lo expuesto se concluye que la reglamentación secundaria de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico está formada por:

- el decreto que crea la Comisión Nacional de Arbitraje Médico de fecha tres de junio de mil novecientos noventa y seis.
- el reglamento interno de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico.
- reglamento de procedimientos para la atención de quejas

La Comisión Nacional de Arbitraje Médico tiene como atribuciones las que se citan a continuación:

1. Brindar asesoría e información a los usuarios y prestadores de servicios médicos sobre sus derechos y obligaciones.
2. Recibir, investigar y atender las quejas que presenten los usuarios de los servicios médicos por la posible irregularidad en la prestación o negativa de prestación de servicios a que se refiere el artículo tercero de dicho decreto.
3. Recibir toda la información y pruebas que aporten los servicios médicos y los usuarios, en relación con las quejas planteadas y, en su caso requerir aquellas otras que sean necesarias para dilucidar tales quejas, así como practicar las diligencias que correspondan.
4. Intervenir en amigable composición para conciliar conflictos derivados de la prestación de servicios médicos por alguna de las causas que se mencionan:
 - a) probables actos u omisiones derivadas de la prestación del servicio;

b) probables casos de negligencia con consecuencia sobre la salud del usuario, y

c) aquellas que sean acordadas por el consejo.

5. Fungir como arbitro y pronunciar los laudos que correspondan cuando las partes que se sometan expresamente al arbitraje;

6. Emitir opiniones sobre las quejas de que conozca, así como intervenir de oficio en cualquier otra cuestión que se considere de interés general en el esfera de su competencia;

7. Hacer del conocimiento del órgano del control competente, la negativa expresa o tácita de un servidor público de proporcionar la información que le hubiera solicitado la Comisión Nacional, en ejercicio de sus atribuciones;

8. Hacer del conocimiento de las autoridades competentes, y de los colegios, academias, asociaciones y consejos médicos, así como los comités de ética u otros similares, la negativa expresa o tácita de los prestadores de servicios de proporcionar la información que la hubiere solicitado la Comisión Nacional. Así mismo, informar el cumplimiento por parte de los citados prestadores de servicios de sus resoluciones, de cualquier irregularidad que se detecte y de hechos que, en su caso, pudieran llegar a constituir la convención de algún ilícito.

9. Elaborar los dictámenes o peritajes médicos que le sean solicitados por las autoridades encargadas de la procuración e impartición de justicia.

10. Convenir con instituciones, organismos y organizaciones públicas y privadas, acciones de coordinación y concertación que le permitan cumplir

con sus funciones.

11. Asesorar a los gobiernos de las entidades federativas para la constitución de instituciones análogas a la Comisión Nacional.

12. Orientar a los usuarios sobre las instancias competentes para resolver los conflictos derivados de servicios médicos prestados por quienes carecen de título o cédula profesional, y

13. Las demás que determinen otras disposiciones aplicables. (decreto que crea la Comisión Nacional de Arbitraje Médico artículo cuarto)

Para el cumplimiento de sus funciones la Comisión Nacional de Arbitraje Médico cuenta con la estructura orgánica que se forma por:

I. Un consejo integrado por diez consejeros y por el comisionado que lo preside, tanto los consejeros como los comisionados son nombrados por el presidente de la República, como miembros del consejo pueden participar los presidentes en turno de las academias nacional de medicina y mexicana de cirugía quienes serán invitados y su nombramiento concluye con su encargo en estos organismos, en tanto que los otros consejeros duraran cuatro años.

El consejo está facultado para :

- 1) establecer la políticas generales a las que debe sujetarse el órgano.
- 2) aprobar y expedir el reglamento interno y las demás disposiciones que

regulen a la Comisión Nacional;

3) aprobar y expedir el reglamento de procedimientos para la atención de las quejas, observando las disposiciones jurídicas a los mismos;

4) conocer de los asuntos que someta a su consideración el comisionado;

5) nombrar y, en su caso, remover a propuesta del comisionado, a los subcomisionados.

6) analizar y, en su caso, aprobar el informe que el comisionado presentará anualmente al titular del Ejecutivo Federal;

7) evaluar periódicamente el funcionamiento de la Comisión Nacional y formular las recomendaciones correspondientes al desempeño y resultados que obtenga, y

8) las demás que le confieran otras disposiciones aplicables.

II. Un comisionado, que son requisitos para serlo:

a) ser ciudadano mexicano en pleno ejercicio de sus derechos políticos y civiles.

b) tener cuando menos treinta y cinco años cumplidos el día de la designación,

c) haberse distinguido por su probidad, competencia y antecedentes profesionales en el ejercicio de las actividades que se vinculan a las atribuciones de la Comisión.

Las facultades y obligaciones que la ley confiere al comisionado son:

- ejercer la representación de la Comisión Nacional:
- someter a consideración del Consejo las designaciones de los subcomisionados, así como nombrar y remover al demás personal de la Comisión Nacional;
- conducir el funcionamiento del órgano, vigilando el cumplimiento de sus objetivos y programas;
- establecer de conformidad con el reglamento interno las unidades de servicio técnico, de apoyo y asesoría necesarias para el desarrollo de las funciones de la Comisión Nacional;
- celebrar toda clase de actos jurídicos que permitan el cumplimiento del objeto de la Comisión Nacional;
- ejecutar los acuerdos emitidos por el consejo;
- informar anualmente al titular del Ejecutivo Federal sobre las actividades de la Comisión Nacional, procurando que este informe sea difundido ampliamente entre la sociedad.
- someter a la aprobación del Consejo el reglamento interno, el reglamento de procedimientos y demás disposiciones internas que regulen a la Comisión Nacional.
- solicitar todo tipo de información a los usuarios y prestadores de servicios médicos y realizar las investigaciones pertinentes, a efecto de cumplir cabalmente con las atribuciones del órgano.
- llevar a cabo los procedimientos de conciliación y arbitraje a que se refieren las fracciones IV y V del artículo cuarto del decreto y de conformidad con el reglamento que al efecto expida el consejo;

-emitir los acuerdos, laudos y opiniones en asuntos de la competencia de la Comisión;

-vigilar el cumplimiento de las resoluciones, así como de los convenios que se deriven de los procedimientos y arbitraje respectivos;

-establecer los mecanismos de difusión que permitan a los usuarios y prestadores de servicios médicos y a la sociedad en su conjunto, conocer sus derechos y obligaciones en materia de salud, así como las funciones de la Comisión Nacional, y

-las demás que establezcan otras disposiciones aplicables.

III. dos subcomisionados, de los cuales para serlo deben cumplir los mismos requisitos establecidos para el comisionado, organizacionalmente al subcomisionado "A" le compete lo que es propiamente el área operativa o arbitral, en tanto que al subcomisionado "B" los aspectos relacionados con la administración y recopilación de información, no obstante la secretaría técnica del consejo corresponde a éste último funcionario.

IV. con base a lo establecido por el Decreto del tres de junio de mil novecientos noventa y seis, el Consejo debe sesionar cuando menos una vez cada tres meses, teniendo el comisionado en caso de empate en la votación el voto de calidad. No obstante, a petición cuando menos tres miembros, el Consejo puede reunirse en forma extraordinaria en cualquier tiempo.

En los términos del reglamento interno de la Comisión Nacional de

Arbitraje Médico corresponde al Subcomisionado "A" :

- 1) asesorar e informar a los usuarios y prestadores de servicios médicos sobre sus derechos y obligaciones;
- 2) recibir, admitir o rechazar las quejas presentadas de los usuarios de los servicios médicos, respecto de la presunta irregularidad en la prestación o negativa de prestación de servicios;
- 3) investigar los hechos presumiblemente atribuidos a los prestadores de servicios médicos, en los términos de las quejas presentadas;
- 4) instar a las partes involucradas en la queja a llegar a la conciliación;
- 5) proponer a las partes el Arbitraje de la comisión, como medida para dirimir el conflicto materia de la queja;
- 6) substanciar el procedimiento de arbitraje;
- 7) conocer las quejas presentadas en las entidades federativas y substanciarlas conforme a los procedimientos establecidos en el efecto;
- 8) realizar las investigaciones y estudios que requiere el análisis de la queja, a efecto de someter a consideración del subcomisionado el proyecto de laudo o resolución que corresponda;
- 9) orientar a los usuarios sobre las instancias competentes para resolver conflictos derivados de servicios médicos prestados por quienes carecen de título o cédula profesional;
- 10) elaborar los proyectos de procedimiento que deberán aplicarse en materia de orientación, recepción y valoración de quejas, conciliación y arbitraje, y someterlos a consideración del comisionado;

11) establecer las relaciones institucionales del caso, con las autoridades encargadas de la procuración e impartición de justicia, en relación con los dictámenes o peritajes médicos que le sean solicitados a la comisión; y

12) las demás que le señale el comisionado, necesarias para el mejor cumplimiento de sus funciones.

Por otra parte corresponde al subcomisionado "B" el ejercicio de las siguientes facultades y obligaciones:

1) dar seguimiento a los acuerdos, laudos y opiniones que emita la comisión,

2) establecer, para los efectos de la fracción anterior, los medios de comunicación adecuados, con las instituciones públicas y privadas, prestadoras de servicios públicos, así como academias y colegios de profesionales de la medicina y disciplinas vinculadas al objeto de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico;

3) fungir como representante legal de la comisión de los procedimientos judiciales y administrativos en que esta se parte;

4) supervisar el manejo del registro de instrumentos jurídicos en que se de cuenta de la participación de la comisión;

5) coordinar las funciones de asesoría jurídico administrativa a las distintas unidades administrativas de la comisión;

6) planear, coordinar y supervisar los programas de difusión y editorial, en la materia sustantiva de la comisión;

7) supervisar el sistema de información y estadística de la Comisión, conforme a los lineamientos que dicten las dependencias competentes;

8) ejercer las funciones inherentes a la secretaría Técnica del consejo, en los términos de los artículos 15 y 19 del presente ordenamiento.

9) establecer, coordinar y supervisar, las políticas, sistemas y procedimientos para la óptima administración de los recursos humanos, materiales y financieros de la Comisión; y

10) las demás que le señale el Comisionado, necesarias para el mejor cumplimiento de sus funciones.

Resulta oportuno destacar que debido a lo reciente de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico existe una gran laguna en cuanto al aspecto doctrinario y será necesario conocer los frutos y limitaciones de la comisión para que paulatinamente se vaya estructurando la literatura jurídica correspondiente.

CAPITULO IV

LA COMISION DE ARBITRAJE MEDICO Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL

4.1.LA COMISION NACIONAL DE ARBITRAJE MEDICO.

Como se mencionara en el capitulo anterior, en el supuesto de que las partes acepten someterse al arbitraje médico, prácticamente anula la alternativa, de incurrir a los tribunales civiles, puesto que existe renuncia expresa.

Como señala la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, "...El arbitraje es la actividad jurisdiccional desarrollada por los árbitros para resolver un conflicto que les ha sido sometido de manera voluntaria por los afectados y aunque la función jurisdiccional corresponde a los órganos de impartición de justicia, es decir a los tribunales, esto no es un obstáculo para que en determinadas condiciones el propio Estado conceda a las partes la facultad de constituir o designar por mutuo consentimiento a un árbitro que en el caso concreto ejerza la función jurisdiccional como un juez accidental y resuelva las cuestiones que las partes le sometan, con arreglo a derecho.

En consecuencia y toda vez que la ley reconoce plenamente el arbitraje como un verdadero juicio, al someterse expresamente a éste, las partes deben renunciar a la competencia de los tribunales ordinarios, ya que de no hacerlo se atentaría contra el principio, *ne bis in idem*, de que nadie puede ser juzgado dos veces por un mismo asunto.

En el presente capítulo se realiza un análisis de los logros de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico en su corta existencia, así como la forma en que está estructurada la regulación en respecto a la responsabilidad, lo que permite efectuar una serie de propuestas que conviertan a la Comisión Nacional de Arbitraje Médico en un verdadero Ombudsman en materia de servicios de salud.

En el capítulo segundo se hizo a la creación de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, mediante Decreto Publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 3 de Junio de 1996 y a su organización interna, por lo que el contenido de este apartado se centrará en las actividades desarrolladas por la Comisión Nacional de Arbitraje Médico en su primer año de trabajo.

A un año de haber iniciado sus actividades, la Comisión Nacional de Arbitraje Médico (CONAMED) recibió 4,025 casos de los cuales resolvió 3,378 (84 por ciento del total). De esta última cifra 2,071 asuntos fueron resueltos a través de orientación y asesoría, 1,242 por el procedimiento de conciliación, y 65 mediante la emisión de dictámenes periciales.

Asimismo, esta institución ha demostrado su capacidad de servicio a la ciudadanía al operar bajo un esquema para la resolución de conflictos y ofrecer a los médicos y pacientes servicios gratuitos de asesoría, por lo que los usuarios y los prestadores de servicios encuentran en esta instancia el respaldo de profesionales de la medicina y del derecho, con la capacidad para

resolver las controversias de manera ágil, flexible y oportuna.

Lo anterior fue dado a conocer por el Comisionado Nacional de Arbitraje Médico, Doctor Héctor Fernández Varela, al presentar el primer informe de actividades de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico ante el Presidente de la República, Doctor Ernesto Zedillo Ponce de León, el 19 de agosto de 1997.

Por su parte, el Presidente de la República manifestó su satisfacción por la solución de más del 80 por ciento de los casos recibidos por la Comisión Nacional de Arbitraje Médico en el periodo referido y felicitó a los directivos y trabajadores de la Comisión por los resultados alcanzados, que demuestran la gran eficacia de su labor y la pertinencia de ese organismo en la vida médica del país.

Asimismo, el Primer Mandatario reconoció la participación social de los miembros del Consejo de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico integrado por personas independientes de reconocida honestidad que vigilan que la actuación del organismo sea siempre imparcial.

También agradeció al Licenciado Federico Reyes Heróles y al Doctor Santiago Genovés su contribución como Consejeros durante el periodo establecido, el cual fue de un año, al tiempo que dio la bienvenida a las doctoras Juliana González Valenzuela y Luz Elena Gutiérrez de Velasco Romo

como integrantes del Consejo de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico.

Ante representantes de la comunidad médica del país asistentes al evento, celebrado en el patio central del Palacio Nacional, el Comisionado explicó las principales acciones emprendidas por la Comisión en el periodo comprendido de junio de 1996 a junio de 1997, y reiteró la firme convicción del organismo para que se quehacer contribuya a elevar la calidad de los servicios de salud que se otorgan en el país.

Durante el desempeño de nuestro trabajo, dijo hemos practicado una constante reflexión sobre nuestras propias experiencias, para crear y recrear con imaginación, las diferentes opciones que nos permiten atender las quejas, con imparcialidad, eje rector de las acciones de la Comisión.

Al respecto, Federico Reyes Heróles, en su calidad de consejero saliente de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, externó que el arbitraje es una forma eficiente de impartir justicia, y resaltó el concepto de buena composición que permite la existencia de la voluntad de las partes para lograr el entendimiento por vías no judiciales. Ese es el mayor patrimonio, recurso que debemos cuidar, procurar, fomentar, buena voluntad como actitud y actuación ciudadana de todos los días puesta al servicio de pacientes, médicos e instituciones para lograr justicia.

En su informe, el Doctor Fernández Varela destacó los principales aspectos de las actividades desarrolladas a partir del 10 de junio de 1996, fecha en que él inició su operación en la mencionada Institución. Hasta el 3 de junio de 1997, explicó, se atendió un total de 4,025 casos de los cuales 2,071 fueron resueltos y concluidos en su totalidad a través de orientación y asesoría; 1,831 correspondieron a quejas radicadas; y 123 a solicitudes de dictámenes parciales.⁵⁵

Al referirse a la labor de las unidades administrativas de la institución, mencionó algunas de las funciones que realizan como son ofrecer servicios de orientación a los usuarios sobre sus derechos y obligaciones, explicar técnicas sobre la evaluación y tratamiento de la enfermedad en cuestión; así como, brindar asesoría para encauzar hacia las instancias correspondientes los asuntos que no son de la competencia de la Comisión, todo ello en forma gratuita.

Asimismo, indicó que la Comisión Nacional de Arbitraje Médico en su carácter nacional ofrece a los usuarios residentes en el interior de la República Mexicana la posibilidad de remitir sus quejas vía correo; así como, de atender los casos derivados por otros organismos gubernamentales, como las comisiones de Derechos Humanos y la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo, entre otros.

⁵⁵ Cfr. "Primer Informe Anual de Actividades; Revista Conamed México, julio-septiembre de 1997, p.10.

En su informe, el Comisionado Nacional destacó que de las 1,831 quejas radicadas para someterse a los Procedimientos de Conciliación o Arbitraje, 1,485 correspondieron a Instituciones Públicas y 346 a servicios privados. De este total, fueron concluidos 1,221 casos mediante la conciliación, 49 se turnaron a arbitraje por voluntad expresa de los involucrados y 561 quedaron en vías de solución.

En la resolución exitosa del conflicto, señaló, es indispensable que tanto el usuario como el prestador acudan de buena fe a la Comisión, con el propósito de que a través del proceso de conciliación se ponga fin a las diferencias que originaron la disputa. El procedimiento permite a la Comisión el análisis cuidadoso de los argumentos y pruebas aportadas por los interesados para auxiliar a las partes a encontrar alternativas viables de solución a su controversia.

Resaltó que esta función requiere del conciliador gran sensibilidad y destreza a fin de comunicar a los interesados que la solución se alcanza más fácilmente cediendo en algunas de sus pretensiones, lo que si bien conlleva una renuncia parcial, permite la recuperación de la confianza y estima, que son invaluableles.

El Comisionado explicó que de los 49 casos que se han turnado para arbitraje, 21 se concluyeron y 28 están en proceso. Destacó que aún en esta etapa, un número significativo de asuntos se han resuelto por la vía de la

conciliación, ya que las partes aceptan la conveniencia de concluir el litigio, sin llegar a la emisión del laudo.

Recordó que el arbitraje se reserva para aquellos casos en los que prestadores y usuarios no llegan a conciliar sus diferencias, pero aceptan someterse a un análisis de expertos y acatar su laudo, que es la esencia misma del juicio arbitral. Aquí, explicó el titular de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, las partes tienen la posibilidad de ofrecer las pruebas que consideren idóneas para acreditar los hechos, a fin de proceder al análisis del caso con el auxilio de los expertos más calificados en la materia, pues sólo así se puede alcanzar la solidez que requieren las resoluciones.

Respecto a los 123 solicitudes de dictámenes periciales, dio a conocer que la Comisión Nacional de Arbitraje Médico emitió 65, quedando 58 en proceso.

La Comisión Nacional de Arbitraje Médico es una institución pública que garantiza la imparcialidad en el análisis, dictamen y resolución de los asuntos que tiene encomendados, por ello, la fuerza moral que adquiera en la sociedad mexicana estará en proporción directa con la objetividad, eficiencia y eficacia con que resuelva los asuntos que se sometan a su consideración.

El Doctor Fernández Varela agregó que con el fin de asegurar la observancia de las obligaciones asumidas por las partes, la comisión

instrumentó el Sistema de Seguimiento Periódico de Compromisos que incluye la comunicación con los usuarios para la verificación del cumplimiento de los acuerdos en los aludos resultantes del arbitraje.

Asimismo, informó que en la Comisión se estructuraron los sistemas de información en red con tecnología de punta en materia de procesamiento de datos y de telecomunicaciones, indispensables para la generación de la estadística institucional, así como para rendir información a las dependencias para determinar las principales demandas ciudadanas e identificar la recurrencia de la queja en una especialidad o en una unidad médica, a fin de emitir opiniones técnicas que coadyuven a elevar la calidad de la atención.

La difusión se torna en un elemento indispensable para fomentar una cultura de mejoría de los servicios de salud, que tenga como premisas el reconocimiento del compromiso social que tiene los profesionales, el respeto mutuo que se deben usuarios y prestadores de servicios médicos, y la renovación de la confianza en una profesión eminentemente humanitaria.

En congruencia con estos postulados, acotó el Doctor Fernández Varela, la Comisión organizó en diciembre de 1996, el Simposium Internacional por la Calidad de los Servicios Médicos y la Mejoría de la Relación Médico-Paciente, que reunió a expertos internacionales en la materia, así como representantes de los distintos sectores de la sociedad mexicana, quienes desde diferentes perspectivas abordaron los temas relacionados con la misión de la Comisión

Nacional de Arbitraje Médico.

Al referirse al Programa Rector de Difusión, destacó la creación de la revista Comisión Nacional de Arbitraje Médico, órgano informativo que sirve de vínculo para interactuar con los prestadores y los usuarios de los servicios médicos, y mantenerlos informados del quehacer de la institución, además de difundir temas de carácter general que se relacionan con sus actividades.

El Doctor Héctor Fernández Varela señaló que los principios que guían a la Comisión Nacional de arbitraje Médico, emanan de expectativas generadas antaño, pero atendidas hoy día por las autoridades, para que los mexicanos reciban servicios médicos de calidad, no como un privilegio de clase o grupo; sino, como un derecho inalienable a cuyo cumplimiento todos debemos contribuir. Para finalizar, externó: "Nos comprometemos con la sociedad a redoblar esfuerzos y a empeñar nuestras capacidades en el cumplimiento de la misión institucional, en estricta reciprocidad a la confianza que nos han otorgado".⁵⁶

4.2 CONCEPTO Y CLASES DE RESPONSABILIDAD

En la doctrina se dice que toda actividad humana trae como consecuencia el problema de la responsabilidad, esto sin duda dificulta establecer un concepto, que varía tanto como las connotaciones que pueda

⁵⁶ *Ibidem*, p.12.

abarcar, conforme a las teorías filosófico jurídicas.

Lo anterior lejos de aclarar el problema lo diversifica, pues es falsa la afirmación de quienes consideran que toda conducta humana tiene una responsabilidad. En este orden de ideas, la conducta humana que trae aparejada responsabilidad es la conducta ilícita, es decir, la conducta contraria a las leyes del orden público y de las buenas costumbres. En México el artículo 1910 del Código Civil vigente confirma lo anterior, ya que establece: "El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima". De lo anterior se observa que la responsabilidad civil no es fuente de la obligación sino el hecho ilícito o causante del daño, o bien el hecho lícito dañoso originado por el uso de cosas peligrosas, instrumental médico quirúrgico o la administración de fármacos o drogas.

Los tratadistas extranjeros proporcionan diversos conceptos de responsabilidad, Marton establece con mucha claridad la definición de responsabilidad, como la situación de quien habiendo violado una norma cualquiera, se ve expuesto a las consecuencias desagradables emergentes de esa violación, traducidas en la medida que la autoridad encargada de velar por la observación del precepto le imponga providencias esas que pueden o no estar previstas.⁵⁷

⁵⁷ Cfr. Aguiar Díaz, José de: La Responsabilidad Civil, pp. 11-12.

Manuel Bejarano Sánchez proporciona el concepto de Responsabilidad Civil de la siguiente forma: "Responsabilidad es, pues, el nombre que toma la obligación generada por el hecho ilícito y también por el riesgo creado, la cual se traduce en la necesidad de reparar los daños y perjuicios a otro".⁵⁸

En primer plano, se puede distinguir la responsabilidad jurídica y la responsabilidad moral, siendo de tomarse en cuenta que la primera se traduce en la obligación de reparar el daño a terceros, mientras que la segunda es la violación a las normas morales, religiosas o consuetudinarias.

A su vez, la responsabilidad jurídica puede subdividirse en responsabilidad civil y en responsabilidad penal.

La responsabilidad civil, de acuerdo con los conceptos anticipados, es la obligación que se tiene por haber violado derechos privados de terceras personas, y por lo que respecta a la responsabilidad penal, es la obligación que se tiene por haber violado normas del orden público y por lo tanto causado desequilibrio a la sociedad. Mientras que en la primera se es responsable ante un sujeto de derecho privado, en la segunda se es responsable ante el Estado y ante el particular.

Por último, se tiene que la responsabilidad civil se divide tanto en la doctrina como en la legislación, en responsabilidad contractual y

⁵⁸ Bejarano Sánchez, Manuel; *Obligaciones Cíviles*, p. 216.

responsabilidad extracontractual.

Como se ha dejado asentado, la responsabilidad civil es consecuencia de un hecho ilícito o lícito que se traduce en la obligación de reestablecer los daños y perjuicios que se causen.

Tradicionalmente y atendiendo a su origen, la responsabilidad civil se clasifica en contractual y extracontractual, siendo la primera la que proviene de la violación a una cláusula particular, de una norma de observancia particular, de un contrato o por último de un acto jurídico de interés privado. Dicho de otra manera la responsabilidad contractual es aquella que resulta del incumplimiento de la obligación nacida de la voluntad de las partes, por ejemplo, el incumplimiento de un contrato.

En tales circunstancias, la parte que incumple será responsable de los daños y perjuicios que cause con su incumplimiento, y en consecuencia su responsabilidad es contractual.

Mientras que la responsabilidad extracontractual se presenta cuando se transgrede una norma de carácter general. Ejemplo; si alguien viola la Ley, ya sea con una conducta culposa o dolosa y causa un daño, incurre sin duda en responsabilidad extracontractual, por tal motivo surge a su cargo la necesidad de reparar los daños y perjuicios que con ello se ocasiona, pero, a diferencia de la anterior responsabilidad, en la que se trata el origen de la misma, es

laviolación de una Ley y no a un contrato como sucede en la responsabilidad contractual.

La anterior distinción en responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual, no es solamente un concepto doctrinal, sino que dicha distinción trasciende a las legislaciones modernas, situación que ha influido en el Derecho Positivo, ya que en el Código Civil de 1928, vigente, regula por separado ambas responsabilidades. A la responsabilidad contractual la trata en el Capítulo correspondiente al incumplimiento de las obligaciones nacidas de la voluntad de las partes, es decir, en los Artículos 2104 y siguientes, mientras que a la responsabilidad extracontractual el ordenamiento antes citado, la regula en el Capítulo correspondiente a las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos, es decir, en los Artículos 1910 a 2028, del mismo Código.

Mucho se ha criticado, en México, el proceder del Legislador del Veintiocho, por haber regulado en diferentes Capítulos ambos tipos de responsabilidades, pues, piensan diversos autores que lo ideal es que dicha materia debería de formar una unidad.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la materia que se trata es una de las más modernas del campo del Derecho, pues el tiempo y las nuevas actividades humanas han desarrollado la cada vez más importante materia de responsabilidad civil, al grado de que el jurista brasileño Antonio Chávez

señala, y no sin razón, que la responsabilidad civil es tan profunda como el mar.⁵⁹

La materia de la responsabilidad está situada en el curso de las obligaciones, sin embargo, dada la amplitud, ésta se expande por todas las ramas del derecho civil. En consecuencia hay casos de responsabilidad civil en el derecho sucesorio y también en el derecho de familia, ejemplo de este último es el Artículo 288 del Código Civil Mexicano vigente, que en su parte conducente dice: "... Cuando por el divorcio se originan daños o perjuicios a los intereses del cónyuge inocente, el culpable responderá de ello como autor de un hecho ilícito."

En la prestación de servicios de salud, toda vez que no existe un contrato de prestación de servicios profesionales, la responsabilidad civil queda sujeta a lo que establece el Código Civil para el Distrito Federal en el artículo 1913. Sin embargo, según lo establecido en el artículo 1916 del mismo instrumento, sí existe daño normal.

4.3 EL JUICIO DE RESPONSABILIDAD COMO PRODUCTO DE LA RESOLUCIONES CONDENATORIA EN EL ARBITRAJE MEDICO

Es evidente que en el campo de la responsabilidad ha habido avances en las legislaciones. Sin embargo, se puede asegurar que en todos estos

⁵⁹ Cfr. Chávez, Antonio, Derecho Civil, p. 19.

casos se refirieron a la Responsabilidad subjetiva y no a la Responsabilidad Civil Objetiva, la cual tiene su origen en el uso de cosas peligrosas que causan daño, como se mencionó, toma su origen en el desarrollo del maquinismo y por ende en el avance industrial y sobre todo en los medios de transporte, de la misma forma el avance científico en las sustancias e instrumentos que administran o emplean los prestadores de servicios de la salud.

En la vida social es frecuente que la conducta de unas personas lesionen los intereses de otras. A veces dicha repercusión se manifiesta en pérdidas o menoscabo del patrimonio, o de las personas en su integridad física o moral; en consecuencia estos actos perjudiciales lesivos, son los que turban en mayor o menor grado, tanto la armonía como la paz sociales, esto que hoy vemos como natural, no siempre ha sido de esta manera, pues actualmente una víctima de una acción perjudicial espera que el causante le indemnice sus pérdidas, ya que es, quien debe pagar tanto éstas como los perjuicios.

No siempre ha sido natural ni sencilla, tampoco aceptada como solución única, de ahí que se tomara fama la frase de Tipert al decir.. "Ahí donde antes se soportaba el daño causado, inclinándose ante el azar nefasto, se intenta encontrar al autor de él".⁶⁰

⁶⁰ Mazeaud-Tune citado por Omar U. Barbero, Daños y Perjuicios Derivados del Divorcio, p. 87.

Con el fin de demostrar lo anterior, se debe decir que en México, tanto en la legislación como en la doctrina, ya no existe desorden alguno con respecto a las fuentes de las obligaciones, por lo menos en lo que se refiere a las que hasta la fecha se consideran como tales, y en este punto se coincide con Manuel Bejarano Sánchez, quien considera como fuentes de las obligaciones las siguientes:

- a) El Contrato.
- b) La Declaración Unilateral de Voluntad.
- c) El Enriquecimiento inexplicable.
- d) La Gestión de Negocios.
- e) Los Hechos Ilícitos (Responsabilidad Subjetiva).
- f) Hechos Lícitos Causantes de Daño. (Denominada también Teoría del Riesgo Creado).

Con el fin de proceder con sistema, se dará en primer término un concepto de la fuente de la obligación que se analiza, es decir, DEL HECHO LICITO CAUSANTE DE DAÑO, o bien, del USO de cosas peligrosas que ocasionan el mismo resultado (daño), como ocurre con los prestadores de servicios de la salud pero se dirá y no sin razón, ¿Cómo es posible que quien hace uso lícito de cosas peligrosas y cause daño es responsable?. Lo anterior, en épocas pretéritas era casi imposible pero no en la actualidad, pues quien hace uso de cosas peligrosas por sí mismas o por la velocidad que desarrollan, así como de instrumental médico o bien que expide recetas para

el uso de fármacos y drogas y lo hace en el ejercicio de una profesión u oficio para su beneficio, es decir, ese uso le trae una remuneración, aumenta su patrimonio y como se vive en una sociedad justo es que quien tiene beneficio por la cosa peligrosa que usa, o por el tipo de servicios profesionales que ofrece, sea responsable de los daños que ocasiona, o mejor dicho, es justo y equitativo, que participe no solamente de las ganancias sino también de las pérdidas.

Dicho en forma más sencilla, en esta fuente de las obligaciones se parte de la hipótesis de que se hace uso lícito de cosas peligrosas, como lo es el instrumental médico-quirúrgico o la administración de fármacos o drogas que por el hecho de causar daño, obligan al que se sirva de ellos, que puede ser el propietario o el usuario, el usufructuario o el arrendatario, el médico, el auxiliar de los servicios médicos o la empresa prestadora de servicios para la salud, a reparar el daño causado, y esta obligación de reparar el daño es lo que con toda pulcritud se le puede llamar Responsabilidad Civil Objetiva.

Desde el punto de vista legislativo, la fuente de la obligación de reparar daños, se encuentra en el artículo 1913 de Código civil vigente que establece "Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o substancias peligrosas por si mismos, por la velocidad que desarrollan, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía eléctrica que conducen o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque NO OBRE ILICITAMENTE, a no ser que demuestre que ese daño se produjo

por culpa o negligencia inexcusable de la víctima”.

Como elementos de la figura que se analiza, se pueden citar los siguiente:

- a) El uso de cosas peligrosas
- b) La existencia de un daño: Patrimonial, personal o moral
- c) La relación de causa o efecto entre el hecho y el daño

De los elementos que anteriores, se desprende que se parte exclusivamente de una relación causal entre el hecho o sea, el uso de cosas peligrosas y el daño causado, dicho de otra forma, la Responsabilidad Objetiva, como su nombre lo indica, se parte de elementos puramente objetivos como lo son El Uso de cosas Peligrosas, El Daño que se causa con ellas y la relación de Causa a efecto, entre el uso de dichas cosas y el daño causado, elementos que ha establecido como necesarios nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación en la siguiente Jurisprudencia.

La responsabilidad objetiva es independiente de la culpabilidad del agente. Para que proceda la indemnización a causa de daño producido por el uso de instrumentos, o fármacos o drogas peligrosos, no se requiere la existencia de un delito y ni siquiera la ejecución de un acto civilmente ilícito, pues lo único que debe probarse es que el daño existe, así como la relación de causa a efecto. Los elementos de la responsabilidad objetiva son:

1. Que se use un mecanismo peligroso;
2. Que se cause un daño;
3. Que haya una relación de causa a efecto entre el hecho y el daño, y
4. Que no exista culpa inexcusable de la víctima.

Por lo que respecta al primer elemento, o sea el uso de cosas peligrosas, ¿ Qué se debe entender por cosas peligrosas ? sería infructuoso proporcionar una lista de las cosas que se consideran peligrosas, pues dicha lista además de ser casi imposible, estaría sujeta a cambios constantes, ya que con el avance de la ciencia y de la técnica, cada día aumentaría dicha lista con las nuevas cosas que se llegaran a inventar y que se consideraran peligrosas y por otra parte algunas de estas dejarán de serlo, por lo que a juicio del autor de esta tesis, se debe dar una interpretación amplia al concepto "cosas peligrosas" dentro de las cuales a manera de ejemplo, se pueden citar las siguientes: Los mecanismos, aparatos o sustancias peligrosas por sí mismas, por la velocidad que desarrollan, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conducen, los edificios por su peso se consideran peligrosos, el instrumental médico quirúrgico y los fármacos o drogas.

En este orden de ideas, se puede decir que existen tres clases de cosas peligrosas: las peligrosas por sí mismas, como las sustancias explosivas, recordemos el siniestro de San Juan Ixhuatepec, los edificios que por su peso

son cosas peligrosas por sí mismas, sobre todo en el distrito Federal donde el subsuelo no es propio para la edificación de enormes edificios; las cosas peligrosas por su funcionamiento; solamente para citar algunos ejemplos de estos como lo son los automóviles, que estos crean un riesgo cuando estén en funcionamiento, cuando están en movimiento. Y finalmente, el instrumental médico quirúrgico y los fármacos y drogas. Es de considerarse que este fue el espíritu del Legislador de 1928, plasmado en el artículo 1913.

Ahora se revisará lo relacionado con el segundo elemento, indispensable, para que surja la Responsabilidad Civil Objetiva, "el daño" el cual se consideraba únicamente el daño patrimonial, y en consecuencia, no se tomaba en cuenta el daño causado a las personas ni mucho menos el daño moral situación que a todas luces era injusta, razón por la cual debemos hacer una interpretación amplia del concepto de daño, el mismo sustantivo daño da la idea de ofensa, lesión, menoscabo o disminución de una persona en sus bienes, en su persona, etc.

La doctrina se inclina por que todo daño sea resarcible, sin embargo, para que esto sea posible, se requiere que el daño sea:

- a) Cierto
- b) Subsistente
- c) Propio o personal del reclamante, y
- d) Que lesione un derecho subjetivo o un interés legítimo del reclamante.

El legislador de 1928, solamente se refiere al daño material y al daño moral, sin embargo, el daño material puede ocasionarse no solamente al patrimonio, sino también a las personas (artículo 1915 del Código Civil vigente).

Por lo que respecta al daño moral, éste está regulado, como ya se citó, en el artículo 1916 del mismo ordenamiento.

Se mencionó anteriormente que además del uso de cosas peligrosas que causan daño, se requiere, para surja la responsabilidad de indemnizar, una relación de causalidad entre el uso de cosas peligrosas y el daño que ocasiona con dicho uso, dicho términos más sencillos todavía, para que me obliguen a reparar daños, se requiere que yo los haya causado. Esta relación de causalidad, es una exigencia de lógica elemental, entre el hecho y el daño.

La responsabilidad civil objetiva en materia de servicios de salud se trata de una figura jurídica de reciente creación y por lo tanto casi desconocida en México, prueba de ello es la falta de literatura sobre la materia, pues bien sabido es que el artículo 1913 de nuestro Código Civil, es una copia fiel literalmente del Código Ruso, y que el Legislador de 1928, sin escrúpulos ni reticencia lo plasmó en el ordenamiento legal.

Es necesario enfatizar que en el arbitraje médico se trata de que como fruto de laudo se reparen en la medida de lo posible los daños originados por

la responsabilidad civil objetiva derivada de la prestación de los servicios de salud, y que si el afectado acepta someterse a éste, renuncia expresamente a realizar cualquier acción por la vía jurisdiccional.

El artículo 1915 del Código Civil distrital señala que " La reparación del daño debe consistir a elección del ofendido en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios. Cuando el daño se cause a las personas y produzca la muerte, incapacidad total o permanente, parcial permanente, total temporal o parcial temporal, el grado de la reparación se determinará atendiendo a lo dispuesto por la Ley Federal del Trabajo. Para calcular la indemnización que corresponda se tomará como base el cuádruplo del salario mínimo más alto que este en vigor en la región y se extenderá al número de días que para cada una de las incapacidades mencionadas señala la Ley Federal del Trabajo. En caso de muerte la indemnización cuando la víctima fuera un asalariado son intransferibles y se cubrirán preferentemente en una sola exhibición, salvo convenio en contrario entre las partes."

En el caso de los establecimientos o personas morales se aplica lo dispuesto por el artículo 1924 del mismo Código Civil, como corresponsales de su personal.

Con relación a la responsabilidad administrativa de los servidores públicos debe señalarse que a partir del 1º de enero de 1983, entró en vigor

un régimen de responsabilidades oficiales, para funcionarios y empleados públicos, integrado fundamentalmente en el Título IV de la Constitución. Así como en la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

Dicho régimen de responsabilidades abarca cuatro sectores : política administrativa, penal y civil. en esta ocasión abordaremos el capítulo de la responsabilidad administrativa, la cual, a diferencia de las otras tres, viene a constituir una novedad en el sistema jurídico mexicano.

El fundamento legal del régimen de responsabilidades administrativas de los servidores públicos se encuentra en los artículos 109, fracción III, 119 y 114, párrafo tercero, de la Constitución, así como en la Ley de Responsabilidades antes mencionada.

El objeto del susodicho régimen de responsabilidades administrativas es el salvaguardar la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad, y eficiencia en el desempeño de las funciones, empleos, cargos y comisiones, públicos.

Lógicamente los sujetos de esta responsabilidad son los servidores públicos, tradicionalmente han sido denominados funcionarios y empleados públicos, ahor se borra esa distinción y con el nuevo término de "servidores públicos" se pretende imprimir una nueva mística de servicio a la sociedad, por tal se debe entender, de acuerdo con el artículo 108 constitucional, los representantes de elección popular, los miembros de los poderes judiciales

Federal y del Distrito, funcionario, empleados y en general toda persona que desempeñe un empleo, cargo o coisión de cualquier naturaleza en la administración pública federal o en el Distrito Federal ; también son responsables por violaciones a la Constitución y leyes federales, los gobernadores, diputados y magistrados de los tribunales superiores de los estados, pero en ese caso la responsabilidad no sería administrativa, sino política o penal ; en cambio, el presidente de la República sólo puede ser acusado por traición a la patria y delitos graves del orden común.

El artículo 2 de la Ley de Responsabilidades añade a todas aquellas personas que manejen o apliquen recursos económicos federales. Disposición que además de mencionar sujetos no incluidos por la ley suprema puede resultar peligrosa, ya que supuestamente se pueden reclamar a particulares responsabilidades que son propias de los funcionarios y empleados públicos, más aún que existen responsabilidades civiles y penales en las que pueden incurrir dichos particulares. Sin embargo, el artículo 46 de la ley mencionada señala que incurren en responsabilidad administrativa los servidores públicos a que se refiere el artículo 2 ; ello lo que se interpreta como que las personas particulares que manejen o apliquen los recursos federales, no siendo servidores públicos, no se le podrá exigir responsabilidad administrativa.

Las causas por las cuales se puede exigir responsabilidad administrativa a un servidor público por actos u omisiones que atenten contra la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia en su cargo, están señaladas

fundamentalmente en el artículo 47 de la ley citada.

Contra dicho precepto, en lo general, se puede hacer dos tipos de crítica, una formal y otra de fondo. La primera: el artículo 47, el capítulo Y del título tercero de la responsabilidad de manera positiva y las denominan obligaciones de los servidores públicos ; ahora bien, todas las normas del derecho público establecen, de una u otra forma, obligaciones a los funcionarios y empleados públicos, obligaciones que tienden a salvaguardar la legalidad, honradez, lealtad, etc., por lo cual habrá que precisar que en un artículo de esta ley no se puedan comprender esas obligaciones, por ello, se debió calificar simplemente como causas de responsabilidad administrativa.

Por otro lado, la poco afortunada frase con que se termina el primer párrafo del artículo 47, dice y sin perjuicio de los derechos laborales previstos en las normas específicas que al respecto rijan en el servicio de las fuerzas armadas. Hasta donde se sabe, las normas del derecho militar, en absoluto establecen derechos laborales para los servidores públicos en general. Quizá se trató de decir que cuando un servidor público en general. Quizá se trató de decir que cuando un servidor público incurra en responsabilidad administrativa, conservaría sus derechos laborales, tales como antigüedad, jubilación, pensión, etc.

Pero pasemos a la crítica de fondo y esta es que las 22 fracciones del artículo 47 han sido redactadas en forma tan vaga y genérica que las

autoridades encargadas de aplicarlas se ven dotadas de amplísimas facultades discrecionales que les permitirán sancionar, prácticamente sin una razón de peso, a cualquier servidor público. Por ejemplo, ¿qué se debe entender por máxima diligencia, buena conducta o debidas reglas de trato? Se concluye que se debe reformar ese artículo para precisar su contenido.

Por otro lado, se han confundido las facultades disciplinarias de los superiores respecto a los inferiores, o dicho en otras palabras, entre la responsabilidad disciplinaria y la responsabilidad patrimonial de los servidores públicos ; sin embargo persiste la irresponsabilidad patrimonial del Estado frente a los particulares, aunque en la Ley ésta sí se establezca respecto de los servidores públicos hacia el Estado. En síntesis, confunden dos cuestiones que deben ser tratados por separado (disciplina y responsabilidad patrimonial), además de que se deja en desamparo a los particulares.

Las 22 causas a que hace referencia el citado artículo 47 en resumen son :

1. Falta de diligencia
2. Ilegalidad al formular y ejecutar planes, programas y presupuestos.
3. Desvío de recursos, facultades e información.
4. Descuido de documento e información.
5. Mala conducta y faltas de respeto con el público.
6. Agravios o abusos con los inferiores.

7. Falta de respeto a un superior o insubordinación.
8. El no informar al superior del incumplimiento de obligaciones y de las dudas fundadas que tuviese sobre la procedencia de las órdenes que recibe.
9. Ejercer funciones que no le corresponda.
10. Autorizar a un inferior a faltar más de 15 días seguidos o 30 discontinuos en un año.
11. Ejercer otro cargo incompatible.
12. Intervenir en el nombramiento de una persona inhabilitada.
13. No excusarse cuando tenga impedimento.
14. No informar al superior de la imposibilidad de excusarse cuando tenga impedimento.
15. Recibir donativos de persona cuyos intereses esté afectando.
16. Pretender obtener beneficios extras de su remuneración.
17. Intervenir en la designación de una persona sobre la que tenga interés personal.
18. No presentar su declaración de bienes.
19. Desatender las órdenes de la Secretaría de la Contraloría y Desarrollo Administrativo.
20. No informar al superior de la inobservancia de las obligaciones de sus subalternos.
21. Incumplimiento de cualquier disposición jurídica.
22. Las demás que impongan las leyes.

Particularmente se visualizan los siguientes problemas :

En la fracción III se habla de las facultades que se hayan atribuido al servidor público y la información confidencial, sin precisar tampoco qué se debe entender por tal y en consecuencia, en un momento podría existir alguna contradicción con derecho a la información que consagra el artículo sexto constitucional.

La fracción IX señala que es causa de responsabilidad administrativa el ejercer funciones cuando ya se perdió el carácter de servidores públicos; pero en ese caso se incurre en un delito, precisamente el de ejercicio indebido de funciones (artículo 214 del Código Penal). Lo propio puede decirse de la fracción XV que se refiere al delito de cohecho. ambas son inconstitucionales, pues de acuerdo con el artículo 109, fracción II, de la Constitución, la comisión de delitos, por parte de cualquier servidor público, será perseguida y sancionada en los términos de la legislación penal, y la ley que comentamos no es de tal naturaleza; o violatorias del principio non bis in idem que consagra el artículo 23 constitucional.

Los temas de excusas e impedimentos, contenidos en las fracciones XIII y XIV, están redactados de forma tan imprecisa, que se debe remitir a las normas que sobre el particular existen en el Código Federal de Procedimientos Civiles.

A este listado habrá que agragar lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 50, así como en el artículo 59; el primero se refiere a cuando el servidor público inhiba a un particular de presentar una queja o denuncia o con motivo de ello realice cualquier conducto injusta, frase poco afortunada, ¿quién juzgará de la justicia?, para todo caso se juzgará la legalidad o ilegalidad. Por otro lado, el artículo 59 se refiere a los empleados de las contralorías internas que se abstengan injustificadamente de aplicar una sanción o no se ajusten a lo previsto en la Ley.

4.4 SENTENCIAS EN EL JUICIO DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

Cuando un servidor público incurre en responsabilidad administrativa, el artículo 113 constitucional señala que se le podrán aplicar las siguientes sanciones : suspensión, destitución, inhabilitación, multa, además de las que señalen las leyes, esto es, el apercibimiento y la amonestación, en ambos casos en forma pública o privada, de acuerdo con el artículo 52 de la Ley de Responsabilidades.

Aquí nuevamente se observa la confusión de lo que debe ser una simple facultad disciplinaria, de la exigencia de una responsabilidad patrimonial.

El artículo 54 señala los elementos que deben tomarse en cuenta al imponer las sanciones administrativas. En principio no señala si dichos

elementos se tomarán en cuenta para agravarla o para atenuarla; éstas son, respecto sancionario: circunstancias económicas, nivel jerárquico, antecedentes, antigüedad y reincidencia; respecto al hecho o acto que al motivó: la gravedad, la conveniencia de suprimir prácticas ilegales, las condiciones exteriores, los medios de ejecución y el monto del beneficio, daño o perjuicio causados. Aparentemente fue mal redactado el mencionado artículo.

Cuando por incumplimiento de lo prescrito en el artículo 47 se ha obtenido en beneficio económico o se ha causado daños y perjuicios, el monto de la sanción se fijará duplicando la cantidad de aquél o de éstos. Ahora bien, cuando el afectado es el Estado, entendemos que con el monto de dicha sanción se cubren los daños y perjuicios causados ; sin embargo cuando el afectado por la conducta ilícita del servidor público es un particular, el monto de la sanción no se puede aplicar al pago de los daños y perjuicios causados, pues se trata de un crédito fiscal, y en este caso se contempla como responsabilidad civil del servidor público. En consecuencia, existe una falla muy grande al no establecerse un medio expedito y fácil para resarcir al perjudicado, lo cual además hará que prácticamente los particulares no tengan interés en denunciar ni en que se sancione a un servidor público cuando incurra en una causa de responsabilidad ; pero sobre todo es una injusta que no se repare de la misma manera el daño y perjuicio causados.

La ley faculta a las autoridades aplicadoras para perdonar al servidor

público por una única vez, en causas que no revistan gravedad ni constituyan delito y el daño causado no rebase el equivalente a 10 días de salario mínimo.

La Ley Federal de Responsabilidades en el artículo 53 habla de la pena de inhabilitación, aunque se trata de una sanción de naturaleza penal es correcto que se contemple en esa Ley Federal, toda vez que se trata de una norma reglamentaria de un precepto constitucional, que debe precisar las directrices trazadas por la ley suprema; sobre todo, debe ser tomada en cuenta por las legislaciones locales. Pues bien, dicha pena debe tener estos límites: si el monto del lucro, daño o perjuicio causados no excede del equivalente a tres mil días de salario mínimo en el Distrito Federal, el tiempo de inhabilitación será de 6 meses a tres años, pues si rebasa dicho monto la pena podrá ir de 3 a 10 años de inhabilitación.

4.5 PROCEDIMIENTO EN EL ARBITRAJE MEDICO

Los órganos que pueden intervenir en la determinación de las responsabilidades administrativas son básicamente cuatro : las unidades de quejas y denuncias, las contralorías internas, los titulares de las dependencias del Ejecutivo Federal en general y la Secretaría de la Contraloría y Desarrollo Administrativo, en particular.

Respecto a las unidades de quejas y denuncias tenemos que decir, son

oficinas receptoras de los escritos con los que se inician los procedimientos. Estas deben existir en todas las dependencias y entidades de la administración pública.

Por otro lado, las contralorías internas sólo se establecen en las dependencias, ya que la ley no las prevé para los organismos descentralizados o empresas de participación estatal mayoritaria, pues tratándose de dichas entidades actuará la contaloría interna de la dependencia en la que estén coordinados sectorialmente.

La ley no precisa las facultades de estas contralorías internas, pues por ejemplo el artículo 60 señala que tendrán las atribuciones que el artículo 56 otorga a los superiores jerárquicos. Es de suponerse que las contralorías internas tramitan el procedimiento y proponen al superior jerárquico la resolución que corresponda, quien la tendrá que acordar, en los asuntos que no estén reservados al conocimiento de la Secretaría de la Contraloría.

Con el fin de abreviar, la ley habla de superior jerárquico, el cual corresponde, según lo señala el artículo 48, al titular de la dependencia o coordinador sectorial ; en este último caso tratándose de organismos descentralizados o empresas de participación estatal mayoritaria, siempre son los secretarios o los jefes de departamento.

Por último, la Secretaría de la Contraloría y Desarrollo Administrativo es

el más importante organismo para la aplicación de las responsabilidades administrativas.

Las reglas de competencia que señalan los artículos 56 y 58 de la Ley Federal de responsabilidades, se refieren fundamentalmente a las sanciones económicas. En efecto, el apercibimiento, la amonestación, la suspensión (que puede ir de 3 días a 3 meses) y la destitución de servidores públicos de confianza, son impuestas por el superior jerárquico, mismo que tendrá que demandar la destitución de los empleados de base ; por otro lado, la pena de inhabilitación se reserva a un órgano jurisdiccional, el cual no es precisado por la Ley Federal de Responsabilidades, sino que se deja a la legislación pena ; por ello a la Secretaría de la Contraloría corresponde la aplicación de sanciones económicas cuyo monto es superior al equivalente a 100 días de salario mínimo en el Distrito Federal, pues cuando sea inferior a esa cantidad corresponderá a las contralorías internas.

Aquí existe un problema que se debe precisar : el artículo 21 de nuestra ley fundamental señala que la imposición de penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial y que compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consisten en multa o arresto hasta por 36 horas ; si el infractor fuese jornalero, obrero o trabajador, no podrá ser sancionado con multa mayor del importe de su jornal o salario de un día ; a mayor abundamiento la nueva redacción del artículo 22 constitucional, párrafo

segundo, dispone que el decomiso de los bienes en caso de enriquecimiento ilícito en los términos del artículo 109 (responsabilidad de servidores públicos) deberá llevarse a cabo por autoridad judicial. Sin embargo, el artículo 56, fracción VI de la Ley Federal de Responsabilidades, apunta que como las sanciones económicas superiores al equivalente de 100 días de salario mínimo deben ser impuestas por la Secretaría de la Contraloría, sin establecer un límite superior, por ser ésta una dependencia del Ejecutivo evidentemente ello contraría lo señalado en los artículos 21 y 22 de la Constitución.

Caso que el supervisor jerárquico, no demanda la destitución o suspenda a un servidor público, debiéndolo hacer, lo hará la Secretaría de la Contraloría ; lo propio sucede tratándose de responsabilidades de los contralores internos.

Los poderes legislativos y judicial federales deben establecer sus propios órganos y sistemas para poder exigir responsabilidades a sus servidores públicos.

Existe un procedimiento básico establecido por la ley y que es común a la Secretaría de la Contraloría y a las contralorías internas para investigar, determinar responsabilidades y sancionar en su caso a los servidores públicos que hayan incurrido en una causa de responsabilidad administrativa.

Primeramente, haciéndole saber la queja o denuncia, se citará al

presunto responsable a una audiencia de pruebas y alegatos, la cual se llevará a cabo ente los 5 y los 15 días hábiles siguientes. A ella asistirán el servidor público o su defensor y un representante dela dependencia o entidad cuando el procedimiento lo lleve la Secretaría de la contraloría. Se pueden señalar nuevas audiencias si no se hubieran podido desahogar todas las cuestiones en esa primera.

Concluida la instrucción se deberá dictar resolución imponiendo las sanciones que corresponda, dentro de los 3 días hábiles siguientes, la cual se deberá notificar dentro de las 24 horas siguientes al interesado, a su jefe inmediato, al representante de la dependencia o entidad y al superior jerárquico.

De todo lo acutado se levantará acta y se tomará razón en los libros de registro correspondientes que son dos: uno de precedimientos y otro de sanciones, uno de esto últimos setá para inhabilitaciones (la Secretaría de la Contraloría podrá expedir certificados de no existencia de registro de inhabilitación):

En cualquier momento del procedimiento se puede suspender temporalmente al servidor público presunto responsable, así como levantar la suspensión ; pero si finalmente no resultare responsable será restituido en su empleo y cubierto el salario que dejó de percibir.

Para suspender a un servidor público designado por el presidente de la

República se requerirá la autorización de éste, así como del organismo legislativo que lo ratificó, si fuera el caso.

Para el caso de allanamiento del servidor público a la pretensión de responsabilidad administrativa, se declarará resolución de inmediato, imponiendo dos tercios de la sanción económica aplicable y se dejará a salvo cantidad suficiente para cubrir daños y perjuicios así como la restitución del bien mal habido; por lo que respecta a la suspensión, separación o inhabilitación, éstas se dejan a juicio de la autoridad aplicadora.

La ley Federal de Responsabilidades es omisa respecto a la legislación supletoria aplicable en materia de responsabilidades administrativas, cual sí es importante ya que dicha ley es muy parca en materia procedimental ; pensamos se debe aplicar supletoriamente el Código Federal de Procedimientos Civiles.

Respecto a la impugnación de las resoluciones se debe distinguir si fueron suscritas por el superior jerárquico o la Secretaría de la Contraloría. En el primer caso se tiene que agotar un recurso administrativo llamado de revocación y posteriormente impugnado ante el Tribunal Fiscal de la Federación. Tratándose de resoluciones de la Contraloría, el recurso de revocación es optativo, ya que se puede ir directamente al Tribunal Fiscal. Contra la resolución de dicho Tribunal, en ambos casos, queda expedita la vía de amparo (si el agraviado es el servidor público), o el recurso de revisión ante

la Suprema Corte.

El recurso de revocación puede ser interpuesto en un plazo de 15 días, mediante escrito en el que se expresen agravios y se ofrezcan pruebas, al cual se acompañaran las copias necesarias. La autoridad acordará la admisión del recurso y las pruebas, fijando un término de 5 a 10 días para su desahogo, hecho lo cual, dentro de los 3 días siguientes dictará la resolución.

Existe una medida cautelar con el fin de suspender la ejecución de la resolución recurrida ; tratándose de sanciones económicas, se garantizará en los términos de cualquier crédito fiscal y en los demás casos se acordará la medida siempre y cuando se cumplan los requisitos que señala la ley, los cuales son superiores a los exigidos para otorgar la suspensión en el amparo (por lo cual procede irse directamente al amparo).

La prescripción negativa opera a los tres meses si el monto del beneficio obtenido o del daño causado no supera el equivalente a 10 días de salario mínimo o la responsabilidad no fuere estimable en dinero ; por otro lado, si supera esa cantidad, prescribirá en 3 años.

Como puede advertirse, en las fracciones I y V del artículo 47 de la Ley Federal de los Servidores Públicos existen causales que pueden ser atendidos por la vía de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, al respecto, citan textualmente

- I. Cumplir con la máxima diligencia el servicio que le sea encomendado y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o deficiencia de dicho servicio o implique abuso o ejercicio indebido de un empleo, cargo o comisión:

- II. Observar buena conducta en su empleo, cargo o comisión, tratando con respeto, diligencia, imparcialidad y rectitud a las personas con las que tenga relación con motivos de ése.

Al aceptar tanto el usuario como el servidor público someter la controversia a un arbitraje, en apego a Derecho, están renunciando a llevar el asunto a otras instancias, como se citara en párrafos anteriores en laudo arbitral es cosa juzgada, el hecho de que además del laudo, la Comisión se tomará atribuciones que no le confiere el decreto que la creó.

Sin embargo, aun cuando no se establece así en el ordenamiento, la Comisión probablemente, pudiera realizar recomendaciones a las contalorías internas, cuando juzgue que se ha incurrido en una violación a las fracciones, I y V del artículo 47 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

Actualmente, la normatividad vigente de la Comisión no ha establecido sanciones relacionadas con el incumplimiento o rebeldía, situación que debe

enmendarse, quizás, tomando como base las contempladas en la Ley Federal de Protección al Consumidor, se podría llegar a una relativa estandarización en la materia.

El Subcomisionado "B", en los términos del decreto de creación de la Comisión, de acuerdo con el artículo 31, es el responsable de dar seguimiento a los acuerdos, laudos y opiniones de la Comisión y del fungir como representante legal en los procedimientos judiciales y administrativos, hasta mediados de 1998, se desconocen estadísticas o datos relacionados con estas funciones.

4.6 LA COMISION NACIONAL DE ARBITRAJE MEDICO COMO OMBUSMAN DE LA SALUD

La lucha del hombre por sus derechos, ha sido la lucha del hombre contra el Estado; el derecho natural, como se explicara en el punto anterior, pretende defender la libertad e independencia naturales del individuo del abuso del Estado, como parte del contrato social, lo cual ha obligado a las sociedades a buscar un órgano capaz de defenderlo ante las injusticias del Estado, surgiendo el Ombudsman o defensor del pueblo.

El término Ombudsman es de origen sueco y proviene de las palabras ombud que sirve para designar a la persona que actúa como vocero o representante de otra y de man; hombre, en la práctica es el defensor del

ciudadano.

El Ombudsman como institución "... parece remontarse al siglo XVI y al Preboste de la Corona tanto Suecia como en Finlandia, unidas entre sí, tres siglos atrás." Su función fundamental era y es la de vigilar la situación de los funcionarios públicos para defender a los particulares contra el proceder ilegal de la administración pública.

No obstante que tanto en Suecia, Finlandia, Noruega y Dinamarca las Constituciones Políticas o la legislación interna han creado sistemas de recursos administrativos para remediar ciertos yerros administrativos, la institución del Ombudsman o Defensor del Ciudadano está prevista como un mecanismo que coadyuvar al Parlamento a vigilar el cumplimiento de la leyes y el Ombudsman gracias al ejercicio correcto, eficiente y por todos conceptos honorable de las funciones que le son propias; ha mantenido y acrecentado su prestigio, lo cual ha trascendido al extranjero e influido para que se hayan creado instituciones similares.

Jorge Carpizo considera que "...el Ombudsman es un organismo cuyo titular es un funcionario de alto nivel, quien actúa con independencia pero es responsable ante el Poder Legislativo, recibe quejas en contra de autoridades y funcionarios, las investiga y emite recomendaciones y periódicamente rinde un informe público sobre el cumplimiento o no de sus recomendaciones y sugerencias."

En 1962 se instituyó el Ombudsman por primera vez fuera de la península de Escandinavia, en Nueva Zelanda y a partir de esa fecha es una institución que comienza a ser estudiada y discutida en congresos y simposia internacionales y adoptada por países como Gran Bretaña, Canadá, Francia e Italia. Incluso, "...se crea el Instituto Internacional del Ombudsman en la ciudad de Edmonton, Alberta, Canadá que reúne la información de todos los Ombudsmen que existen en el mundo."

Alvaro Gil-Robles, en su oportunidad Defensor del Pueblo (Ombudsman) de España, ha tratado de sintetizar las características generales o más comunes del Ombudsman, ya que la institución, como es natural, cambia de país a país; en su opinión éstas son:

1. Es electo por un cuerpo legislativo constituido democráticamente.
2. No debe ser un hombre político ni de partido, pues la neutralidad política es esencial.
3. Actúa independientemente a toda presión del congreso o Parlamento, así como del Poder Ejecutivo o del Judicial.
4. El ciudadano debe contar con acceso directo al Ombudsman, sin requisitos de abogado, procurador, ni pago de cantidad alguna.
5. La investigación de las quejas las realiza en forma sumaria, es decir, sin formalismos, con acceso directo a la documentación administrativa concerniente al caso.

6. Su competencia abarca el control de las distintas administraciones públicas, federal, estatal y municipal, incluidas la de justicia y la militar.
7. Elabora un informe anual o extraordinario que eleva al congreso con el resultado de sus gestiones, dándose publicidad al mismo y con inclusión en ocasiones de los nombres de los funcionarios especialmente implicados en una mala administración.
8. Tiene un relativo poder sancionador sobre los funcionarios o de propuestas de sanción a los organismos competentes para ello.

Como se hace evidente, el Ombudsman se convierte en los Estados más avanzados, jurídicamente hablando, en el supervisor de los actos de la administración estatal, pudiendo ser cuestionadas las acciones de los tres poderes: Ejecutivo, Legislativo y Judicial que atenten contra los derechos humanos de los ciudadanos, lo cual, coincide con el principal objetivo de los órganos jurisdiccionales, así como de las Organizaciones No Gubernamentales de Derechos Humanos: frenar los actos arbitrarios y violadores de los derechos fundamentales del ciudadano universal.

Para 1995, existían en el mundo los siguientes países con Ombudsman:

- Suecia
- Finlandia
- Nueva Zelanda
- Noruega
- Reino Unido

- Canadá
- Estados Unidos
- Guayana
- Mauricio
- Alemania
- Israel.

En algunos otros países, como en México, se han establecido órganos de apoyo o defensa ciudadana en algunos de los derechos humanos, sin embargo, no cumplen con los tres rasgos del Ombudsman:

- 1) "El Ombudsman es un funcionario independiente y no influido por los partidos políticos, representante de la legislatura, por lo general establecido en la Constitución que vigila a la administración.
- 2) Se ocupa de quejas específicas del público contra las injusticias y los errores administrativos.
- 3) Tiene el poder de investigar, criticar y dar a la publicidad las acciones administrativas, pero no revocarlas.

Es necesario enfatizar que las facultades del Ombudsman rebasan en exceso, las que en el país se otorgan a los Tribunales de lo contencioso Administrativo, puesto que los tribunales sólo se ocupan de aquellos actos de los gobiernos locales en la esfera que corresponde al Ejecutivo, ya sea, Federal, Estatal o Municipal, excluyendo las áreas persecución del delito, laboral, asistencia social, etc., prácticamente sólo resuelven asuntos relacionados con impuestos y licencias. Asimismo, los principales problemas

derivados de los servicios de salud tienen su origen en los institutos de seguridad social, como son el IMSS, ISSSTE, e ISSFAM, de donde se concluye que la Comisión Nacional de Arbitraje Médico debe convertirse en el ombudsman de la salud en protección de la garantía establecida en el artículo cuarto constitucional, es decir, en el defensor del pueblo mexicano en materia de salud.

4.7 PROPUESTA DE REFORMAS

Para poder convertir a la Comisión Nacional de Arbitraje Médico en el Ombudsman se requieren los siguientes cambios:

Constitución Política

El artículo cuarto constitucional estipula, en su párrafo cuarto que:

“Toda persona tiene derecho a la protección de salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI de artículo 73 de esta Constitución...”

Deberá decir:

“Toda persona tiene derecho a la protección de salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI de artículo 73 de esta Constitución.”

En los términos del artículo 102, apartado B de esta Constitución se crearán organismos de protección de usuario en contra de actos u omisiones de cualquier prestador de servicios de la salud, asesorando e integrando los expedientes necesarios para proceder por las vías que corresponda, en defensa se crea la figura de oficio de los usuarios de servicios salud, en los términos que establezca el reglamento respectivo.

El Decreto de Creación de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico cita que:

“Artículo 4°. La Comisión Nacional tendrá las siguientes atribuciones:

- I. Brindar asesoría e información a los usuarios y prestadores de servicios médicos sobre sus derechos y obligaciones ;
- II. Recibir, investigar y atender las quejas que presenten los usuarios de servicios médicos, por la posible irregularidad en la prestación o negativa de prestación de servicios a que se refiere el artículo 3°, de este Decreto ;

- III. Recibir toda la información y pruebas que aporten los prestadores de servicios médicos y los usuarios, en relación con las quejas planteadas y, en su caso requerir aquéllas otras que sean necesarias para dilucidar tales quejas, así como practicar las diligencias que correspondan ;
- IV. Intervenir en amigable composición para conciliar conflictos derivados de la prestación de servicios médicos por alguna de las causas que se mencionan:
 - a) Probables actos u omisiones derivadas de la prestación del servicio ;
 - b) Probables casos de negligencia con consecuencias sobre la salud del usuario, y
 - c) Aquéllas que sean acordadas por el Consejo ;
- V. Fungir como árbitro y pronunciar los laudos que correspondan cuando las partes se sometan expresamente al arbitraje ;
- VI. Emitir opiniones sobre las quejas de que conozca, así como intervenir de oficio en cualquier otra cuestión que se considere de interés general en la esfera de su competencia ;
- VII. Hacer del conocimiento del órgano de control competente, la negativa o tácita de un servidor público de proporcionar la información que le hubiere solicitado la Comisión Nacional, en ejercicio de sus atribuciones ;
- VIII. Hacer del conocimiento de las autoridades competentes, y de los colegios, academias, asociaciones y consejos de médicos, así como de

los comités de ética u otros similares, la negativa expresa o tácita de los prestadores de servicios, de proporcionar la información que le hubiere solicitado la Comisión Nacional. Asimismo, informar del incumplimiento por parte de los citados prestadores de servicios, de sus resoluciones, de cualquier irregularidad que se detecte y de hechos que, en su caso, pudieran llegar a constituir la comisión de algún ilícito ;

- IX. Elaborar los dictámenes o peritajes médicos que le sean solicitados por las autoridades encargadas de la procuración e impartición de justicia ;
- X. Convenir con instituciones, organismos y organizaciones públicas y privadas, acciones de coordinación y concertación que le permitan cumplir con sus funciones ;
- XI. Asesorar a los gobiernos de las entidades federativas para la constitución de instituciones análogas a la comisión Nacional ;
- XII. Orientar a los usuarios sobre las instancias competentes para resolver los conflictos derivados de servicios médicos prestados por quienes carecen de título o cédula profesional, y
- XIII. La demás que determinen otras disposiciones aplicables.

Deberá decir:

“Artículo 4°. La Comisión Nacional tendrá las siguientes atribuciones:

1. Brindar asesoría e información a los usuarios y prestadores de servicios médicos sobre sus derechos y obligaciones ;
2. Recibir, investigar y atender las quejas que presenten los usuarios de servicios médicos, por la posible irregularidad en la prestación o negativa

- de prestación de servicios a que se refiere el artículo 3°, de este Decreto ;
3. Recibir toda la información y pruebas que aporten los prestadores de servicios médicos y los usuarios, en relación con las quejas planteadas y, en su caso requerir aquéllas otras que sean necesarias para dilucidar tales quejas, así como practicar las diligencias que correspondan ;
 4. Intervenir en amigable composición para conciliar conflictos derivados de la prestación de servicios médicos por alguna de las causas que se mencionan:
 - a) Probables actos u omisiones derivadas de la prestación del servicio ;
 - b) Probables casos de negligencia con consecuencias sobre la salud del usuario, y
 - c) Aquéllas que sean acordadas por el Consejo ;
 5. Fungir como árbitro y pronunciar los laudos que correspondan cuando las partes se sometan expresamente al arbitraje ;
 6. Emitir opiniones sobre las quejas de que conozca, así como intervenir de oficio en cualquier otra cuestión que se considere de interés general en la esfera de su competencia ;
 7. Hacer del conocimiento del órgano de control competente, la negativa o tática de un servidor público de proporcionar la información que le hubiere solicitado la Comisión Nacional, en ejercicio de sus atribuciones ;
 8. Hacer del conocimiento de las autoridades competentes, y de los colegios, academias, asociaciones y consejos de médicos, así como de los comités

de ética u otros similares, la negativa expresa o tácita de los prestadores de servicios, de proporcionar la información que le hubiere solicitado la Comisión Nacional. Asimismo, informar del incumplimiento por parte de los citados prestadores de servicios, de sus resoluciones, de cualquier irregularidad que se detecte y de hechos que, en su caso, pudieran llegar a constituir la comisión de algún ilícito ;

9. Elaborar los dictámenes o peritajes médicos que le sean solicitados por las autoridades encargadas de la procuración e impartición de justicia ;
10. Convenir con instituciones, organismos y organizaciones públicas y privadas, acciones de coordinación y concertación que le permitan cumplir con sus funciones ;
11. Asesorar a los gobiernos de las entidades federativas para la constitución de instituciones análogas a la comisión Nacional ;
12. Orientar a los usuarios sobre las instancias competentes para resolver los conflictos derivados de servicios médicos prestados por quienes carecen de título o cédula profesional, y
13. Como un órgano del Derecho Humano a la Salud, CONAMED, creará un cuerpo de defensores del oficio en materia de salud, el cual asesorara a los usuarios de los servicios de la salud en cualquier litigio, penal o común que se presentara.
14. La demás que determinen otras disposiciones aplicables.

CONCLUSIONES.

El arbitraje médico de acuerdo a mi opinión ha surgido simultáneamente en el acontecer del mundo actual, sin que exista a la fecha precisión doctrinaria que especifique lugar o tiempo en que se haya suscitado.

Debe entenderse por negligencia médica lo contrario al cumplimiento del sentido del deber en dicha materia, esto es, la falta de aplicación en el momento adecuado de la pericia, que no es otra cosa que los conocimientos y la capacidad necesaria que se debe tener para el ejercicio de dicha profesión.

El órgano especializado para llevar a cabo el arbitraje médico en nuestro país es la COMISION NACIONAL DE ARBITRAJE MEDICO, surgida en el año de mil novecientos noventa y seis y que tiene por objeto recibir quejas, investigar presuntas irregularidades en la prestación o negativa de prestación de servicios médicos y emitir sus opiniones, acuerdos y laudos, dilucidando siempre en forma amigable y de buena fe los posibles conflictos derivados de la prestación de los servicios de salud.

Los objetivos específicos de la COMISION NACIONAL DE ARBITRAJE MEDICO son brindar asesoría e información a los usuarios y prestadores de servicios médicos sobre sus derechos y obligaciones,

recibir, investigar y atender quejas que presenten los usuarios de los servicios médicos, por la posible irregularidad en la prestación o negativa de la prestación de servicios a que se refiere el artículo tres del decreto que crea dicha comisión, recibir toda información y pruebas aportadas por los servicios médicos y los usuarios en relación a las quejas planteadas, intervenir en amigable composición para conciliar conflictos derivados de la prestación de servicios médicos por probables actos u omisiones derivadas de la prestación de los mismos, negligencias con consecuencias para la salud, así mismo fungir como árbitro y pronunciar laudos, emitir opiniones sobre quejas que conozca, hacer del conocimiento del órgano de control competente, así como de autoridades competentes la negativa de los prestadores de servicios de salud de proporcionar datos o informes, así mismo elaborar dictámenes o peritajes médicos, asesorar gobiernos de las entidades federativas para la constitución de sus propias comisiones.

Los pasos que sigue la COMISION NACIONAL DE ARBITRAJE MEDICO para emitir una opinión de tal carácter se resumen de la siguiente manera:

La resolución que pone fin al arbitraje médico recibe el nombre de LAUDO que significa la decisión o fallo dictada por los árbitros o los amigables componedores en los asuntos que se someten a su conocimiento, lo cual equivale en materia civil a la sentencia.

El arbitraje médico puede traer como consecuencia que al resolver en el laudo, o bien, absuelva de responsabilidad, o bien, declare la responsabilidad del médico.

El juicio de responsabilidad debe ser consecuencia necesaria e inmediata de la resolución que al respecto emita la COMISION NACIONAL DE ARBITRAJE MEDICO, dicha responsabilidad se toma con carácter de administrativa, o bien penal, según las circunstancias del caso en cuanto a la dependencia del médico en su actuar.

Al encontrarse responsable el médico en el ejercicio de su conducta, en mi opinión, cabe la posibilidad de que se intente en contra de éste o la institución a la cual pertenezca el juicio ordinario civil de pago de daños y perjuicios.

Debemos entender por daños y perjuicios lo siguiente

La COMISION NACIONAL DE ARBITRAJE MEDICO debe entenderse, según mi opinión, como el ombudsman de la salud, en razón de que gracias a éste puede lograrse el decoro ético del ejercicio de la profesión que nos ocupa y la disminución en lo posible de acontecimientos que pongan en peligro la salud y la vida misma del individuo.

Propongo reformar el artículo cuarto constitucional a efecto de que a la COMISION NACIONAL DE ARBITRAJE MEDICO se le considere

realmente como el ombudsman de la salud.

México debe necesariamente encontrarse a la par de las medidas que se tomen por organismos internacionales como es el caso de la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, en el aspecto del arbitraje médico y la repercusión social que imprime su necesidad de perfeccionarse día con día en nuestra sociedad.

BIBLIOGRAFIA**OBRAS.**

AGUIAR DE DIAZ, José,

La responsabilidad civil.

México, Cajica, 1978,

ALCALA ZAMORA, Aniceto,

Proceso, autocomposición y autodefensa,

México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1980,

BECERRA BAUTISTA, José,

El proceso civil en México,

México, Porrúa, 1990,

BEJARANO SANCHEZ, Manuel,

Obligaciones civiles,

México, Haría, 1989,

BRISEÑO SIERRA, Humberto,

El juicio ordinario civil,

México, Trillas, 1991, volumen 1.

CANO LLOPIS, Manuel,

Introducción al estudio del derecho comparado,

Honduras, Universidad Nacional Autónoma de Honduras, 1969,

CARPIZO MCGREGOR, Jorge,

Derechos humanos y ombudsman,

México, Comisión nacional de derechos humanos, 1992.

CHAVEZ, Antonio,

Derecho civil,

México, Herrero, 1973,

CHAVEZ, Ignacio,

México en la cultura médica,

México, Colegio Nacional, 1947,

CHIRINO CASTILLO, Joel,

Derecho civil III,

México, S.E.I., 1986,

DESPONTIN, Luis A.,

El derecho a la salud,

Bolivia, Revista de estudios jurídicos, políticos y sociales, junio 1961,

DIAZ LUIS, Miguel,

Instrumentos administrativos fundamentales de organizaciones internacionales,

México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1980,

FERNANDEZ DEL CASTILLO, Francisco, y Alicia Hernandez Torres,

El tribunal del protomedicato en la Nueva España,

México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1965,

GARRISON, Charles,

Breve historia de la medicina,

España, Guadarrama, 1976,

GIL-ROBLES, Alvaro,

El defensor del pueblo en España,

España, Real academia de derecho española, 1991,

GOMEZ LARA, Cipriano,

Teoría general del proceso,

México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1979,

MAZEAUD-TUNC,

Daños y perjuicios derivados del divorcio,

Argentina, E.B.A., 1988,

MUÑOZ, Eugenio,

Recopilación de las leyes, decretos, pragmáticas reales y acuerdos del real
protomedicato,

España, Bordazar, 1946,

PALLARES, Eduardo,

Diccionario de derecho procesal civil,

México, Porrúa, 1991,

PASTOR ALMANZA, José M.,

Derecho a la seguridad social,

España, Tecnos, 1981,

PINA VARA, Rafael de,

Derecho civil mexicano,

México, Porrúa, 1992,

PIÑA Y PALACIOS, Javier,

Derecho procesal penal,

México, Porrúa, 1984,

POOR, Henry V.,

Law and professionals,

Estados Unidos Americanos, Universidad de Yale, 1989.

ROSEN, George,

De la policía médica a la medicina social,

México, Siglo XXI, 1990,

ROSINSKI, Edwin,

Necesidades y dilemas,

Organización mundial de la salud, Salud mundial, 1970,

ROWART, Donald,

El ombudsman,

México, Fondo de cultura económica, 1981,

RUIZ MORENO, Aníbal,

La medicina en la legislación medioeval española,

Argentina, El ateneo, 1976,

SANCHEZ COLIN, Guillermo,

Derecho mexicano de procedimientos penales,

México, Porrúa, 1993,

SOBERON ACEVEDO, Guillermo,

El derecho a la salud en el derecho comparado,

México, Secretaría de salud, 1986,

SOBERON ACEVEDO, Guillermo,
La salud en México,
México, Fondo de cultura económica, 1990,

SUJIYAMA, Naojiro,
Ensayo de una concepción sintética del derecho comparado,
México, 1941.

VILLANUEVA, Aquilino,
Historia de la medicina y desarrollo de la urología en los países
occidentales,
México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1986,