



JUSTICIA

ISSN impreso 0124-7441
ISSN digital 2590-4566

Reflexiones en torno a la necesidad de fortalecer la cultura de la conciliación y el arbitraje médico en Colombia

Reflections on the need to strengthen the culture of conciliation and medical arbitration in Colombia



Jose Guadalupe Steele Garza

Universidad Autónoma de Nuevo León, México
steele.jose@gmail.com



Carmen Chinchilla Oñate

Universidad del Atlántico, Colombia
carmenc8@yahoo.com

Recibido: 07 de noviembre de 2019 / **Aceptado:** 14 de febrero de 2020
<https://doi.org/10.17081/just.25.38.4366>

Resumen

El conflicto médico ha estado presente en la historia de la humanidad desde las culturas más antiguas, lo cual ha generado desequilibrio constante en las relaciones médico-paciente, quienes por tradición, tienen que enfrentarse a extensos debates procesales ante las autoridades judiciales para desatar sus controversias. Para nadie es un secreto que los despachos judiciales se encuentran saturados y, muchas ocasiones, no se llega a un resultado favorable que equilibre las relaciones entre las partes, ocasionando un mayor distanciamiento entre el ejercicio de la medicina y la sociedad. Se debe recurrir entonces a otro medio de justicia constitucional, a partir de los Métodos de Resolución de Conflictos, para dar respuesta positiva a las expectativas de las partes en los extremos de la relación conflictiva originada en la actividad médica y prestación de los servicios de salud, que logre descongestionar la administración de justicia y, además, genere la solución definitiva a la problemática mencionada.

Palabras clave: conflicto médico, responsabilidad médica, métodos alternos de resolución de conflictos, administración de justicia, arbitraje, conciliación.

Abstract

The medical conflict has been present in the history of humanity from the oldest cultures, which has generated constant imbalance in doctor-patient relations, who by tradition, have to face extensive procedural debates before the judicial authorities to unleash their controversies. It is not a secret that courts are saturated and, several times, a favorable result that balances relations between the parties is not reached, causing a greater distancing between the practice of medicine and society. We must then resort to another instrument of constitutional justice, based on Conflict Resolution Methods, in order to respond positively to the expectations of the parties at the extremes of the conflictive relationship from medical activity and the provision of health services, that manages to decongest the administration of justice and, in addition, to generate the definitive solution to the mentioned problem.

Keywords: medical conflict, medical responsibility, alternative methods of conflict resolution, administration of justice, arbitration, conciliation.

Como citar:

Chinchilla Oñate, C., & Steele Garza, J. G. (2020). Reflexiones en torno a la necesidad de fortalecer la cultura de la conciliación y el arbitraje médico en Colombia. *Justicia*, 25(38), 13-24. <https://doi.org/10.17081/just.25.38.4366>

I. INTRODUCCION

Los conflictos alrededor del ejercicio de la medicina se han suscitado de manera constante a lo largo de la historia de la humanidad, adquiriendo características particulares en diferentes períodos y grupos sociales, pero generando el mismo distanciamiento entre lo que se considera que el ser humano es capaz profesional y científicamente de hacer para prevenir o tratar una patología específica o, para erradicar una enfermedad particular o general, y, lo que efectivamente es posible realizar para preservar la salud de las personas. Es común preguntarse si los resultados que se esperan del ejercicio de la medicina se encuentran al alcance del conocimiento experiencial de sus operadores, de tal forma que pueda advertirse sin lugar a dudas, cuándo una práctica médica se aleja de lo que los dictados de la medicina prescriben y de lo que las obligaciones profesionales exigen o, si por el contrario, las posibilidades del conocimiento humano en la ciencia de la medicina son limitadas y no puede evitarse, a pesar de los esfuerzos realizados, el resultado adverso que se deplora.

Esta es una discusión general que ha terminado por polarizar indefinidamente, las relaciones entre los pacientes que requieren atención y quienes tienen el oficio de procurar el restablecimiento de su salud. En el derecho contemporáneo, tanto la doctrina como la jurisprudencia, han aportado abundantes y diversas interpretaciones acerca de los alcances, contenidos, particularidades y posibles consecuencias de las acciones relacionadas con el acto médico, resultando de ello una diversidad de criterios muchas veces discordantes, que han contribuido tanto a acentuar la desconfianza de los usuarios frente al sistema de salud, como a la adopción de actitudes defensivas en su práctica, por parte de los profesionales de la medicina.

Diversas culturas han intentado, desde la antigüedad, en desarrollo de sus reglas de organización y necesidades propias de su época, establecer unos parámetros normativos para la regulación de las prácticas médicas y, especialmente, para determinar las condiciones jurídicas base de la responsabilidad de los operadores de la salud, frente a los resultados adversos de su actividad. Aspectos determinantes de tal responsabilidad, como la variante de la culpa, reputada como impericia, tienen su origen en el Derecho Romano, en el que se distinguen varias conductas del médico contrarias al compromiso con su comunidad, antes, durante y después de su intervención con el paciente. Pueden encontrarse así mismo, elementos de la obligación médica y los consecuentes castigos por su inobservancia, bien sea corporales o indemnizatorios, en textos más antiguos como en el Código de Hammurabi, así también en el Levítico y el en Libro Sagrado de los Vedas. (Arias, 2014)

De manera que, el tema de la responsabilidad médica, afín a todas las sociedades en las diversas épocas, ha recibido innumerables definiciones jurídicas y aportes de variadas doctrinas y profusa jurisprudencia, para intentar conjurar las controversias que en gran número se presentan, alrededor de un aspecto vital del ser humano cual es la salud. Como derecho constitucional fundamental autónomo, la salud ha precisado de una coherente definición en términos no sólo de asegurar la garantía de su prestación oportuna y adecuada, sino de su protección efectiva frente a los riesgos latentes o a los daños sufridos, que resultan ajenos a su elevada valoración jurídica. El derecho a la salud de las personas entraña, más que la ausencia de alteración física, biológica o psíquica, su relación estrecha con otros derechos fundamentales, como el de la dignidad, el de la comunicación vital, y de otros derechos esenciales, tales como la atención preventiva, el diagnóstico efectivo, el tratamiento oportuno, etc. (Sentencia T-154, 2014). El reconocimiento de la fundamentalidad de su condición constitucional y su carácter de función pública esencial del derecho a la salud, ha sido reglamentado en nuestro derecho, a través de la Ley 1751 de 2015 o Ley Estatutaria de Salud.

Es por ello, que se ha pretendido determinar jurídicamente de manera eficaz lo que resulta contrario a la esencia del derecho fundamental y que provoca amenaza o lesión física, psíquica o biológica a las personas; se ha procurado así mismo, interpretar los contenidos de la respuesta desde el derecho, frente a las reclamaciones sobre daño a la salud por parte de los operadores autorizados, como consecuencia de la imprudencia, negligencia o impericia, manifestada a través de la ausencia o limitado acceso a la atención médica oportuna; la falta o error en el diagnóstico, de procedimientos médicos o quirúrgicos errados, el incumplimiento de protocolos y guías médicas, esperas injustificadas en la atención, fallas en la debida atención y cuidado por parte de los profesionales o instituciones de salud, inadecuado manejo de la historia clínica, el oblitio quirúrgico como mala ejecución de los cuidados médicos o quirúrgicos, etc.

Sin embargo, los resultados adversos al acto médico se siguen produciendo, incrementando el número de inconformidades de los afectados. En artículo publicado en 2016, recogiendo resultados de análisis realizado por el Programa de Enfermería de la Universidad de la Sabana, se expresa que anualmente en Colombia mueren 180.000 personas debido a errores humanos consistentes con procedimientos quirúrgicos errados y en general, debido a negligencia médica. Dentro del estudio se resalta el hecho de que la población infantil y la de los mayores adultos, son las afectadas más frecuentes. Considera la autora de la investigación mencionada, que de los casos médicos adversos, el 80% se podría haber evitado y menciona además, como causas del elevado volumen de decesos, los accidentes durante la prestación del servicio, la administración deficiente de medicamentos, inconvenientes con los equipos e instrumentos médicos, elementos quirúrgicos olvidados dentro de la humanidad de los pacientes, etc. (Universidad de la Sabana, 2016).

El listado de quejas y reclamaciones por concepto de daños sufridos por la actividad médica cada año es elevado. Solamente a nivel de quejas, peticiones y reclamos en relación con los servicios en el área, la Superintendencia de Salud, dentro del servicio de inspección, vigilancia y control del Sistema General de Seguridad Social en Salud que le compete, junto con la obligación de protección al usuario de la organización, presentó informe sobre el número de peticiones, quejas, reclamos y denuncias de los usuarios, entre el 1º de enero de 2018 y el 15º de enero de 2019, correspondiendo al 59% del total de impetraciones, las cuales fueron de 588.244 en dicho período. (Supersalud, 2019).

Pero la responsabilidad médica y consecuente obligación derivada de reparación integral por daño a la salud, se ha comprendido de forma errada en muchas ocasiones, y por tanto, radicada exclusivamente en la actividad considerada como autónoma que realiza el personal sanitario relacionado directamente con el paciente, sin examinar las competencias atribuidas a las entidades adscritas al Sistema de Seguridad Social en Salud, Ley 100 de 1993. En efecto, la prestación de los servicios de salud obedece a una política institucional para brindar cobertura en atención a todos los asociados, en cumplimiento de la función pública contenida en el artículo 49 de la Constitución Política. Sin embargo, a pesar de que la atribución descansa en la actividad propia del Estado Social de Derecho, la generalidad de los servicios del ramo se ha delegado en la actividad particular representada en entidades prestadoras de salud EPS, las que a su vez contratan a las instituciones prestadoras de salud, IPS, en las cuales se desarrollan procesos complejos, orientados a la prevención, atención y rehabilitación de su población afiliada. Es frecuente en la práctica, observar cómo se rompen los eslabones de la cadena que hila tales procesos, demandando entonces mayor atención en la responsabilidad de uno o varios de los operadores del sistema.

Desde la perspectiva de los profesionales de la medicina, los descontentos también se expresan con frecuencia, frente a las afiliaciones masivas que realiza el Sistema General de Seguridad Social en Salud y la distribución de las numerosas poblaciones entre las distintas EPS, para que intervengan en la prevención, atención y rehabilitación de su salud. La medicina es un contrato intuitu persona, y cuando se aplica el

manejo de la atención médica en serie, se produce con más frecuencia el error, el cual puede calificarse como imprudencia o negligencia y hasta impericia. (Forero Obregón, 2019)

El lenguaje jurídico en torno al conflicto médico y a la búsqueda consecuente de la reparación integral por parte de los afectados, se ha traducido tradicionalmente en la rutina de acudir al aparato jurisdiccional para dirimir las controversias, de cuyo ejercicio se desprende en muchos de los casos, el recurrente testimonio de insatisfacción frente a las actuaciones procesales interminables, a veces indefinidas y los rituales probatorios dispendiosos. Se trata de un sistema judicial saturado y por consiguiente lento, que no define en incontables ocasiones las competencias ni los derechos involucrados en las controversias, lo cual pone en riesgo la seguridad jurídica, amplificando por tanto los conflictos y las incertidumbres frente a la respuesta que se espera.

Pero es importante destacar el perfil constitucional de los Métodos Alternos de Resolución de Conflictos, sobre los cuales las partes involucradas en las controversias en salud no suelen hacer uso. Es por esto que se promueve su implementación como procedimiento autónomo, para que el conflicto pueda solucionarse de manera ágil, proporcionando satisfacción a las partes y armonizando las relaciones entre los profesionales de la medicina y los usuarios del sistema de salud. La aplicación de los Métodos favorece la efectividad de los fines constitucionales como el de la convivencia pacífica. Así mismo, garantizan la gestión directa de los interesados en la resolución de sus conflictos, constituyen una de las formas de hacer efectivo el derecho de acceso de todas las personas a la administración de justicia y a su vez, contribuyen a la descongestión judicial. (Sentencia C-222, 2013)

De manera que el alto grado de judicialización del conflicto y su consecuente repercusión en el fenómeno de la congestión de la administración de justicia, constituye el fundamento esencial para que se proponga la viabilidad de los MASC, los cuales transforman las controversias hacia su forma heterocompositiva mediante la gestión directa de las partes en su resolución. (Djanon , Isaza , & Navarro, 2017)

II. LAS VICISITUDES PROCESALES DEL CONFLICTO MEDICO

Ahora bien, el cúmulo de quejas, reclamaciones, denuncias y demandas por los perjuicios que consideran haber sufrido los usuarios como consecuencia de la prestación de los servicios de salud, reciben diferente trámite de acuerdo con el tipo de conflicto de que se trate y, en razón de la autoridad judicial o administrativa competente para dar trámite a la correspondiente solicitud. El ciudadano dispone de varias acciones, en su mayoría señaladas constitucionalmente en su artículo 116, para dirimir las controversias en el área:

- ⇒ Demanda ante la Jurisdicción Civil en proceso de responsabilidad médica contractual o extracontractual.
- ⇒ Denuncia ante la Jurisdicción Penal en proceso por delitos imputables al personal de la salud, homicidio o lesiones personales, en modalidad de culpa o incluso dolo.
- ⇒ Demanda ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa en ejercicio del medio de control de reparación directa por error o falla en el servicio médico, cuando se trate de entidad de salud o profesional médico al servicio del estado.
- ⇒ Demanda ante la Superintendencia Nacional de Salud, a la cual le fueron atribuidas facultades jurisdiccionales en virtud de la Ley 1122 de 2007, reglamentada parcialmente por el Decreto Nacional 313 de 2008, Modificada por el art. 36, Decreto Nacional 126 de 2010 y, para tramitar y decidir en derecho, procesos administrativos de carácter preferente y sumario, sobre controversias entre las EPS y los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

- »» Demanda ante el Tribunal Nacional o Seccional de Ética Médica, en proceso disciplinario ético profesional, conforme a la Ley 23 de 1981.
- »» Demanda en ejercicio de la Acción Constitucional de Tutela, artículo 86 CP, para protección de los derechos constitucionales fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de personal adscrito al Sistema General de Seguridad Social en Salud.
- »» Conciliación extrajudicial, de acuerdo con la Ley 640 de 2001.
- »» Tribunal de arbitramento, Ley 1563 de 2012.

Además de las acciones anteriores, ante las personerías distritales y municipales en todo el país, se presentan a diario cientos de quejas de los usuarios del sistema de salud. Nada más en el Distrito de Barranquilla, de acuerdo con informe suministrado a los medios de comunicación el 29 de noviembre de 2018, por el Representante del Ministerio Público en esta entidad territorial, desde el mes de enero de ese año y hasta la fecha mencionada, la Personería Distrital había recibido un total de 18.000 quejas de los usuarios contra las EPS, principalmente debido a la falta de atención oportuna, la no entrega de medicamentos prescritos, la suspensión de los tratamientos médicos y quirúrgicos y la dilación en la asignación de citas (caracol.com.co, 2018).

En el seguimiento que realiza la Personería Distrital, se atiende de manera directa cada caso frente a la entidad de salud contra la cual actúa la queja y en eventos en los cuales no se puede resolver inmediatamente, los usuarios pueden recurrir a la Acción de Tutela, con el fin de proteger su derecho fundamental que está siendo vulnerado. Sin embargo, la Oficina de Coordinación Salud de la Personería, traslada al Tribunal Regional de Ética Médica las quejas referidas a la conducta profesional de personal médico, sin perjuicio de las acciones judiciales que puedan impetrar quienes se estiman afectados.

En tratándose de la salud, esta resulta una temática en extremo sensible en razón a su naturaleza como derecho fundamental de manera autónoma y objeto, por tanto, de especial protección a través de mecanismos judiciales de defensa idóneos y expeditos, reiterado así por la Corte Constitucional en su evolución jurisprudencial, como resultado de la interpretación de la doctrina y de las normas convencionales internacionales (Sentencia T-100, 2016). Por tanto, las consideraciones jurídicas y las relacionadas con los intereses esenciales del ser humano para procurar su protección y defensa junto a la vida misma, deben ocupar el escaño principal en el interés general para alcanzar su garantía plena. En este aspecto, y en relación con el ejercicio de la acción de tutela para la protección inmediata del derecho fundamental a la salud, de acuerdo con informe del Consejo Superior de la Judicatura, en Colombia las tutelas en dicho ramo representaron el 25.68% del total de tutelas en el año 2016, el 34.34% en 2017 y el 32.22% en 2018 (CSJ, 2019). Se trata en su mayoría de inconformidad en los servicios a cargo de las entidades prestadoras de salud. El Consejo Superior no recoge datos de períodos anteriores.

Se reitera de manera constante, la congestión y lentitud de los procesos en las instancias judiciales mencionadas y la consecuente frustración de los afectados con el servicio médico que consideran inadecuado por haber sufrido un daño, sobre el cual no alcanzan una justa reparación. Igualmente, para el operador de la salud resulta un ejercicio angustiante en el que se pone en escrutinio y aprensión su trayectoria profesional. Todas las actuaciones judiciales señaladas constituyen además, una carga adicional en el ánimo de los involucrados en el conflicto, consistente en el tratamiento impersonal y polarizador que generan las actuaciones procesales, en las cuales, además de extenderse en el tiempo, no presentan a las partes oportunidades de obtener la confianza necesaria para encontrar conjuntamente un espacio de reflexión en cuanto a posibles puntos de encuentro de sus pretensiones mutuas.

III. LAS CONTROVERSIAS JURIDICAS Y JURISPRUDENCIALES EN TORNO AL CONFLICTO MÉDICO Y SU CARGA PROBATORIA

Es necesario mencionar igualmente, que los principales elementos relacionados con los conflictos médicos han sufrido importantes debates jurídicos y han sido objeto de profundas transformaciones doctrinarias y jurisprudenciales. Temas como las consideraciones acerca de la carga de la prueba, estática o dinámica; la determinación de la responsabilidad médica a partir de la discusión sobre el tipo de obligación, de medio o de resultado; la distinción contractual o extracontractual del vínculo jurídico donde se origina el conflicto; la manifestación de voluntad del afectado; la carga dinámica de la prueba, el consentimiento informado, los presupuestos jurídicos de la *Lex artis*, etc.

De los temas más polémicos en torno al conflicto médico, es aquel que pretende zanjar sin éxito la controversia sobre la definición de la naturaleza de la relación jurídica entre paciente y operador de la salud, llámese institución prestadora, médico, personal de cuidado y atención, etc. La precisión que pretende hacerse, es para determinar si la responsabilidad médica es de medio o de resultado, lo cual ha sido motivo de considerables discusiones desde la doctrina y la jurisprudencia.

Uno de los puntos de interés jurídico se sitúa desde el origen de la obligación médica, si esta ha sido fruto de pacto previo entre las partes, o, si se desprende de la exigencia de actuar con diligencia para prevenir el daño que pueda ser causado a otro; en ambos eventos, la prestación puede predicarse tanto de medio como de resultado. A este respecto, el Consejo de Estado (Sentencia 31182, 2014) se ha referido reiterando tesis anteriores en el mismo sentido, a la obligación contractual de medio del prestador médico, en cuyo caso se requiere la prueba del incumplimiento de dicha prestación para endilgar la culpa en el servicio de salud, lo cual recae en cabeza del afectado.

En la misma providencia se observa, que el máximo ente juzgador en lo administrativo, llama la atención acerca de la responsabilidad extracontractual médica, la cual, como consecuencia, impone la carga de acreditar la diligencia y cuidado al operador de salud, lo que resulta asequible desde su ejercicio habitual, pues tiene a su cargo los conocimientos técnicos y especializados para satisfacer cualquier inquietud acerca de los elementos de su conducta profesional.

También la Corte Suprema de Justicia se ha referido en numerosas ocasiones sobre el particular, al respecto de la responsabilidad civil médica, la cual supone que es a partir de la celebración del contrato de prestación de servicio médico catalogado bien sea como obligación de medio, como de resultado, que se asume el deber jurídico de brindar asistencia profesional en el sentido ofrecido, lo que implica probar la relación causal adecuada entre la conducta desplegada y el resultado obtenido. (Sentencia 174, 2002). La Corporación aclara en este punto, que, como caso excepcional, se presume la culpa derivada de la necesidad de cumplir lo pactado en el contrato, en cuyo caso, en estricto sentido se habla de obligación de resultado.

Tal como lo establece la Corte Suprema de Justicia en abundante doctrina, la diferencia entre las obligaciones de medio y de resultado, se establece a partir de la necesidad de solucionar los conflictos en relación con la culpa de origen contractual o extracontractual y sus medios de prueba. El núcleo principal del asunto, radica en establecer cuándo la relación jurídica entre el operador médico y el paciente, calificada como de medio, pasa a ser de resultado. (Sentencia C7110, 2017). De manera que surge la obligación de responder, a cargo del operador de la salud, derivada o no de un contrato, cuando la conducta censurada es realizada con culpa.

En materia probatoria, los conflictos que se debaten en sede judicial, cuentan con el apoyo de peritos técnicos expertos en salud, de la lista de auxiliares de la Justicia o del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses o, eventualmente, por parte de asociaciones científicas particulares. De acuerdo con la Corte Suprema de Justicia, en el dictamen médico legal se realiza la valoración de un examen o procedimiento médico, de la utilidad de un medicamento, de un manejo clínico o posoperatorio, de una historia clínica, de un concepto científico y sobre otros elementos que se manifiestan en la relación operador de la salud-paciente, en la cual se requiere aclarar o precisar aspectos rigurosamente relacionados con la medicina, por parte de quien posee la competencia técnico científica que solamente se aprende en la formación médica. (Sentencia SP7740 , 2016).

Además de lo anterior, sobre el lenguaje médico en estricto sentido y ajeno al conocimiento de la parte afectada, existe dificultad probatoria en el deber de acreditar procesalmente la impericia, negligencia o imprudencia del operador médico, por parte del afectado o de sus familiares, pues bajo el amparo jurídico sobre el riesgo que entraña la actividad médica por ser en general actividad de medio, excepcionalmente de resultado, por una parte, y, en la habitual denuncia de parcialización de los peritos técnicos en la revisión de los elementos probatorios por la otra, estos procesos resultan en extremo prolongados y por lo general, no logra llegarse a una solución que dirima por completo el conflicto de intereses generado en los servicios de salud. En la mayoría de los casos, los pacientes consideran que no se hace justicia y que la confrontación de las fuerzas opuestas en los procesos judiciales no es equilibrada.

Desde el punto de vista de los profesionales de la salud, estos expresan que resulta inequitativo para el gremio, que se haya interpretado el deber probatorio en los procesos de responsabilidad médica desde la aplicación del principio de la carga dinámica de la prueba, pues se les obliga a acreditar condiciones que para ellos son muchas veces complejas y escapan a su dirección. A pesar de que como se ha mencionado, tanto en los eventos de responsabilidad objetiva, como los de responsabilidad subjetiva, esto es, si se refiere el conflicto a obligaciones de resultado o de medio respectivamente, se debe demostrar la culpa, el daño y el nexo causal; eventos en los que se obliga igualmente al médico a probar su diligencia y cuidado.

IV. LA NECESIDAD DE LOS MASC APLICADOS AL CONFLICTO MÉDICO

Se plantea la necesidad de acudir en la búsqueda de otros mecanismos jurídicos para reconciliar los ánimos contenciosos de las partes y transformar por completo la cultura del conflicto médico en Colombia; ya que, por lo general, las partes involucradas en estas controversias, no tienen conciencia de los beneficios que les aportan los Métodos Alternos de Resolución de Conflictos. A pesar de que el Artículo 116 de la Constitución Política establece que el conciliador y el árbitro poseen las facultades de los administradores de justicia y de que la implementación del sistema jurisdiccional alternativo posee abundante sustento legal, no existe un solo centro de conciliación y arbitraje en el País especializado en conflicto médico. Las 51 cámaras de comercio existentes en Colombia ofrecen los servicios de sus centros, especialmente a los comerciantes a los cuales agrupan en su calidad de empresarios; aun así, el tipo de conflicto que mencionamos no es objeto litigio ante el tribunal de arbitramento.

De acuerdo con un artículo de investigación que recoge información de procesos por responsabilidad profesional entre el 1 de enero de 2006 y el 31 de diciembre de 2010, publicado en SciELO Colombia, Revista Colombiana de Anestesiología, el 59% de los casos estudiados, correspondía a procesos penales, el 22% a procesos contencioso administrativos, el 11% a procesos civiles, el 2% a procesos ético disciplinarios y el 6% a otros, sin especificar. (Tamara, Jaramillo, & Muñoz, 2011). Valga mencionar que el estudio no comprende

información sobre cualquier tipo de mediación que se hubiera intentado en las contiendas jurídicas sistematizadas, para solucionar las diferencias en los conflictos examinados en el estudio.

En cuanto a la práctica de la conciliación, la entidad Protección Médico Integral PMI, asociación que presta servicios de asesoría legal en procesos de responsabilidad médica a los profesionales de las diferentes ramas de la salud en todo el país, presenta en informe de actuaciones surtidas en conflicto médico entre los años 2010 y 2018, la celebración de 12 acuerdos conciliatorios extrajudiciales en centros de conciliación, entre cientos de conflictos atendidos; es decir, alrededor del 1.8% de los casos comprendidos en el período señalado (PMI, 2019).

Resulta evidente pues, que una vez generado el conflicto con ocasión de la actividad en salud de que se trate, las personas que se consideran perjudicadas prefieren acudir a las instancias judiciales a fin de dirimir la controversia; y, a pesar de que la ley 640 de 2001 obliga a realizar la conciliación extrajudicial en derecho y en algunos asuntos en equidad, como requisito de procedibilidad antes de iniciar la acción judicial en ciertos casos, este trámite se ha convertido en un ritual para cumplir con el requerimiento e iniciar el respectivo proceso, sin siquiera intentar un modo de concertación frente al problema.

La experiencia judicial nos muestra que las expectativas de los afectados por la actividad médica van disminuyendo, a medida de que avanzan de manera muy lenta los procesos, pues en muchas oportunidades la demanda es inadmitida y debe corregirse; en otros casos, la notificación al demandado toma más tiempo del necesario; la fijación de las fechas para audiencia inicial se extienden durante interminables meses en no pocas oportunidades; la etapa probatoria en la mayoría de los casos se convierte en una experiencia angustiante, muchas veces fragmentada y siempre incierta. En general, se puede afirmar que el ejercicio procesal en este tipo de conflicto genera el deterioro físico y emocional de las partes involucradas, lo mismo que, el desgaste innecesario del aparato jurisdiccional.

Por otra parte, Los métodos alternos para la solución de los conflictos médicos, constituyen una solución real frente a los efectos de la impetración de la justicia. (Gorjón & Steele, 2012). En relación con la Teoría de la impetración de la Justicia, esta se fundamenta en la necesidad de implementar los MASC, como recurso para la modernización de la justicia en pro de su impartición y procuración, como alternativa no privativa del poder judicial (Gorjón G. F., 2015).

Por lo tanto, se hace necesario utilizar otro de los recursos constitucionales de la Administración de Justicia, representado en los conciliadores y árbitros, con el fin de alcanzar la justicia pronta, cumplida y eficaz que se espera, a través de los métodos alternativos, sobre los cuales el estatuto constitucional, ha instituido las competencias, facultades de decisión y procedimientos, por demás expeditos, para asegurar a los asociados la pronta y cumplida administración de justicia a través de estos mecanismos para resolver de manera imparcial, responsable, ágil, eficiente y eficaz, las controversias que sean susceptibles de tramitarse por esta vía transitoria y excepcional, que complementa armónicamente el aparato judicial, ampliando su ámbito orgánico y funcional (Sentencia C-222, 2013). El acceso mismo de los particulares a la función pública de la Administración de Justicia es un derecho fundamental. Igualmente, la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia, modificada por la Ley 1285 de 2009, consagró la potestad para establecer mecanismos alternativos al proceso judicial, para darle solución a los conflictos entre los asociados, distinguiendo específicamente a los conciliadores y a los árbitros.

En cuanto al mecanismo alternativo de la Conciliación, la Ley 446 de 1998 define su objeto, efectos y clasificación, como instrumento de autocomposición, de carácter preventivo y no constituye actividad judicial en estricto sentido. Es el legislador el que organiza el acceso, trámite, competencia y atribuciones

para las partes. La Ley 640 de 2001 introduce modificaciones relativas a trámites, facultades y deberes de las partes y sus apoderados, y establece las pautas legales para el desarrollo de las clases de conciliación judicial y extrajudicial; así como la conciliación en materia de competencia y de consumo.

En relación con el Arbitramento, la Ley 1563 de 2012 desarrolla el espíritu constitucional del mecanismo, definiendo los principios y reglas que lo rigen, sus clases, el contenido del pacto, las normas sobre creación y reglamentos de los centros, el sistema de control, inspección y vigilancia, la calidad y designación de los árbitros, la integración de los tribunales, etc. Reitera la ley mencionada, la voluntariedad de las partes en la definición de sus controversias y la obligatoriedad en el cumplimiento de la decisión arbitral.

V. EXPERIENCIA DE LOS MASC EN EL SECTOR SALUD, EN MÉXICO.

Como experiencia para destacar en el tema que se desarrolla, se menciona el modelo adoptado en México, cuyo objetivo principal es el de proteger el derecho a la salud y mejorar la prestación de los servicios médicos, a través de la resolución de los conflictos surgidos de la actividad médica y sus procedimientos relacionados. La Comisión Nacional de Arbitraje Médico CONAMED, creada en 1996, ha sido dotada de diversas funciones, como las de dar trámite a reclamaciones, emitir conceptos técnicos, indagar sobre presuntas irregularidades en los servicios, celebrar acuerdos, etc. (Gorjón & Steele, 2012).

Se menciona igualmente la experiencia de Perú en la resolución de los conflictos médicos a través del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud CECONAR, creado en 2010, orientado a gestionar las controversias relacionadas con el sistema de seguridad social en salud (SUSALUD, 2019). Esta entidad cuenta con las facultades legales para administrar el servicio nacional de conciliación y arbitraje en salud (SENACOAS), desarrollando el registro de los centros de resolución especializados en conflictos en salud y supervisando las normas de funcionamiento, así como los perfiles y listados de árbitros y conciliadores (Hidalgo-Salas D, 2016).

A pesar de la experiencia positiva de los modelos anteriores, no se conocen muchos estudios sobre la aplicación de los métodos alternos de resolución en materia de salud, debido a la falta de cultura sobre la aplicación de estos instrumentos y a la preferencia de las partes en conflicto para acudir a las instancias judiciales, motivados por la confrontación, la venganza y eventualmente, en búsqueda de una justa reclamación (Gorjón & Steele, 2012).

VI. CONCLUSIONES

En nuestro medio, la implementación de la conciliación y el arbitraje de manera exclusiva para resolver los conflictos médicos es una necesidad imperante, pues a pesar de los discursos médico-jurídicos y los amplios debates judiciales, no se vislumbra alivio desde la Administración de Justicia, que provea las condiciones para cerrar la inmensa brecha que involucra la posición contradictoria de los pacientes que se sienten indefensos ante la supuesta negligencia médica, frente a los argumentos de la medicina defensiva por parte de los galenos, por la supuesta asimilación de la profesión a una actividad de riesgo o peligrosa.

En Colombia no existe una entidad que desarrolle de manera exclusiva la conciliación y el arbitramento, en las controversias surgidas del acto médico. La Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y Conciliación, facultada mediante los artículos 38 de la Ley 1122 de 2007, 135 de la Ley 1438 de 2011 y 30 del Decreto 2462 de 2013, actúa como conciliadora de oficio o a solicitud de parte, en los conflictos que surjan

entre los vigilados por la entidad administrativa y los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, para lo cual, convoca cada año jornadas de conciliación para propiciar acuerdos entre las partes. Sin embargo, el procedimiento se circunscribe únicamente a los conflictos relacionados con el ejercicio de las competencias del Sistema (Supersalud, 2019).

Por otra parte, en materia de arbitramento, el Sistema de Información de la Conciliación, el Arbitraje y la Amigable Composición – SICAAC del Ministerio de Justicia y del Derecho, clasifica en su registro de datos, la naturaleza jurídica por áreas, de los conflictos sometidos a trámite arbitral en esa Entidad entre los años 2.16 y lo que va corrido del 2019, definiendo los civiles y comerciales, los especiales, los de propiedad intelectual y los contencioso administrativos. Así mismo, identifica los temas específicos dentro de las áreas mencionadas de manera general, sin especificar los conflictos médicos, así: minero; establecimiento de comercio; competencia desleal; controversias contractuales; títulos valores; nulidad y restablecimiento del derecho; sociedades, personas jurídicas de derecho privado; consumo; propiedad industrial; propiedad horizontal; seguros; bienes; contratos; reparación directa y los innominados identificados como “otros” (Minjusticia, 2019).

Sobre el tema del conflicto médico en comento, la Conciliación y el Arbitraje, como métodos alternativos para solucionar los conflictos, se presentan como respuesta inmediata, a través de procedimientos seguros y expeditos, para obtener la confianza de las partes quienes, a través de la intervención de un tercero imparcial en su calidad de conciliador o de la actuación de un árbitro, especializados en asuntos médicos, pueden llegar a un acuerdo sin tener que acudir a la vía judicial por la vía de la actividad preventiva y dando parte de tranquilidad a la comunidad, sobre el acceso y efectividad de mecanismos alternativos a la actividad judicial, dentro de la función de administrar justicia, como lo señala la Constitución Política en su Artículo 116 ya mencionado. Tanto la solución final concertada por las partes en la conciliación, como el fallo del tribunal de arbitramento que pone fin a la controversia, producen efectos de cosa juzgada. (Escudero, 2015).

Como características esenciales de los Métodos Alternos de Resolución de Conflictos y que constituirían en consecuencia un valor determinante para abordar la gestión del conflicto médico desde la conciliación y el arbitraje, se encuentran: la intermediación de las partes en conflicto con las particularidades del mismo y con las herramientas para su gestión en la búsqueda de su solución; relación directa de las partes; satisfacción de los intereses de los involucrados; celeridad en los procedimientos; especialización del área de conocimiento específico; transparencia de las actuaciones; interdisciplinariedad; seguridad jurídica, etc. (Gorjón F. , 2018)

La existencia de una instancia permanente, de interés público y neutral, que no requiera un pronunciamiento formal de sentencia, sino a través de las alternativas para resolver los conflictos, es una manera de hacer realidad los valores y principios como la paz, la armonía, el orden justo, la convivencia, en los cuales se fundamenta el Estado Social de Derecho. (Sentencia C-037, 1996).

La posibilidad que tienen las partes en conflicto, de disponer de su poder de decisión de manera espontánea para acudir en su solución preferentemente a los métodos alternos, en los cuales prevalece la voluntad de las partes, así como su desempeño espontáneo y de conciencia, generan, de acuerdo con la Teoría de la Incoercibilidad, un ambiente pacífico y amistoso, en el deseo de los involucrados, por solucionar su controversia de manera definitiva, viable y duradera. (Steele Garza J. , 2014).

La incoercibilidad, de la cual depende la dinámica, cooperación, fortaleza y éxito de los acuerdos alcanzados por las partes en conflicto, conduce a la recuperación de la armonía y vida en común, lo cual

contribuye igualmente a la recuperación del orden social. (Steele Garza J. G., 2015)

Resultaría sin duda trascendental para generar una transformación positiva en los escenarios del ejercicio médico en Colombia la creación de un centro de conciliación y arbitraje especializado, que permita el acceso de las partes en iguales condiciones para solucionar sus diferencias, compuesto por personal idóneo, dotado además de los medios probatorios técnicos y científicos para tomar determinaciones teniendo en cuenta los asuntos específicos de la actividad y que genere confianza y seguridad entre los usuarios, destrabando en parte la Administración de Justicia a su vez.

Referencia Bibliografía

- Arias, F. J. (2014). Responsabilidad Médica. *Revista Academia & Derecho* 5, 1-20.
- caracol.com.co. (29 de Noviembre de 2018). caracol.com.co. Obtenido de https://caracol.com.co/emisora/2018/11/29/barranquilla/1543519302_361813.html
- CSJ. (27 de Febrero de 2019). Portal servicios de información portal. Obtenido de <https://www.ramajudicial.gov.co/web/consejo-superior-de-la-judicatura/portal/servicios-de-informacion;jsessionid=8E5B922C05E43AC56CBF075137362EC7.worker6>
- D'janon , M., Isaza , C., & Navarro, D. (2017). El arbitraje como cambio de paradigma para la administración de justicia. *Repensando la alternatividad desde la adjudicación del derecho. Avocatus*, 26.
- Escudero, A. M. (2015). *Mecanismos Alternos de Solución de Conflictos*. Bogotá: Leyer.
- Forero Obregón, L. (12 de Abril de 2019). Responsabilidad profesional. (C. Chinchilla, Entrevistador)
- Gorjón, F. (2018). La mediación y los mecanismos alternativos de soluciones de controversias. Definición, principios y características. En F. C. Tirant Lo Blanch. *Coordinadores Gorjón, Manual de Mediación Penal, Civil, Familiar y Justicia Restaurativa* (págs. 21-29). México: Tirant Lo Blanch.
- Gorjón, G. F. (2015). Teoría de la Impetración de la justicia. Por la necesaria ciudadanía. *Comunitaria, Revista Internacional de Trabajo Social y Ciencias sociales*(10), 112-132.
- Gorjón, G. F., & Steele, G. J. (2012). *Métodos Alternativos de Solución de Conflictos*. México: OXFORD University Press.
- Hidalgo-Salas D, O.-P. C.-F.-Ñ.-H. (2016). Mecanismos alternativos para la solución de controversias en el contexto de los derechos en salud. *Rev Peru Med Exp Salud Publica*, 567, 573.
- Manrique, J. I. (2000). ASPECTOS CARACTERISTICOS DE RESPONSABILIDAD MÉDICO LEGAL Revisión de 100 casos Bogotá. Junio de 1999 a Julio de 2000 . Meido-Legal online, 1-28. Obtenido de http://www.medicolegal.com.co/pdf/esp/2000/6/3/act_med_leg_2_v6_r3.pdf
- Minjusticia. (14 de Mayo de 2019). Ministerio de Justicia y del Derecho. Obtenido de <https://www.sicaac.gov.co/Informacion/EstadisticaArbitraje>
- PMI. (12 de 02 de 2019). PMI . Obtenido de PROTECCIÓN MEDICA INTEGRAL: <https://proteccionmedicointegral.com/>
- Sentencia 174 , Ref.: Exp. No. 6199 (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil 13 de Septiembre de 2002).
- Sentencia 31182, 050012331000199903218-01 (Consejo de Estado 13 de Noviembre de 2014). Recuperado el 14 de 02 de 2019, de <http://consejodeestado.gov.co/documentos/sentencias/05001233100019990321801.pdf>
- Sentencia C-037, C-037/96 (Corte Constitucional . 5 de Febreo de 1996).

Sentencia C-222, D-9317 (Corte constitucional 17 de Abril de 2013).

Sentencia C-222, D-9317 (Corte Constitucional 17 de Abril de 2013).

Sentencia C7110, 05001-31-03-012-2006-00234-01 (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil 24 de Mayo de 2017).

Sentencia SP7740 , SP7740 (Corte Suprema de Justicia-Sala Penal 08 de Junio de 2016).

Sentencia T-100, T-5165162 (Corte Constitucional 02 de Marzo de 2016).

Sentencia T-154 (2014).

Steele Garza, J. (2014). La incoercibilidad en las instituciones administradoras de justicia alternativa. En U. A. León, Justicia en el marco de los derechos humanos, la equidad y la justicia alternativa «perspectiva panameña y mexicana» (págs. 302-313). Monterrey, México: Universidad Autónoma de Nuevo León.

Steele Garza, J. G. (2015). El impacto social de la ciencia de la mediación. En La Ciencia de la Mediación (pág. 211. 235). México: Tirant Lo Blanch.

Supersalud. (05 de Marzo de 2019). Supersalud.gov.co. Obtenido de Documentos-control interno-informes: <https://docs.supersalud.gov.co/PortalWeb/ControlInterno/InformesEstatutoAnticorrupcion/Seg%20PQRD%20Vigencia%202018%203-2019-3392%2001-03-2019.pdf>

SUSALUD. (20 de 02 de 2019). Superintendencia Nacional de Salud Perú. Obtenido de <https://www.geoidep.gob.pe/superintendencia-nacional-de-salud>

Tamara, P. L., Jaramillo, S. S., & Muñoz, P. L. (Octubre-diciembre de 2011). Informes periciales por presunta responsabilidad médica en Bogotá. Revista Colombiana de Anestesiología, 489-505.

Universidad de la Sabana. (13 de Mayo de 2016). Al año, 180.000 personas que son hospitalizadas mueren a causa de errores médicos. Bogotá. Recuperado el 16 de 09 de 2018, de https://www.unisabana.edu.co/fileadmin/Archivos_de_usuario/Imagenes/Imagenes_Sala_de_Prensa/2016/5Mayo/Prensa/prensa_mayo_18_2016_4_unisabana.jpg