

PRÓLOGO INTRODUCTORIO A LA SEGUNDA EDICIÓN

Desde la prehistoria hasta la época actual, encontramos que el hombre ha tenido numerosas formas de resolver los conflictos surgidos en convivencia. El ser humano, por naturaleza, es social; en la sociedad, las perspectivas de los individuos sobre una cuestión siempre serán distintas, lo que les obliga a contar con los instrumentos adecuados para solucionar esas diferencias. En la civilización de nuestros días, el desarrollo de los métodos alternos de solución de conflictos (en adelante MASC) se ha identificado como una cuestión cultural en todo el mundo, al grado que se le considera un nuevo paradigma en la impartición de justicia, resultando una opción viable para solucionar el problema que actualmente presenta. Es un hecho que, como lo afirma la investigadora Boqué Torremorell,¹ el sustituir la cultura de la confrontación y el litigio por la pacificación y el consenso —“métodos alternos de solución de controversias”— entronca con los ideales de paz. El pluralismo identifica la composición de la población global, característica que no puede pasar inadvertida. Por tanto, se afirma que los MASC son puentes interculturales a través de los cuales, en una sociedad tan diversa como la nuestra, se permite la construcción de vínculos de entendimiento. La conciliación a través del diálogo es un elemento que debe estar inmerso en nuestra vida diaria, ya que constantemente diferimos en nuestros puntos de vista con las per-

¹ Boqué Torremorell, María del Carmen, *Cultura de la mediación y cambio social*, España, Gedisa, 2003, citado por Gorjón Gómez, Francisco J., *Estudios de los métodos alternos de solución de controversias*, México, Universidad Autónoma de Nuevo León, Facultad de Derecho y Criminología, 2003, p. 112.

XVIII PRÓLOGO INTRODUCTORIO A LA SEGUNDA EDICIÓN

sonas con las que convivimos, sea en el contexto familiar, social, académico o profesional. Como magistralmente apunta Gustavo Zagrebelsky,² “el diálogo, necesario para preservar los fundamentos, es, sin embargo, tan necesario como difícil”. No es un camino sin obstáculos, pero es valioso luchar por un diálogo que nos lleve al faro de la cultura de la paz. El medio para preparar a las sociedades, a fin de que utilicen los MASC, es la educación —entendida ésta como sustancia y proceso ordenador del progreso de una sociedad globalizada como la nuestra—. Esto debido a la interdependencia que los seres humanos guardamos en la comunidad internacional a través de un proceso socializador que provoca tanto la autoafirmación como la autonomía, y conforma una base que predispone y determina la forma en que enfrentamos la vida. Como producto de estas interrelaciones, los conflictos resultan complejos tanto para los sujetos involucrados como para los profesionales que ofrecen apoyo para resolverlos al verse inmersos en situaciones de diversa índole —como creencias, expectativas, atribuciones de roles—, lo que da como resultado un sinfín de formas particulares de resolver los problemas. El término “controversia”, en la acepción de choque de contrarios, planteamiento de posturas antagónicas, solicitud de resarcimiento por conductas de la contraparte, como un simple deslinde de responsabilidades o aclaración de conductas de las que se deriven actos jurídicos, se enfrenta a la negociación, a la mediación, a la conciliación o al arbitraje. Uno de los elementos en los que reposa la mayor legitimidad de los Estados de derecho moderno es la capacidad estatal de resolver los conflictos que surjan entre sus ciudadanos, estableciendo reglas claras que conlleven a soluciones justas y equitativas de las disputas. Reglas que no deben limitarse en el legalismo, sino que se debe alcanzar el máximo valor axiológico: la justicia. La evolución progresiva de los derechos humanos ha derivado en la conclusión de que es la obligación de los Estados garantizar el libre ejercicio de los mismos, y no se limita únicamente a una cuestión formal, sino

² Zagrebelsky, Gustavo, *Contra la ética de la verdad*, España, Trotta, 2010, p. 63.

que además le impone la obligación de proporcionar a todos los gobernados, los métodos y las herramientas necesarias para que el sujeto titular de esos derechos pueda hacerlos efectivos; que la consagración de los derechos fundamentales no quede únicamente plasmada en la norma fundamental, carente de elementos para exigirse. El 28 de enero de 1992 se reformó el artículo 102 de nuestra Constitución Política, y marcó el ingreso del *ombudsman* a la esfera constitucional con el nombre de comisiones de ámbito nacional y local, directamente destinadas a la protección de los derechos humanos, incluyendo los que resulten de la celebración de los tratados internacionales.³ Hoy más que nunca, la concepción de los clásicos procesalistas, entre otros Cappelletti, cobra vigencia, pues mientras las élites políticas, sociales y/o económicas, poseen múltiples canales informales para solucionar sus conflictos sin necesidad de acudir a los mecanismos institucionales de justicia, los más desprotegidos económicamente hablando se encuentran en franca desventaja ante muchas de las entidades públicas o privadas con las que interactúan. Por ello, el acceso a la justicia debe servir para compensar esta desigualdad y asegurar la vigencia de los derechos reconocidos universalmente a los individuos de una sociedad.

Los MASC, que son verdaderamente una garantía de la población para asegurar su acceso a una justicia eficaz, pronta y completa, con un énfasis en las clases, grupos o minorías más desprotegidas. Estos MASC (entre los que se encuentran la negociación, la mediación, la conciliación y el arbitraje), alternos a los procesos jurisdiccionales, permiten, en primer lugar, cambiar el paradigma de la justicia controversial y, en segundo término, propician una participación más activa de las partes involucradas, para encontrar otras formas de relacionarse entre sí, donde se privilegia la responsabilidad personal, el respeto al otro, la utilización de la negociación y la comunicación para el desarrollo colec-

³ Hidalgo Ballina, Antonio, *La defensa de los derechos humanos*, México, Porrúa, 2006, p. 319.

tivo. También sirven para despresurizar las altas cargas de trabajo de los órganos jurisdiccionales; de ahí que la utilización de los MASC irrumpa en el ámbito jurídico mexicano desde principios de este siglo XXI. De lo expuesto con antelación, se desprende la importancia de la inclusión de los MASC en el marco jurídico de las comisiones de arbitraje médico, tanto nacional como estatal. A continuación pasamos al análisis de otro aspecto de este estudio, el derecho a la protección de la salud en México. La salud es un valor y un derecho fundamental en todos los pueblos, ya que representa la tranquilidad y la seguridad para que los individuos tengan la posibilidad de alcanzar un pleno desarrollo y mejores condiciones de vida. Por ello, se recurrirá a enlistar datos obtenidos desde 1996 hasta 2018, que arrojan el estatus en el que se encuentra el arbitraje médico con relación al respeto al derecho a la protección de la salud en nuestro país.

Un Estado que no busca ni proporciona el derecho a la salud de sus integrantes se verá afectado considerablemente por los problemas que aquejarán a su población, lo que además impedirá su progreso. El México de hoy y de las próximas generaciones desea un desarrollo humano sustentable. Como nunca antes, la medicina en nuestros días tiene vínculos e influencias directas sobre la salud y calidad de vida de los individuos, las familias y las naciones. Los avances científicos, tecnológicos y de salud pública de los últimos años, permiten que hoy en día el cuidado de la vida humana y la procuración de salud garanticen un mejor presente y ofrezcan un futuro promisorio, como parte de los derechos humanos y sociales a su vez traducidos en derechos fundamentales. Cabe destacar que conforme al Plan Nacional de Desarrollo 2018-2021, uno de los objetivos trascendentes es impulsar servicios de salud con calidad y seguridad. Para lograrlo, se protegen los derechos de los pacientes mediante organismos como la Comisión Nacional de Arbitraje Médico (en adelante Conamed) y métodos como la conciliación y el arbitraje. Su carácter de árbitro experto, respetuoso e imparcial, coloca a las comisiones en una situación de privilegio para la protección de derechos y obli-

gaciones en materia médica, tanto de las personas como de las instituciones en conflicto. En sus primeros 24 años de existencia, la Conamed ha construido un modelo de arbitraje médico que ha obtenido un éxito indiscutible. En esta nueva etapa pretende consolidar y extender sus servicios a la totalidad de la población (universalidad), impulsar la prevención de controversias y errores médicos, así como continuar con las labores que viene desempeñando.

No obstante, consideramos que la comisión citada requiere modificarse en varios frentes, uno es el relativo a su estructura orgánica; otro que apuntamos es la obligatoriedad de esta instancia de manera previa a cualquier otra jurisdiccional a que pudiese sujetarse el conflicto usuario-prestador de servicios, a fin de lograr una proyección nacional obligatoria. Para ello es necesario implementar las reformas en la legislación secundaria, tanto a nivel federal como local, con la finalidad de que el derecho como acceso a la justicia sanitaria y administrativa de la institución médica (Conamed) además de vigente —lo que acontece en estos momentos— sea positivo, es decir, derecho aplicado que logra la eficacia y la eficiencia perseguidas.

El objetivo de este trabajo es analizar y evaluar el desempeño que ha tenido la Comisión Nacional de Arbitraje Médico en la solución de controversias en materia de salud, y lo benéfico de la implementación de la conciliación y el arbitraje como métodos alternos, para tener un panorama de la efectividad de tal institución. Asimismo, destacar la evolución, que va de organismo resolutorio a orientador, consultivo, monitor y evaluador de los sistemas de salud y, en su caso, proponer las reformas conducentes a efecto de obtener un mejor servicio en la impartición de justicia, pudiendo así dar una respuesta real a las necesidades de la sociedad mexicana y cumplir de esa manera con el derecho a la protección de la salud.

Ahora bien, como bien sabemos, Los derechos humanos, además de constituir aquellas prerrogativas esenciales que corresponde a cada uno de nosotros por el simple hecho de ser

seres humanos, han debido experimentar una paulatina pero decisiva evolución jurídico-normativa, de la mano de las diferentes concepciones que en cuanto a su denominación ha provocado en los teóricos del derecho, desde la tradicional división de los conocidos como iusnaturalistas, así como de aquellos que se han asumido dentro de una visión iuspositivista. Pues bien, en lo que respecta a nuestro país, hemos de advertir que la pasada reforma constitucional de junio de 2011 en materia de derechos humanos, ha supuesto un hito en lo concerniente a los derechos humanos fundamentales.

Desde una mera modificación terminológica —de derechos fundamentales a representados con el concepto de derechos humanos— hasta la implementación de todo un nuevo paradigma o esquema que ha implicado grandes desafíos, pero de igual modo, evidentemente cambios, y no sólo en la normativa constitucional de nuestra máxima carta fundamental, sino sustancialmente en el pensamiento del conjunto de los ahora denominados operadores jurídicos, desde el estudiante en su formación académico-jurídica hasta el criterio y razonamiento jurídico de los ministros que integran nuestro alto tribunal.

Dicha reforma constitucional ha conllevado un cambio de marco jurídico-normativo de los derechos humanos. Y partiendo de ello, es que en esta obra nos hemos dado a la tarea de reflexionar y discutir, que como catedráticas e investigadoras preocupadas y, sobre todo, ocupadas en las temáticas de derechos humanos. Particularmente, en esta obra respecto al derecho a la salud, este derecho que en nuestro país ha dejado de configurar lo que en algún momento constituyó y representó uno de los ejes o directrices de un auténtico derecho social constitucional. Y sí, refiriéndonos en pasado, como hoy en la actualidad, y en un país en el que el sello característico ha sido la persistente desigualdad y condiciones de pobreza en prácticamente más de la mitad de la población, ante un Estado omiso y carente de visión garantista y protectora de un plano mínimo de derechos sociales, viéndose reflejada tal ausencia justamente en el nulo reconocimiento de

esta prerrogativa. Resulta por demás sumamente paradójico que mientras en la cuestión electoral se destine un gasto público vergonzosamente desorbitante, para el sector salud apenas se contemple un porcentaje ínfimo, e incluso menor, del promedio de los países que integran la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).

En este sentido es nuestra preocupación y por ello nos hemos aventurado a la debida actualización de este libro, esta vez a publicarse en coautoría, cuyo principal objetivo y la temática central corresponde al derecho a la salud, si bien desde una perspectiva de derechos humanos, pero enfocada a las dos vertientes o dimensiones de tal derecho. Por un lado, como derecho humano fundamental en sí y, por el otro, en su aspecto igualmente como derecho humano a su debida protección, efectiva e integral. De ahí que señalemos que fundamentalmente han sido dos apartados que hemos considerado en suma pertinentes, atendiendo primordialmente los múltiples avances y transformaciones que, tanto en el plano formal-discursivo, el derecho a la salud ha experimentado, pero de igual modo, en la realidad social mexicana. En tal sentido, podemos mencionar que el primer capítulo centra su análisis inicial en esta prerrogativa, destacando el estudio de sus lineamientos generales, como lo son la dignidad humana como fundamento de todo derecho humano, su base constitucional, legislativo y, sobre todo, internacional; de igual manera, es de destacarse el estudio que llevamos a cabo de la nueva propuesta institucional conocida como Instituto de Salud para el Bienestar (*Insabi*) y de lo que ha implicado, básicamente en cuanto al objetivo que se ha plasmado como línea de implementación, que es brindar cobertura universal en atención a la salud de toda la población carente de ella. También en este primer capítulo, se incluyen unas reflexiones en cuanto a la jurisprudencia y las tesis que los órganos del Poder Judicial de la Federación, principalmente la Suprema Corte de nuestro país, ha debido pronunciar, en algunos casos un tanto tímidamente, y en otros, a todas luces garantistas y de avanzada.

En el capítulo segundo se abordan las bases constitucionales de los MASC y su interrelación con diversos ordenamientos jurídicos; asimismo, se analiza su marco teórico conceptual, en donde describiremos sus antecedentes históricos, concepto y tipología. Además de apuntar su regulación jurídica en diversos ordenamientos jurídicos estatales, destacando el del estado de Nuevo León, haciendo una breve relación con la reforma sustantiva y adjetiva de la normativa civil para adecuar su implementación en el orden jurídico de ese estado.

Por su parte, en el capítulo tercero alude a las referencias doctrinales de *ombudsman* sueco, describiendo la función, integración y características del mismo como antecedente de las comisiones de arbitraje médico.

En el capítulo cuarto se desarrolla un análisis del régimen jurídico de las comisiones de arbitraje médico, tanto en el ámbito nacional como en el local, específicamente el caso de Nuevo León, haciendo un análisis jurídico-administrativo de los organismos desconcentrados y descentralizados de la administración pública, para luego arribar a la naturaleza y creación tanto de la Comisión Nacional, y finalmente, la relación entre prestadores de servicios de salud y pacientes o usuarios.

El quinto capítulo centra su estudio en la estructura, organización y facultades de las comisiones de arbitraje médico. En el sexto capítulo nos abocamos al proceso de arbitraje médico, que abarca los aspectos generales, los procedimientos de la queja, de la conciliación y del arbitraje, el modelo de arbitraje médico mexicano y su homologación en el país. Ya en un séptimo capítulo, continuamos con el proceso de arbitraje médico, fase decisoria, en donde se trabaja con un análisis conjunto de los reglamentos tanto internos como de procedimientos de ambas comisiones, basándonos en el local, por ser el referenciado para nuestro estudio, con su relación correspondiente para la nacional. Por su parte, el capítulo octavo hace referencia a la gestión pericial, sus características y finalidades; asimismo, anexamos las estadísticas de las comisiones de arbitraje médico, tanto nacional

como estatal. Por lo que se refiere a la primera, incluimos los datos estadísticos de 1996 a 2010; por cuanto a la estatal, anexamos la información estadística de 2003 a 2010. Y finalmente, insertamos el acumulado del trabajo de la Comisión Nacional dentro de un periodo de 1996 a 2018.

Para concluir, por lo que respecta al capítulo noveno y último de esta obra, se integra con el análisis pormenorizado de dos sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), casos en los que ha tenido entre otros aspectos de trascendencia, lo referente a los grupos en situación de especial vulnerabilidad, y que hemos considerado paradigmáticos en materia de derecho a la salud, dado que mientras que en el primero de ellos, *sentencia Gonzáles Lluy y otros vs. Ecuador*, de septiembre de 2015, el Tribunal Interamericano plasmara los cimientos para dar un primer paso de gigante, al emitir sus líneas interpretativas dirigidas a la configuración del incipiente marco sustantivo e interpretativo del derecho a la salud, con miras a considerarse un derecho social directamente exigible y justiciable. Mientras que en un segundo asunto, la *sentencia Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, de agosto de 2018, la Corte asumió un papel trascendental pronunciándose por primera vez, en cuanto al alcance del derecho a la salud, y sustancialmente al significado de una violación al principio de progresividad en materia de derechos humanos, sobre todo en lo referente a la salud, y a la vez otorgándole el carácter de derecho con plena autonomía. De tal suerte que tal fallo representa una contundente consagración de su marco regional de protección en clave interamericana, abriendo la senda para su indudable justiciabilidad y, por tanto, desdibujando aquellas concepciones de estimarlos, a lo más, como aspiraciones o meras intencionalidades a plena discrecionalidad estatal.

Finalmente, no nos queda más que reiterar que el derecho a la salud representa un derecho humano que su finalidad trasciende a cuestiones presupuestarias y volitivas y apáticas estatales, así como a visiones neoliberales, como tal y en su carácter esencial y humano, constituye un mínimo en nuestra esfera de derechos,

XXVI PRÓLOGO INTRODUCTORIO A LA SEGUNDA EDICIÓN

y como tal, ha de ser garantizado plena y materialmente, con toda efectividad y exigibilidad. Derecho social de gran calado, ya no sólo en una dimensión individual sino de igual manera en un plano social, y con especial acentuación, en cuanto al desarrollo integral de cada uno de nosotros. De ahí que el Estado mexicano esté obligado a garantizarlo real y efectivamente. Veamos si con la propuesta del Insabi, claramente federalizando el sector salud, esto se puede lograr verdaderamente. ¡Nos dejamos sorprender!

Rosa María DÍAZ LÓPEZ
Aída FIGUEROA BELLO

Ciudad Universitaria, Nuevo León, primavera de 2020