LA EXPERIENCIA FRANCESA EN LA BÚSQUEDA DE UNA SOLUCIÓN AMIGABLE DE LOS CONFLICTOS MÉDICOS

Pilar Rodríguez Peña¹

RESUMEN: *El presente trabajo analiza, en primer lugar, los diferentes procedimientos que los principales grupos hospitalarios han puesto a disposición de los usuarios al interior de cada hospital así como el desarrollo legislativo y particularmente la amplitud de la mediación intrahospitalaria en Francia. En segundo lugar, se revisan los modos de solución amigable que han sido implementados fuera de los hospitales, a través de las Comisiones Regionales de Conciliación y de Indemnización, así como la política transaccional seguida por la presidencia del correspondiente grupo hospitalario cada vez que la responsabilidad sanitaria resulta evidente.*

DESCRIPTORES: *Comisiones de Conciliación Intrahospitalarias - Comisiones de Relaciones con los Usuarios - Comisiones Regionales de Conciliación y de Indemnización - Conflictos médicos - Derecho comparado (solución amigable de los conflictos médicos en Francia) - Formas alternativas de solución de los conflictos jurídicos - Francia (solución amigable de los conflictos médicos) - Hospitales - Mediación en el hospital - Mediación en salud - Negligencia médica - Responsabilidad médica - Responsabilidad por daños en salud - Solución amigable de los conflictos médicos.*

¹ .- PILAR RODRÍGUEZ PEÑA. Magíster en Derecho Privado General y en Contendas, Arbitraje y Solución Alternativa de Conflictos, Universidad de Paris II, Panteón- Assas. Candidata a Doctor en Derecho por la referida Universidad.

SUMARIO DE CONTENIDOS: *Introducción. Capítulo I: La solución amigable al interior del hospital. A) desarrollo histórico y legislativo. 1. Una primera aproximación a la función de mediación en los hospitales. 2. Hacia las comisiones de conciliación intrahospitalarias. B) las comisiones de relaciones con los usuarios y de la calidad de la asistencia médica y la mediación intrahospitalaria. I. Las comisiones de relaciones con los usuarios, una nueva instancia para representar a los pacientes; II.- La mediación en el hospital. A) Determinación del carácter de mediación propiamente tal. B) El procedimiento de mediación médica intrahospitalaria. Capítulo II: Procedimientos de indemnización de accidentes médicos fuera del hospital, y la política transaccional en los casos de responsabilidad sanitaria. A) Procedimiento ante las comisiones regionales de conciliación e indemnización. B) Demandas de indemnización y recursos fuera del hospital y la política transaccional de la presidencia del grupo hospitalario. Conclusiones. Bibliografía.*

“La resolución amigable de litigios corresponde a una concepción moderna de la justicia; una justicia que observa, que facilita la negociación, que toma en cuenta la ejecución, que prepara las relaciones futuras entre las partes, que preserva las relaciones sociales”².

INTRODUCCIÓN

Los procesos médicos ante los tribunales, ya sean civiles o penales, han tenido un crecimiento enorme en los últimos treinta años. Las causas son diversas: el progreso de la investigación médica, la aplicación de nuevas técnicas más riesgosas o la evolución del estado de ánimo del paciente y de los médicos. El efecto que esto ha producido es que hoy los médicos ejercen una medicina más defensiva, producto del aumento de las demandas, lo que influye negativamente en la relación médico-paciente. De otro lado, el paciente, estimándose víctima de un daño, exige conocer su expediente médico e intenta establecer la prueba de una falta en el ejercicio de la medicina. Muchas

² - G. Canivet, actas del coloquio de Valencia: “El juez y la búsqueda de la solución del conflicto”.

veces esto se debe simplemente a la intolerancia de aceptar el lado amargo de la vida, intentando buscar una respuesta o una falta en la muerte de un ser querido.

Estas dificultades han conducido a diferentes países a instaurar y generalizar los procedimientos amigables de solución de conflictos, con el fin de evitar los recursos a la jurisdicción civil y penal y así una penalización excesiva de la medicina. Las soluciones adoptadas son diversas: la conciliación, la mediación, el informe de expertos y la transacción.

Estas soluciones amigables han sido consideradas como experiencias muy positivas en relación al número de las acciones judiciales, que ha disminuido.

En Francia la preocupación por “desjudicializar” los conflictos ha conducido a la organización de modos amigables de solución de conflictos al interior y al exterior de los hospitales, como una forma de evitar las demandas ante los tribunales y una penalización excesiva de la responsabilidad médica.

Esta organización ha sido puesta en práctica hace ya algunos años en los principales grupos hospitalarios de Francia, como la Asistencia Pública Hospitales de París (AP-HP)³. Se ha tratado de una experiencia práctica más que de una regulación legal. En efecto, los modos alternativos de solución de conflictos en los hospitales se han desarrollado antes incluso de que la legislación le hubiese acordado esta misión.

Con una legislación tardía y un poco dispersa, existen hoy en Francia diversos métodos concebidos con el fin de resolver un conflicto de manera amigable y evitar que un conflicto sea inútilmente presentado ante un tribunal.

Ahora bien, ¿Cuáles son los medios de que disponen los grandes grupos hospitalarios para obtener un arreglo amigable de los conflictos médicos? ¿Cuáles son los mecanismos implementados por la legislación francesa para disminuir las contiendas en materia médica?

Existen diferentes medios puestos en práctica al interior de cada hospital, que se han desarrollado por la presidencia del grupo hospi-

³ .- La Asistencia Pública Hospitales de París es un ente público que organiza y administra los 38 hospitales públicos de la región Parisina. Asistencia Pública es el nombre que se le otorga a los principales grupos hospitalarios de Francia.

talario, y algunos fuera de los grupos hospitalarios, a través de las Comisiones Regionales de Conciliación e Indemnización (CRCI).

Lo importante es que a través de estos diferentes medios, de los cuales ninguno es obligatorio (solamente el recurso gracioso o jerárquico que debe ser dirigido a la Administración, y que lo estudiaremos más tarde), en Francia hoy en día el 70% de los litigios son solucionados de manera amigable, lo que pone en evidencia el éxito del sistema francés de modos alternativos de solución de conflictos médicos. Sin embargo, y mas allá del éxito del procedimiento adoptado, se podría considerar que este podría ser aún mejorado para ser exportado a nuestra realidad alejada y diferente, si no en su conjunto al menos sus líneas generales.

En este pequeño estudio, veremos cuáles son los diferentes procedimientos que los principales grupos hospitalarios han puesto a disposición de los usuarios al interior de cada hospital así como el desarrollo legislativo y particularmente la amplitud de la mediación intrahospitalaria en Francia. En una segunda parte, veremos los modos de solución amigable que han sido implantados fuera de los hospitales, a través de las Comisiones Regionales de Conciliación y de Indemnización, así como la política transaccional seguida por la presidencia del correspondiente grupo hospitalario cada vez que la responsabilidad sanitaria resulta evidente.

CAPÍTULO I: LA SOLUCIÓN AMIGABLE AL INTERIOR DEL HOSPITAL

A) DESARROLLO HISTÓRICO Y LEGISLATIVO

1. *UNA PRIMERA APROXIMACIÓN A LA FUNCIÓN DE MEDIACIÓN EN LOS HOSPITALES*

La regulación de la mediación en materia hospitalaria en Francia apareció tardíamente y ha sido incompleta y jurídicamente incierta hasta hace muy poco tiempo, no obstante se ha asistido a un desarrollo legislativo importante en los últimos años.

La primera intervención legislativa fue el decreto N° 81.502 del 15 de mayo de 1981, que instituyó la función de “conciliador médico”, confiriéndole la misión de “*más allá de toda instancia ju-*

risdiccional, de favorecer la información de los pacientes o de sus herederos en caso de muerte, y de facilitar la solución amigable de los diferendos relativos a la responsabilidad resultante de la actividad profesional de un médico a la ocasión o como consecuencia de prestaciones de asistencia médica”.

Los conciliadores debían ejercer sus funciones a título benévolo y ser designados por decisión administrativa por un período de un año renovable, entre los magistrados honorarios que figuraban en una lista preparada por el Ministro de Justicia. La demanda de conciliación intrahospitalaria no suspendía ni interrumpía la prescripción de las acciones judiciales.

En la práctica muy pocos conciliadores fueron nombrados, porque el 31 de mayo de 1989 el Consejo de Estado Francés anuló el decreto de 15 de mayo de 1981, en razón de su ilegalidad. En efecto, los artículos 3º y 4º del decreto disponían que: *“el conciliador es requerido sin forma, por toda persona natural o moral y él puede pedir la presentación de todos los documentos bajo reserva del asentimiento de su propietario o de su legítimo detentador”*. El Consejo de Estado consideró que estas disposiciones eran contrarias a los principios que rigen el secreto médico, en atención a que se podía pedir al hospital directamente la ficha clínica del paciente sin autorización de éste último. En base a ello, el decreto fue anulado, y de ahora en adelante solamente la ley puede intervenir en ese dominio.

Más allá de la anulación de este decreto, la idea de conciliación resurgió al interior de los hospitales, los cuales estaban conscientes del defecto de comunicación entre los médicos y los enfermos y sobre todo de la progresión de las reclamaciones concernientes a las atenciones médicas.

Los grandes establecimientos hospitalarios nombraron a los conciliadores de común acuerdo entre el Director del hospital y el Presidente de la Comisión Médica del establecimiento, de preferencia entre los médicos consultantes, antiguos jefes de servicio del hospital.

La primera tarea consistía en determinar el carácter de la queja presentada al establecimiento. Realizando este ejercicio pudieron darse cuenta que la mayor parte de las quejas presentadas al hospital no tenían relación con la calidad de la asistencia médica propiamente tal, sino mas bien con una insuficiencia o una mala calidad de las informaciones médicas y la dificultad de los pacientes de tener acceso al expediente médico.

El rol del conciliador era entonces de informar, explicar y en los hechos paliar la falta de diálogo entre el paciente y el médico.

2. *HACIA LAS COMISIONES DE CONCILIACIÓN INTRAHOSPITALARIAS*

a) *La experiencia modelo: Los hospicios civiles de Lyon*

Los hospicios civiles de Lyon fueron los pioneros en la creación de una comisión de información al usuario en 1983. Esta comisión tenía como misión facilitar la información de los enfermos y mejorar las relaciones entre el hospital y el paciente.

La comisión no era ni una jurisdicción ni un órgano institucional, ya que no estaba establecida en ningún texto. Por esta razón no era tampoco impuesta a los pacientes, quienes tenían la absoluta libertad de recurrir a los tribunales cuando ellos los estimaran necesario. El campo de acción de esta comisión estaba orientado a la conciliación médica de los problemas de asistencia médica defectuosa o supuesta tal por los pacientes.

Estas comisiones estaban compuestas por:

1. El presidente de la comisión médica del establecimiento;
2. El jefe del servicio involucrado;
3. Un representante del Consejo Departamental del orden de los médicos;
4. Un médico especialista en medicina legal;
5. El director del establecimiento; y
6. El director del servicio jurídico y contencioso, a título consultativo.

El médico especialista en medicina legal estaba encargado de reunir los elementos de información de cada expediente médico. Cuando las conclusiones de la comisión hicieran aparecer elementos que permitieran retener la responsabilidad médica, la víctima, si aceptaba una solución amigable, podía ser indemnizada directamente por la comisión.

La libertad del paciente era absoluta, en todos los casos él podía:

- Apreciar si las explicaciones entregadas por la comisión le parecían suficientes para no justificar una demanda judicial;
- Aceptar una indemnización propuesta por la comisión; o
- Rechazar una solución amigable y presentar una demanda judicial.

La experiencia de las comisiones de información de los usuarios ha sido considerada positiva, porque en 1995, sobre el conjunto de reclamaciones que fueron sometidas a ella, casi el 65% no fueron objeto de demanda judicial, y en el 13% de los casos las decisiones y reconocimientos de responsabilidad llevaron a una solución amigable del conflicto⁴.

b) *La creación de una comisión de conciliación en cada hospital público y privado*

El año 1995, la carta del paciente hospitalizado, anexada a la circular ministerial N° 95-22, de 6 de mayo de 1995, anunciaba la creación de comisiones de conciliación en cada establecimiento de salud. La carta preconizaba que el Director del establecimiento debía esforzarse por poner en marcha “una función de mediación”.

La ordenanza N°96-346, de 24 de abril de 1996, introdujo el artículo L.710-12 al Código de la Salud Pública, que dispuso la institución en cada establecimiento de salud de una comisión de conciliación, encargada de asistir y orientar a toda persona que se estime víctima de un perjuicio debido a la actividad del establecimiento y de indicarle las vías de conciliación y de recurso de que ella dispone.

Este artículo fue derogado por la ley de 4 marzo 2002, y con él las comisiones de conciliación, pero ellas constituyen la génesis de las actuales comisiones de relación con los usuarios y de la calidad de la asistencia médica, por ello la importancia de tratarlas aquí.

La comisión de conciliación estaba compuesta por:

1. El presidente de la comisión médica;
2. Un médico mediador;
3. Un representante de la comisión de servicio de cuidados de enfermería o un miembro del personal;
4. Un enfermero(a) o auxiliar de enfermería (en el caso de establecimientos privados); y
5. Los representantes de los usuarios que formen parte del Consejo de Administración.

La ley disponía que la comisión de conciliación tenía por misión mejorar la información de los usuarios y de sus familiares, como también la misión de prevenir los litigios.

⁴ .- Claude Evin, “Les droits de la personne malade”, informe presentado a nombre del Consejo Económico y Social de la República Francesa, 1996.

Para evitar toda confusión a la cual puede dar lugar el nombre de la comisión, es importante mencionar que la comisión estaba excluida de toda función de conciliación o transaccional. La comisión no podía substituir al Director, que era el único habilitado a dar una respuesta de la institución hospitalaria a las demandas y reclamaciones de los pacientes de carácter indemnizatorio.

El usuario no estaba obligado a presentar su reclamación a la comisión, pero si el deseaba presentar una reclamación obtenía gracias a la permanencia de la comisión todas las informaciones relativas a las vías de reclamación y a los plazos, ya fueran estos ante el propio hospital o ante los tribunales.

Si el usuario presentaba una reclamación se aseguraba de recibir una respuesta del Director del hospital asistido del médico conciliador. Este último se encargaba de tratar los problemas que dicen relación con la medicina.

Los miembros de la comisión tenían acceso a un registro que mencionaba el conjunto de las reclamaciones y de las respuestas dadas por el Director. Estas respuestas eran discutidas por la comisión. Los plazos de discusión con los miembros de la comisión o de instrucción de la reclamación no debían atentar contra los intereses del reclamante en caso de acciones ante los tribunales (plazos de prescripción). Como la instrucción de la reclamación presentada ante la comisión podía significar plazos más o menos largos, existía una obligación de información que consistía en precisar al usuario reclamante que los plazos de prescripción de las acciones judiciales no estaban suspendidos por la presentación de la reclamación ante esta comisión.

B) LAS COMISIONES DE RELACIONES CON LOS USUARIOS Y LA CALIDAD DE LA ASISTENCIA MÉDICA Y LA MEDIACIÓN INTRAHOSPITALARIA

I. *LAS COMISIONES DE RELACIONES CON LOS USUARIOS, UNA NUEVA INSTANCIA PARA REPRESENTAR A LOS PACIENTES.*

La ley de 4 de marzo de 2002, relativa a los derechos de los enfermos y a la calidad de los sistemas de salud, eliminó las antiguas comisiones de conciliación existentes en los hospitales y las reemplazó por las comisiones de relaciones con los usuarios y de la calidad de la

asistencia médica. Las razones de esta modificación son las siguientes:

1. El nombre de la antigua comisión se prestaba a equívocos, porque la comisión no tenía por misión la conciliación de las partes en conflicto; y
2. La ley de 2002 creó las comisiones regionales de conciliación e indemnización, que es un mecanismo de opción de indemnización amigable y que tiene también una función de conciliación en reemplazo de las comisiones de conciliación de cada hospital, sistema que explicaremos después.

• *Misiones de la comisión de relación con los usuarios*

- a) **Velar por el respeto de los derechos de los usuarios facilitando los trámites, esencialmente en relación a las autoridades deudoras.** El artículo 1142-4 del código de la salud pública, introducido por la ley de 4 marzo 2002, exige que toda persona víctima o que se estime víctima de un daño imputable a una actividad de prevención, diagnóstico o asistencia médica debe ser informada de las causas y de las circunstancias de este daño luego de una entrevista organizada en los quince días siguientes a su descubrimiento. Los mismos plazos se aplican a la demanda expresa de la víctima o de sus herederos en caso de muerte del paciente.

Para cumplir esta misión, la comisión tiene acceso al conjunto de quejas y reclamaciones no indemnizatorias hechas al establecimiento por los usuarios, sus herederos o sus representantes legales. Las respuestas que les son dirigidas por los responsables del establecimiento son igualmente accesibles por la comisión. La comisión examina las quejas y reclamaciones que no tienen el carácter de un recurso gracioso o jurisdiccional y vela por que toda persona sea informada sobre las vías de recurso y de conciliación de que ella dispone.

- b) **Contribuir, por sus opiniones y proposiciones, al mejoramiento de la política de acogida y de asistencia médica de las personas enfermas y de sus parientes.** Para cumplir esta misión, la comisión debe recibir todas las informaciones necesarias para otorgar una opinión y presentar una proposición seria y posible de efectuar en el seno del establecimiento.

En efecto, debe tomar conocimiento todas las medidas preparadas por la comisión de médicos expertos existentes en cada hospital relativo al mejoramiento continuo de la calidad de los servicios; todas las opiniones y recomendaciones formuladas en este dominio por todas las instancias consultativas; una síntesis de las reclamaciones y quejas de los últimos doce meses; el número de peticiones de comunicación de informaciones médicas y los plazos en los cuales estas peticiones son satisfechas; las apreciaciones formuladas por los pacientes en los cuestionarios de salida; y el número y el tipo de recursos presentados a la Administración en caso de falta médica.

La comisión debe redactar un informe anual en el cual ella rinda cuenta del conjunto de su balance anual, haga un análisis y formule proposiciones. Este informe sólo contiene datos anónimos y debe ser transmitido al Consejo de Administración de cada hospital, o a una instancia equivalente, en un plazo no inferior a quince días antes de la sesión anual en la cual se discute y se toma la decisión sobre la política del establecimiento, relativa a los derechos del paciente y de la calidad de los servicios. Este informe es también enviado con todos sus elementos de información correspondientes a la Agencia Regional de Hospitalización y al Consejo Regional de Salud.

- *Composición de la comisión*

La comisión esta compuesta de a lo menos de cinco miembros titulares: el representante legal del establecimiento o el representante que él designe a este efecto; dos mediadores (uno médico y el otro no médico) y sus respectivos suplentes; y dos representantes de los usuarios y sus respectivos suplentes.

- *El rol del director del establecimiento en el seno de la comisión*

El Director es la autoridad investida por la ley, los reglamentos y los estatutos del poder directo o delegado de obligar el establecimiento. El Director acusa recepción de toda reclamación escrita y da la posibilidad a toda persona que no se pueda expresar oralmente de consignar su reclamación por escrito.

El Director responde la queja a su autor y para eso deberá pedir al jefe del servicio o del departamento responsable del funcionamiento

to técnico del servicio las explicaciones sobre la disfunción señalada por el reclamante. Corresponde al jefe del servicio o del departamento hacer un informe de la situación y organizar las medidas correctivas necesarias.

Los trabajos de la comisión deben conducir al Director a tomar todas las medidas concretas en relación a los servicios y estructuras involucradas y principalmente velar en conjunto con el jefe del servicio por la implementación de recomendaciones e invitarlas a señalar a la comisión toda dificultad de aplicación de las recomendaciones, así como transmitir toda sugerencia de mejoramiento de las relaciones con los pacientes y sus herederos.

- *Funcionamiento de la comisión*

La comisión se reúne por convocación de su presidente al menos una vez por trimestre, para proceder al examen de las quejas y reclamaciones que les son transmitidas. Estas reuniones pueden también ser organizadas de oficio, a petición de la mitad de sus miembros que tengan voto deliberativo.

- *La importancia de la dirección de la calidad y la misión de los derechos de los usuarios en el seno de los hospitales públicos*

En cada hospital público, existe una dirección de la calidad de los servicios, que en su estructura contempla la oficina misión derechos de los usuarios, oficina que debe principalmente favorecer la protección de los derechos fundamentales de estos, porque la protección de los derechos fundamentales contribuye a la calidad de los servicios asistenciales. Una de las principales misiones es la información, porque se ha comprobado que la información y la buena comunicación previenen los conflictos.

La misión derechos de los usuarios tiene a la cabeza una persona llamada “Encargado de la relación con los usuarios”, la que entre otras tiene la misión de escuchar a los enfermos. Toda persona puede pedir una reunión con el encargado de relación con los usuarios con el fin de formularle preguntas ligadas a su estadía en el hospital tales como acogida, tarifas, organización, hotelería, etc., y si la persona lo desea, formular observaciones o reclamaciones. Un libro de acogida es entregado a cada uno de los usuarios, que contiene toda la información sobre el procedimiento a seguir para formular sus observaciones

o reclamaciones. Dentro del libro de acceso se contiene también un cuestionario de salida, que es una herramienta muy importante para el hospital, ya que le permite mejorar sus servicios de asistencia médica.

Las principales misiones del encargado de las relaciones con los usuarios son:

1. La coordinación de la respuesta a los correos de reclamación de los usuarios;
2. Efectuar la interrelación con las direcciones y los servicios para iniciar proyectos de mejoramiento de la calidad de la asistencia en atención al análisis de las reclamaciones, observaciones y cuestionarios de salida de los pacientes;
3. Efectuar la coordinación con la comisión de relación con los usuarios y de la calidad de la asistencia médica;
4. Fomentar el desarrollo de la “Casa de los usuarios”, que es una organización dentro del hospital que recibe a los usuarios que se han agrupado a través de diversas asociaciones como comités de usuarios, comités de lucha contra el cáncer, o contra las infecciones nosocomiales, etc;
5. Realizar un proceso mal llamado “mediación” con los usuarios de todas las reclamaciones que no son transmitidas al mediador del hospital.

Después veremos que este proceso no es precisamente una mediación en los términos jurídicos estrictos; sin embargo, la mayoría de las reclamaciones son resueltas en este procedimiento ante el encargado de las relaciones con los usuarios, ya que las reclamaciones en su gran parte no tienen relación con la asistencia médica sino con la mala acogida o atención y en general con los servicios propiamente hoteleros de cada hospital.

II. LA MEDIACIÓN EN EL HOSPITAL

a) *Determinación del carácter de mediación propiamente tal*

La mediación intrahospitalaria ha sido practicada en el seno de los hospitales hace ya varios años, pero antes de estudiar el proceso de mediación hospitalaria, veremos ciertas características generales de un proceso de mediación, principalmente en el ámbito social en el que está inserto este estudio, lo que nos permitirá determinar si el sistema de mediación instaurado al interior de los hospitales es verda-

deramente una mediación en el sentido estricto del término o se trata de una mediación con características particulares, o simplemente si estamos en presencia de un modo amigable de solución de conflicto, pero no de una mediación.

La mediación ha sido definida por la Dra. Pastora Graciela Romano, mediadora argentina, como: “Una negociación asistida por un tercero que capacitado y entrenado a tal fin, mediante el empleo de técnicas específicas, ayuda a las partes a visualizar el problema, identificarlo, crear y considerar opciones y llegar a una solución aceptable para ambos y poner sus acuerdos por escrito”⁵.

En una definición más enfocada a los conflictos sociales (mediación médica o familiar), el proceso de mediación ha sido definido como un proceso de construcción, de reparación de un lazo social y de gestión de los conflictos de la vida cotidiana, en el cual un tercero imparcial, independiente y sin otros poderes que la autoridad que le reconocen libremente las partes, llamadas mediados, intenta a través de la organización de intercambios entre las partes o las instituciones ayudarlos ya sea a mejorar, ya sea a establecer una relación, con el fin de solucionar un conflicto.⁶

Lo importante de retener de estas dos definiciones es que el mediador es un profesional formado para facilitar la comunicación y las relaciones entre personas que afrontan un conflicto que no pueden solucionar por ellas mismas. El mediador, de manera imparcial, ayuda a estas personas a buscar alternativas de solución al conflicto, y así obtener un acuerdo satisfactorio para las dos partes. Un tercero imparcial va promover la instalación de una relación igualitaria con y entre las partes, legitimando la visión de cada uno de ellas, y respetando e identificándose con sus posiciones.

En cuanto a la persona del mediador, se podría afirmar que debe ser un tercero en relación al conflicto. Ahora bien, para ser considerado un verdadero tercero, deberá reunir tres características fundamentales: imparcialidad, independencia y ausencia de poder.

Además, las funciones principales de un mediador pueden ser agrupadas en tres categorías: establecer una relación, mejorar una re-

⁵ .- Definición obtenida de la pagina internet www.ultraguia.com.ar artículo “¿Qué es la mediación?”.

⁶ .- Profesor Guillaume-Hofnung Mi, “Las urgencias de la mediación” IX Coloquio, “Accidentes médicos: Mediación?”, realizado por el Instituto Nacional de los Inválidos, Paris, 30 noviembre de 2002.

lación o solucionar un conflicto; o dicho de otra forma, resolver la controversia que opone a la partes.

Vamos a analizar aquí el espíritu del procedimiento de mediación intrahospitalario, así como el desarrollo de este proceso, lo que nos permitirá observar que los principales problemas para calificar este proceso de mediación en sentido estricto son la independencia del mediador y la facultad restringida por la ley de resolver definitivamente el conflicto.

1. La independencia del mediador

Para estudiar el tema de la independencia del mediador, es importante distinguir las reclamaciones de orden paramédico de las reclamaciones de orden médico.

Si bien esta distinción no es hecha por los enfermos que consideran su asistencia médica como un todo, la distinción se torna importante al momento de resolver el conflicto, y sobre todo si se mira desde el punto de vista de la independencia del mediador.

En lo que respecta a la mediación, y como ya lo habíamos mencionado, la misión derechos de los usuarios tiene por objetivo solucionar el máximo de dificultades presentadas por los usuarios en el mejor plazo, en el mismo lugar y directamente, sea cual sea el motivo de la reclamación. En efecto, la mayor parte de las reclamaciones son concernientes a problemas en los cuales la gravedad no demanda necesariamente una larga investigación y que pueden ser tratados inmediatamente.

En el caso que un problema más importante se presente, donde se precisa estudiar la situación con los diferentes actores involucrados, la misión derechos de los usuarios derivará el problema a un mediador paramédico o médico.

1.1. Reclamaciones de orden paramédico

Las reclamaciones de este orden son muy numerosas en el seno de los hospitales, pero a diferencia de las reclamaciones médicas, ellas son en general solucionadas internamente por el hospital y no dan lugar sino raramente a una contienda posterior. La razón es simple, este tipo de reclamaciones son fundadas en actos que, en principio, difícilmente pueden poner en peligro la vida de una persona⁷.

⁷ - Según informe presentado por la misión de derechos de los usuarios del hospital Georges Pompidou de París, las principales reclamaciones de orden paramédico que se presentan son:

Las reclamaciones de orden paramédico son resueltas en un proceso de mediación dirigido por el encargado de relaciones con los usuarios o por un mediador no médico cuya intervención no es muy frecuente.

El mediador no médico es un jefe superior en ejercicio del orden no médico, generalmente de enfermería, que tiene experiencia en el servicio, capacidad de análisis y una cierta distancia y, por sobre todo, una sensibilidad en lo que se refiere a los derechos de los usuarios.

Tanto el encargado de relaciones con los usuarios como el mediador paramédico son remunerados por el respectivo hospital, lo que hace que su independencia como mediador sea de todo punto de vista contestable, partiendo de la base que forman parte de la administración del hospital.

1.2. Reclamaciones de orden médico

Las reclamaciones de orden médico son un poco más delicadas y, en caso de falta, ellas dan lugar a una reclamación de carácter indemnizatoria.

Ahora bien, en lo que respecta a este tipo de reclamaciones, las cosas son diferentes. Si bien la independencia del mediador en relación con el hospital puede verse discutida, la comisión de relaciones con los usuarios toma ciertas medidas para garantizar la neutralidad del mediador, en atención a que el éxito del proceso de mediación reposa principalmente en la confianza que tiene el paciente en el médico mediador, y por ello es necesario que este si bien no pueda garantizar su independencia total, pueda al menos garantizar la neutralidad.

¿Cómo garantizar la neutralidad del mediador?

- En el 50% de los casos, los mediadores nombrados son médicos que están jubilados.
- Los médicos jubilados ejercen su misión de manera benévola.

• Mala atención del personal de acceso y del personal de enfermería.
• Problemas de vigilancia
• Problemas en relación a la información del personal hacia la familia del enfermo (Aspecto compasional).
• Problemas en relación a la hotelería del hospital.
• Problemas en relación a la salida como recuperación de objetos personales o verificación del expediente médico.

- En el 20% de los casos se trata de antiguos médicos o de antiguos jefes de servicio que han cesado en su mandato, pero que son todavía consultantes externos del hospital.
- Solamente en un 30% de los casos se trata de médicos que están aun en ejercicio.

Sería preferible nombrar como mediador a un médico que haya ejercido en el mismo establecimiento, porque él conocerá mejor el funcionamiento de este. Sin embargo, en estos casos, el hecho de que los mediadores sean médicos que hayan ejercido en el hospital será siempre un argumento para discutir la neutralidad, fundada en el hecho, por ejemplo, del vínculo de subordinación existente entre el mediador y su antiguo empleador.

No obstante lo reseñado, el hecho de que se trate en la mayor parte de los casos de médicos jubilados es un punto positivo en atención a que, con 62 años como edad promedio, ellos corresponden bien al perfil requerido, que exige ciertas cualidades tales como la experiencia en el terreno y la autoridad a la vez moral y profesionalidad para enfrentar este conflicto, y presentarse ante sus pares pidiendo explicaciones para poder obtener una visión del conflicto y antecedentes para poder responder al paciente e intentar una solución pacífica del conflicto.

2. Las limitaciones de la mediación ante reclamaciones de carácter indemnizatorio

El segundo carácter contestable de la mediación intrahospitalaria es la facultad restringida que presenta el procedimiento para resolver definitivamente un conflicto. Existe en efecto la facultad del mediador de dar explicaciones y respuestas al paciente, principalmente de restablecer la relación de confianza, pero no se podrá llegar a un acuerdo sobre montos en el caso que la reclamación tenga un carácter indemnizatorio, porque el procedimiento no otorga la posibilidad de llegar a un tal acuerdo, y los pacientes que pretendan obtener una indemnización deberán seguir a instancias superiores ante la presidencia del grupo hospitalario o la comisión regional de conciliación e indemnización.

Ahora bien, y mas allá de las características particulares de la mediación hospitalaria recién descritas, surge la interrogante de saber si este proceso llamado “mediación” corresponde a un proceso de mediación en sentido estricto. La particularidad del sistema en el

cual está implantada la mediación, vale decir al interior del hospital, podría a primera vista hacernos concluir que no estamos en presencia de un proceso clásico de mediación. Es más, el hecho que el mediador no tenga las características de un verdadero “tercero”, imparcial e independiente, sumado al hecho que el procedimiento posea solamente prerrogativas restringidas en cuanto al acuerdo al cual pueden llegar las partes, no hace sino acentuar la duda.

Siendo este el panorama, la respuesta reside una vez más en la distinción entre reclamaciones de orden paramédico y reclamaciones de orden médico.

En el caso de reclamaciones *paramédicas*, normalmente es el encargado de relaciones con los usuarios quien da una respuesta satisfactoria al paciente. Entonces, no se puede considerar que exista aquí una “mediación” por el simple hecho de responder a las quejas y dar explicaciones al reclamante. Además, a esto debemos sumarle que el encargado de relaciones con los usuarios es parte del personal del hospital, y el mediador debe ser por definición un tercero entre el enfermo y el hospital. Sin desconocer el éxito evidente del trabajo efectuado por el encargado de relaciones con los usuarios, sobre todo con el fin de evitar las contiendas y mejorar la calidad de la asistencia médica y hospitalaria, no se puede señalar que se trate de una mediación en sentido estricto. Por su parte, el mediador paramédico al ser un jefe superior del hospital tiene un defecto de independencia que impide calificar su intervención, no muy frecuente en todo caso, como una mediación.

En las reclamaciones de orden *médico*, se puede llegar a una conclusión distinta. La tarea que efectúan los médicos mediadores intrahospitalarios podría ser calificada como una mediación, pero con ciertas particularidades; vale decir que podría ser considerada una mediación de primer grado fundándonos en el hecho que ella tiene como primer objetivo evitar una demanda posterior de carácter indemnizatoria, graciosa, jerárquica o jurisdiccional que podría ser considerada como una mediación exitosa en el caso que esta contienda sea efectivamente evitada. En el caso contrario, se podría afirmar que la mediación intrahospitalaria constituye una primera etapa para establecer, restablecer o mantener el diálogo sobre un terreno de desacuerdo. Justamente, como la mediación tiene también por objeto restablecer la comunicación, no se podría desconocer esta característica al proceso de mediación médica. Ahora bien, en el caso que

una contienda se presente, el proceso de mediación no podrá jamás terminar en un acuerdo de carácter indemnizatorio, porque la ley no le otorga esta facultad al proceso de mediación hospitalario, ya que sólo el Director del establecimiento está facultado para reconocer la responsabilidad del hospital, en un proceso distinto a la mediación que veremos más adelante. Lo importante de este proceso de mediación realizado por los médicos es que abre la puerta al diálogo, que continuará en las otras instancias, y que por regla general conducirá a una solución amigable del conflicto.

Una vez presentadas las especificidades del proceso, podemos presentar la definición dada por Pierre Chevalier, que define la mediación como “un proceso que permite establecer y mantener el diálogo sobre un terreno de discordia para obtener, por vías consensuales y pacíficas, una solución o una explicación comprendida, aceptada y que cada parte haga propia”, definición a la cual se podría agregar “solución que no podrá jamás tener un carácter indemnizatorio”, para comprender mejor el carácter particular de la mediación médica intrahospitalaria, concebida como previo de una contienda.

b) *El procedimiento de mediación médica intrahospitalaria*

Después de haber concluido que la única mediación en el sentido estricto del término que tiene lugar en el seno de los hospitales es la mediación médica, veremos cómo se desarrolla el procedimiento.

Las demandas y reclamaciones susceptibles de involucrar la actividad propiamente médica son comunicadas al médico mediador, al que se le solicita su intervención por toda reclamación que tenga relación con la organización de la atención médica.

El médico mediador recibe a los enfermos por propia demanda de estos, la que se puede hacer por cualquier medio sin mayores formalidades e incluso por teléfono o a través de la misión derechos de los usuarios, que es lo más frecuente. En efecto, es el encargado de relaciones con los usuarios el que después de dar una respuesta preliminar al enfermo demanda la mayoría de las veces la intervención del médico mediador.

El médico mediador facilita el diálogo entre el enfermo y el equipo médico. Si el médico mediador estima conveniente consultar el expediente médico, debe demandar la autorización escrita del paciente o de su representante legal o de sus herederos en caso de muerte. El médico mediador les comunica las informaciones médicas

con respeto de las reglas de la deontología si se trata del paciente o de su representante legal, o respetando las reglas del secreto médico si se trata del representante de los herederos del paciente fallecido.

El médico mediador rinde cuenta de su intervención o de su acción al Director del establecimiento público de salud o al representante legal del establecimiento privado y a la comisión de relaciones con los usuarios. El rol impuesto al médico mediador exige de él una gran disponibilidad y un saber hacer. Él debe tener calidades de entendimiento y saber comunicar. Para ser eficaz, el médico mediador deberá beneficiarse frente a sus colegas de una autoridad moral reconocida.

En estas condiciones, su intervención será admisible en términos deontológicos sobre cuestiones que ponen en tela de juicio la independencia profesional de cada médico en el ejercicio de su arte.

Es importante mencionar aquí para comprender mejor el objeto de la mediación intrahospitalaria que el 80% de las reclamaciones presentadas en los hospitales franceses tienen por origen un problema de información, causado por una mala comunicación entre el médico y el enfermo, o directamente por una mala relación entre ellos.

Cada hospital tiene un médico mediador y sus respectivos suplentes. En el caso de los hospitales de la Asistencia Pública Hospitales de París, hay más de 80 médicos mediadores, que son nombrados por tres años renovables.

b.1. Las principales misiones del médico mediador:

1. Restablecer el diálogo. Aportar las informaciones y explicaciones necesarias de la asistencia médica del paciente, sea un acto de prevención, de diagnóstico o de asistencia propiamente tal; explicaciones que permitirán al reclamante tomar una decisión (quedar conforme con las explicaciones dadas o continuar a una etapa contenciosa);
2. Por intentar restablecer el diálogo, el médico deberá siempre aportar la garantía al paciente de que tendrá un mediador neutro e imparcial que no tomará partido por el establecimiento de salud.

b.2. El médico mediador debe aportar la prueba del éxito de la mediación (lo que no se traduce necesariamente en un acuerdo entre las partes).

Para presentar la prueba del éxito de la mediación, el médico mediador debe preparar la entrevista con el reclamante, porque la mediación debe ser hecha con conocimiento de causa. En primer lugar es importante señalar que no existe una sola manera de efectuar la mediación, porque no existe un reglamento interno ni una ley que reglamente de manera detallada la mediación médica; solamente la misión de mediación está indicada en la ley (especialmente en el Código de la Salud Pública), lo que implica que la forma de efectuar la mediación va a depender de cada mediador.⁸

De manera general⁹, el mediador realiza su entrevista solo con el paciente y no reúne a todas las partes involucradas en el conflicto salvo excepciones. ¿Por qué se realiza de esta manera? Porque la relación médico-enfermo ha sido definida por los mismos mediadores como una relación entre dos personas de manera de hacerla más íntima¹⁰. El médico mediador intenta mantener esta relación a dos y permite restablecer la confianza médico-enfermo. De todas maneras, el médico mediador siempre ofrece al paciente realizar una reunión con el médico o equipo médico involucrado, pero normalmente el paciente se satisface con las explicaciones dadas por el médico mediador y no estima necesario dicho encuentro, en cuyo caso el mediador constata este hecho en el acta de mediación.

En la entrevista de mediación el médico mediador debe entregar al reclamante todas las informaciones para que éste pueda tomar una decisión. Las entrevistas de mediación en materia médica permiten evitar que ciertos litigios lleguen a los tribunales y presenten acciones judiciales que los pacientes lamentaran después¹¹.

Si el paciente no está conforme con las explicaciones dadas por el mediador, él podrá llevar su reclamación ante las instancias correspondientes. La mediación no ha sido concebida como un medio de disuadir a los pacientes de demandar una reparación indemnizatoria,

⁸ - En estos momentos los mediadores de la Asistencia Pública Hospitales de París están preparando una guía para los médicos mediadores, con el objeto de unificar el procedimiento y de formar a las nuevas generaciones de mediadores.

⁹ - De acuerdo a las entrevistas realizadas a distintos médicos mediadores que forman parte de la red de mediadores de los hospitales de la Asistencia Pública Hospitales de París.

¹⁰ - Información obtenida de la investigación sobre la conciliación médica en el seno de los hospitales de la Asistencia Pública-Hospitales de París, realizada en enero-febrero 2005, por Alice Dupuy, estudiante de derecho médico en la Universidad Paris V.

¹¹ - Normalmente, en el 80% de los casos, un paciente bien informado y aclarado no presentará acciones judiciales.

ya que existe una ética de la mediación fundada en una exigencia de neutralidad del mediador. La misión del mediador consiste en informar a los pacientes sus posibilidades de reclamación contenciosas, de la posible demanda de solución amigable ante la Comisión Regional de Conciliación e indemnización, ante la Dirección de Asuntos Jurídicos de la Asistencia Pública, o ante el tribunal administrativo, bajo la exigencia de la demanda previa a la Administración (Dirección de Asuntos Jurídicos).

b.3. Formación de los médicos mediadores en técnicas de conciliación y mediación

La mayor parte de los médicos mediadores no han seguido una formación en técnicas de mediación médica. Sin embargo, ellos están constantemente confrontados a situaciones de conflictos y de tensión, que han aprendido a solucionar con la experiencia pero sin la ayuda de técnicas específicas. Sin embargo, más allá de esta generalidad, el 30% de los médicos conciliadores han seguido una formación, principalmente reuniones de formación en técnicas de mediación organizadas por la Dirección de la Asistencia Pública.

De acuerdo a la información obtenida en entrevista con los médicos mediadores se puede constatar que la mayor parte está de acuerdo en que debería existir una formación centralizada y sistemática. De manera general, los médicos mediadores están interesados en una formación en la función de mediador, con el objetivo de obtener bases jurídicas necesarias, que ellos no han adquirido en su formación como médicos.

b.4. Etapas del procedimiento de mediación médica

Para una mejor comprensión del procedimiento de mediación, dividiremos éste en cuatro partes.

Antes de la audiencia de mediación

1. El médico mediador toma conocimiento de la reclamación escrita del paciente. Debe existir siempre una reclamación escrita de parte del paciente y si el paciente no sabe escribir, el hospital debe entregarle las herramientas para estampar por escrito su reclamación. Lo mismo ocurre para las personas que no hablan francés. La exigencia de la escritura no es una exigencia

legal, pero cada hospital intenta implantarla para facilitar la tarea posterior del mediador.

2. El médico mediador estudia el expediente médico antes de la entrevista, en todos los casos que haya obtenido una autorización escrita del paciente, lo que es una exigencia legal. Si no tiene dicha autorización previa y escrita, deberá obtenerla en la audiencia. El expediente médico es un documento muy preciado y muy práctico para reconstituir la historia del paciente desde su ingreso al establecimiento sanitario. Todos los datos aquí recolectados pueden en efecto llegar a ser muy importantes para restablecer la materialidad de los hechos que constituyen lo previo a una buena interpretación del conflicto.
3. El médico mediador, si lo estima necesario, puede pedir informaciones a las personas directamente involucradas por el conflicto o susceptibles de aportar datos necesarios para aclarar el asunto objeto de la reclamación. En la mayor parte de los casos el médico mediador se entrevista directamente con sus colegas y se conforma con las explicaciones orales que ellos le dan para preparar su audiencia con el paciente. En algunas ocasiones los mediadores piden a sus colegas involucrados en la reclamación explicaciones escritas para completar el expediente de mediación.

Durante la audiencia

1. El médico mediador puede encontrarse con el paciente una o varias veces. Habitualmente él se entrevista con el paciente sólo una vez, pero ciertos médicos mediadores prefieren hacerlo una primera vez, antes de cualquier investigación de su parte o estudio previo del expediente médico, y de una manera informal antes de la entrevista de mediación, argumentando la ventaja de escuchar al reclamante sin tener una idea preconcebida. En estos casos, una segunda entrevista será necesaria.
2. El mediador realiza la lectura de la reclamación con el paciente y le pide confirmarla.
3. El mediador le pide al paciente que le cuente los hechos ocurridos motivo de la reclamación.
4. El mediador puede con el paciente recalificar los daños que estima haber sufrido el paciente, según el orden de importancia que éste último les otorgue.

5. El mediador da al paciente las explicaciones claras de todo lo que este no comprenda de su tratamiento, de su expediente médico o en general de su asistencia médica.
6. El médico mediador aporta la materialidad de los hechos tal como han sido reconstituidos por él.
7. El médico mediador informa al paciente todas sus posibilidades de reclamación contenciosa.

El mediador realiza una conclusión de la audiencia de mediación con el paciente. Esta primera conclusión no es firmada por las partes. Si el médico mediador determina que existe un mal funcionamiento en el servicio se lo expresará al paciente y hará las recomendaciones al hospital para que se mejore el problema. El mediador debe otorgar al reclamante la garantía de que su reclamación no quedará como letra muerta.

Después de la audiencia

El médico mediador presenta un informe de la audiencia de mediación que debe dirigir al Director del hospital, a los miembros de la Comisión de Relaciones con los Usuarios y al paciente.

Este informe es siempre detallado y contiene un resumen de los daños que la víctima estima haber sufrido, exponiendo los hechos y el desarrollo de la audiencia de mediación, terminando con conclusiones y recomendaciones.

El mediador no reconoce responsabilidad. Sólo el Director del establecimiento está habilitado para reconocerla. El mediador solamente puede dar recomendaciones; él no es un perito, por lo tanto sus recomendaciones no tienen valor de prueba. El mediador únicamente puede proponer un mejoramiento de la asistencia médica, tomando en cuenta los intereses del reclamante que no quiere que el mal funcionamiento se repita.

El informe se dirige a la Comisión de relaciones con los usuarios y de la calidad de la asistencia médica. La última palabra del establecimiento la tiene la comisión y en particular el Director. Este informe es debatido por la comisión, principalmente las conclusiones realizadas por el mediador, y después del debate, la Comisión da una opinión sobre lo ocurrido y formula las recomendaciones finales.

El Director recibe el informe del mediador, la opinión de la Comisión (CRUQPC) y la carta de reclamación del paciente o su fami-

lia. Con estos tres elementos el Director dará una respuesta definitiva al paciente.

Plazos del procedimiento de mediación médica

En general no hay un plazo máximo establecido por la ley o por los reglamentos para que el procedimiento se desarrolle. Sin embargo, existen ciertos plazos establecidos por el Código de la Salud Pública en su parte reglamentaria (R. 1112-9 a R. 1112-94) que garantizan en parte el respeto a los derechos del paciente.

1. Desde la demanda de mediación, hay un plazo de ocho días para que el médico mediador se reúna con el paciente. Este plazo es obligatorio para la primera reunión entre ellos y el reclamante, porque nada impide que se reúnan varias veces. Sin embargo en atención al número de reclamaciones y a la comunicación tardía de los antecedentes necesarios para preparar la mediación, este plazo en la práctica es en promedio de 12 días.
2. Después de la mediación, que puede consistir en una o varias entrevistas, el médico mediador tiene un plazo de ocho días para dirigir un informe al Presidente de la Comisión de Relaciones con los Usuarios, quien lo transmite sin plazo a sus miembros y al reclamante.
3. Para que la Comisión estudie este informe, la reclamación y formule recomendaciones en vista de aportar una solución al litigio no existe plazo fijado en la ley.
4. La respuesta final dada por el Director del establecimiento al reclamante debe ser dirigida dentro del plazo de los ocho días siguientes a la reunión donde la Comisión de Relaciones con los Usuarios ha estudiado la reclamación y formulado las recomendaciones.
5. Para que el equipo médico o el médico involucrado entreguen las informaciones pedidas por el médico mediador, las cuales son indispensables para dar una respuesta al paciente y enfren-
tar la mediación, no existe tampoco un plazo fijado en la ley.

b.5. Presencia activa de los abogados en las audiencias de mediación

Un punto sobre el cual se ha discutido mucho en el seno de los médicos mediadores ha sido la presencia activa de los abogados en las audiencias de mediación. Existen ciertos médicos mediadores que

rechazan la presencia activa del abogado cuando asiste a la audiencia de mediación actuando como tal.

El motivo que ellos han dado para rechazar la presencia del abogado es que ellos definen la relación médico-paciente como una relación de confianza, la que puede haberse roto con el médico tratante pero que el médico mediador intentará restablecer con las explicaciones dadas. Los médicos mediadores consideran que la presencia del abogado altera esta relación de confianza.

Otra razón que han expuesto los médicos mediadores es el hecho de que la presencia del abogado en la entrevista es a causa de un espíritu litigioso en el paciente. La presencia activa del abogado puede significar que la mediación sea instrumentalizada para fundar una demanda posterior contra el hospital.

El problema que se presenta es el siguiente: ¿Puede el médico mediador rechazar el acceso del abogado a la entrevista de mediación? La respuesta pareciera ser la negativa por varias razones:

En primer lugar, el reclamante puede hacerse acompañar a la audiencia de mediación por una persona de su elección. La persona elegida puede perfectamente ser un abogado y por lo tanto el mediador no podría impedir que la persona sea asistida por su abogado de confianza.

En segundo lugar, si la misión del mediador es restablecer la confianza rota, actuando siempre de manera neutral, incluso si el paciente tiene la intención de presentar un reclamo de carácter contencioso ante la presidencia del hospital o ante el tribunal que corresponda, la misión del mediador no tendría porque cambiar. El mediador debe siempre intentar dar todas las explicaciones necesarias para restablecer la confianza, manteniendo siempre la prudencia en la manera de expresarse, de manera de no reconocer una responsabilidad del hospital, porque sólo el Director del establecimiento está facultado para hacerlo, después de haber tomado conocimiento del informe realizado por la comisión de médicos consejeros del grupo hospitalario.

Ahora bien, si vemos el problema desde el punto de vista de la oportunidad, la presencia del abogado es de todo punto de vista oportuna. La función que cumplen los abogados en el proceso de mediación es de una importancia vital para la seguridad y el funcionamiento de la institución de la mediación. Esto se debe al hecho que serán estos últimos los que deberán informar y aconsejar a sus clientes sobre

las ventajas y los inconvenientes de someterse a un procedimiento de mediación.

En primer lugar, el abogado deberá informar de manera detallada a su cliente y explicarle en qué consiste este procedimiento no contencioso, porque en la mayoría de los países del mundo se trata de un método alternativo de resolución de conflictos relativamente nuevo y hay muchas personas que hoy en día conocen poco o nada de este nuevo sistema.

En segundo lugar es esencial que las partes tengan conocimiento del hecho de que el mediador en ningún caso podrá suplir el rol del abogado aconsejándolas, porque uno de los pilares de la institución de la mediación reposa sobre el hecho de que el mediador debe mantener durante todo el procedimiento (incluso antes y después) una conducta marcada tanto por la imparcialidad como por la neutralidad en su relación con las partes.

La doctrina ha destacado que, en la mediación, si bien no es obligatorio que las partes sean asistidas de un abogado, si unas de las partes decide hacerlo así, entonces será necesario que la otra parte haga lo mismo para no crear diferencias entre ellas. El hospital y particularmente el equipo médico tienen a su disposición un gran número de juristas que los aconsejan y se ocupan de la defensa de sus intereses. Si las partes no pudieran ser asistidas por un abogado, este equilibrio sería fuertemente alterado.

CAPÍTULO II: PROCEDIMIENTOS DE INDEMNIZACIÓN DE ACCIDENTES MÉDICOS FUERA DEL HOSPITAL, Y LA POLÍTICA TRANSACCIONAL EN LOS CASOS DE RESPONSABILIDAD SANITARIA

A) PROCEDIMIENTO ANTE LAS COMISIONES REGIONALES DE CONCILIACIÓN E INDEMNIZACIÓN

La ley de 4 marzo 2002 fue dictada con la intención de clarificar y facilitar la acción de la víctima de un accidente médico que va de ahora en adelante poder beneficiarse de un procedimiento de solución amigable para obtener una indemnización, en caso de falta e incluso en los casos que la responsabilidad del médico o del establecimiento no sea determinada.

Los artículos L.1142-5 a L.1142-8, R.795-41 a R.795-69 del Código de la Salud Pública prevén las reglas que determinan que las Comisiones Regionales de Conciliación e indemnización son el centro del dispositivo de indemnización de las víctimas de los accidentes médicos. Decimos el centro, porque según se revela en este estudio no es el único medio.

Esta comisión tiene una doble función: una función ligada a la indemnización y una función de conciliación. El procedimiento amigable de indemnización está reservado a los perjuicios graves. Para los accidentes que no presentan el carácter de gravedad, la Comisión Regional puede ejercer su función de conciliación.

En todos los casos, las víctimas podrán presentar su demanda ante los tribunales, porque la demanda previa a la Comisión no es un requisito obligatorio al procedimiento contencioso ante el tribunal que corresponda.

La Comisión Regional de Conciliación e Indemnización va a emitir un dictamen sometido a algunas condiciones. Este dictamen podrá declarar que el daño resulta de una falta que genera la responsabilidad de un profesional de la salud, del establecimiento de salud o de un fabricante de los productos médicos. El dictamen de la comisión podrá, al contrario, concluir que el daño no se vincula con ninguna falta. En este último caso, se iniciará un procedimiento específico de indemnización de las consecuencias de este accidente médico, esta afección iatrogénica o infección nosocomial, a título de solidaridad nacional.¹²

Los artículos L. 1142-5 a L. 1142-8 del Código de la Salud Pública determinan la organización general de los procedimientos de solución amigable. El decreto N° 2002-886 de 3 de mayo de 2002 precisó la composición y el funcionamiento de las CRCI. Por otra

¹² .- La ley de 4 de marzo de 2002 dispone que causan derecho a reparación, a título de solidaridad nacional, con reserva del carácter de gravedad exigido por la ley: 1) los accidentes médicos, que pueden definirse como toda consecuencia desfavorable de un acto médico, independiente de toda falta, cuando el estado del paciente y las circunstancias patológicas no hacían estas consecuencias normalmente previsibles; 2) las afecciones iatrogénicas que pueden definirse como los daños que resultan del tratamiento puesto en obra, independientemente de toda falta en la elección o la administración este o de todo defecto del producto de salud utilizado; y 3) las infecciones nosocomiales, definidas como las infecciones aparecidas a consecuencia de una hospitalización, siempre que ellas no existieran en el momento de la puesta en obra del acto generador o de la admisión en el establecimiento de salud, siempre que ellas no sean reveladoras de ningún principio de responsabilidad (falta o responsabilidad de pleno derecho), que ellas superen una cierta gravedad o que ocasionen la muerte del paciente.

parte, la circular N° 2002-516 del 8 de octubre de 2002 fija las modalidades de puesta en obra de estas nuevas instancias.

Las CRCI han sido instaladas en cada región. La ley del 30 de diciembre de 2002 abrió la posibilidad de instituir una CRCI competente sobre varias regiones.

La importancia de la ley y en particular la instauración de nuevos procedimientos de indemnización de los accidentes médicos fue la urgencia de acelerar la indemnización de las víctimas de errores médicos, así como de las personas que se encontraban incapacitadas producto de un accidente médico no culpable. Los órganos jurisdiccionales, tanto del poder administrativo como judicial, se esforzaban de reparar el riesgo médico al precio de contorsiones jurídicas criticadas por la doctrina y fuera de toda ley. La ley de 4 marzo de 2002 le dio una base legal a la solución amigable de litigios, e instauró la institución del alea terapéutico para indemnizar a todas las personas que sufran un accidente médico.

1. *COMPOSICIÓN Y CONSULTA DE LA CRCI*

a) *Composición*

El decreto N° 2002-886 del 3 de mayo de 2002 fijó la composición de la Comisión. Cada Comisión Regional de Conciliación e Indemnización de accidentes médicos, afecciones iatrogénicas e infecciones nosocomiales es compuesta por:

1. Un presidente nombrado por el Ministro de Justicia;
2. Seis representantes de los usuarios propuestos por las asociaciones de usuarios del sistema de salud que hayan sido objeto de una autorización al nivel regional;
3. Dos representantes de profesiones de salud que ejerzan con carácter liberal, designados después de un dictamen de las instancias regionales de las organizaciones sindicales representativas;
4. Un responsable de un establecimiento público de salud propuesto por las organizaciones de hospitalización pública entre los más representativos a nivel regional;
5. Dos representantes de la Oficina Nacional de Indemnización de los Accidentes Médicos (ONIAM)¹³;

¹³ .- ONIAM, es un establecimiento público de carácter administrativo bajo la tutela del Ministro de Salud. La ONIAM se encarga de la indemnización en conformidad con la

6. Dos representantes de empresas reguladas por el Código de Seguros;
7. Cuatro personalidades calificadas en el ámbito de la reparación de los perjuicios corporales.

Estas Comisiones son presididas por un magistrado del orden administrativo o judicial, en actividad o con carácter honorario. Los miembros son nombrados por un período de tiempo de tres años renovable. Se nombra a suplentes que no participan en las deliberaciones en caso de ausencia del titular para cada uno de los miembros de la comisión.

Esta composición pluridisciplinaria permite hacer valer la opinión de cada protagonista afectado por actos que dan origen a responsabilidad médica, y esta confrontación ha sido considerada esencial para permitir obtener soluciones que reúnan un determinado consenso.¹⁴

Estas comisiones deben tener como características la garantía de independencia y la de imparcialidad, aunque no tengan como misión juzgar. Para garantizar su independencia, los gastos de funcionamiento de estas comisiones están garantizados por la Oficina Nacional de Indemnización (ONIAM). De otra parte, sus miembros y toda persona que conoce los documentos e información presentada en el marco del Reglamento amistoso están sujetos al secreto profesional.

La CRCI solamente puede deliberar si al menos siete de sus miembros en ejercicio están presentes. En caso contrario, una nueva sesión se celebra, sin obligación de quórum, al término de un plazo de quince días. Los dictámenes de la Comisión se aprueban por mayoría de los miembros presentes. En caso de igualdad de votos, la del Presidente es preponderante.

b) Requerimiento de la CRCI

La intervención de la Comisión Regional de Indemnización y Conciliación puede ser requerida por toda persona que se considere víctima de un daño imputable a una actividad de prevención, diagnóstico o cuidados médicos. Si la víctima es un menor o un incapaz absoluto, la Comisión puede ser requerida por su representante legal.

solidaridad nacional de los daños causados por un accidente médico sin falta, de una afección iatrogénica o de una infección nosocomial.

¹⁴ .- Catherine Paley-Vincent, "Responsabilité du médecin", Ediciones Masson, París, 2002.

Si la víctima muere, el requerimiento podrá ser efectuado por sus herederos.

La demanda debe ser enviada por carta certificada con acuso de recibo o depositada ante el Secretariado contra recibo de la Comisión regional con competencia en el lugar donde fue efectuado el acto de prevención, de diagnóstico o de cuidados médicos, por medio de un formulario establecido por la ONIAM. La demanda debe acompañarse de una serie de justificantes, en particular un certificado médico que certifique la consistencia precisa de los daños de los que el solicitante es o se considera víctima.

El ministerio de abogado no es obligatorio, porque el legislador no quiso judicializar el procedimiento delante de la CRCI. Sin embargo es preferible que las víctimas se hagan asistir de un abogado o de un médico, sobre todo si el reclamo intenta cuestionar el actuar de tal médico o tal establecimiento. A falta de asistencia, los servicios jurídicos de la Comisión pueden ayudarles a formular mejor sus solicitudes o sus quejas.

En el requerimiento, la persona debe informar a la CRCI de los procedimientos jurisdiccionales relativos a los mismos hechos y que han sido presentados a los tribunales y que estarían eventualmente en curso. Del mismo modo, si una acción judicial ha sido presentada, la persona debe informar al juez del requerimiento a la Comisión. La consulta de la Comisión suspende los plazos de prescripción y los recursos contenciosos hasta el término del procedimiento.

2. *COMPETENCIA DE LA CRCI*

Las Comisiones Regionales de Conciliación e Indemnización tienen dos misiones principales, una misión de conciliación y una misión en materia de indemnización o de solución amigable de litigios¹⁵.

a) *CRCI requerida en materia de solución amigable del conflicto (en materia de indemnización):*

La Comisión sólo puede intervenir en materia de solución amigable del conflicto si se reúnen un determinado número de requisitos.

¹⁵ .- Aunque parezca errónea la terminología empleada, ya que la conciliación constituye una especie dentro del género modos de solución amigables del litigio, en la ley se les otorgó un sentido distinto, dependiendo de la labor que realiza la Comisión, según veremos enseguida.

La Comisión Regional requerida del asunto debe en primer lugar pronunciarse sobre su competencia en razón de la gravedad del daño. Si retiene su competencia, emite un dictamen sobre la base del cual se efectuará la solución transaccional con el fin de obtener la indemnización.

En primer lugar, el hecho generador del daño no debe ser anterior al 5 de septiembre de 2001. Ahora bien, la competencia de la Comisión Regional se limita a los daños que presentan un carácter de gravedad definido por decreto (Artículo D.1142-1 del Código de Salud Pública).

La Comisión no interviene más que para reparar los daños más graves tales como:

1. Porcentaje de incapacidad permanente superior al 24%;
2. Incapacidad temporal para el trabajo de seis meses consecutivos o no consecutivos sobre un período de doce meses;
3. Ineptitud de ejercer la actividad profesional que ejercía antes de ocurrido el daño;
4. Aparición, tras el accidente, de desórdenes especialmente graves, incluido de orden económico, en las condiciones de existencia de la víctima. Estos desórdenes resultan de la privación de la posibilidad de vivir en su medio natural. Se aprecian caso a caso y soberanamente por la Comisión.

Si los criterios de competencia mencionados, los cuales no son copulativos sino alternativos, no son reunidos, la víctima tiene la posibilidad de dirigirse a los tribunales competentes del lugar donde se produjo el daño o requerir la Comisión Regional en su función de conciliación.

a.1. Procedimiento aplicable

La ley obliga a la Comisión a emitir sus dictámenes sobre el fundamento de un peritaje a menos que el expediente sea manifiestamente inadmisibile, o que el daño sea previo al 5 de septiembre de 2001.

En función de los casos, la Comisión podrá pedir dos tipos de informes periciales:

- Peritaje previo: Se trata de un peritaje simple destinado a apreciar si la víctima alcanza los límites máximos de admisibilidad exigidos. Este peritaje se confía a un único médico, que funda

su peritaje en documentos y se presenta bajo la forma de un certificado médico.

- Peritaje de fondo: En ese caso la comisión puede en principio nombrar a uno o dos expertos, dependiendo de si el enfermo está afectado de una o varias patologías. Los expertos son elegidos de una lista de los expertos enviados por la Comisión Nacional de Accidentes Médicos (CNAM)¹⁶.

Todas las operaciones del peritaje se desarrollan en presencia de las partes, o en su ausencia si han sido debidamente convocadas, las que podrán hacerse asistir por una o más personas de su elección. Este peritaje tiene un carácter contradictorio; un intercambio de documentos se instaurará entonces entre todas las partes, para respetar el carácter contradictorio del debate.

El plazo en el cual el informe debe presentarse viene determinado por la CRCI; normalmente a los expertos se les asignan plazos muy breves para depositar sus informes y estos son en promedio de cuatro meses. El informe de peritos es gratuito para las partes, dado que su costo es asumido por la Oficina Nacional de Indemnización (ONIAM).

a.2. Dictamen emitido por la Comisión

El informe pericial debe ser dirigido 15 días antes de cada reunión a cada uno de los miembros titulares de la Comisión. Cada uno tiene un plazo razonable para examinar los expedientes a fin de estar en condiciones de emitir un dictamen.

La CRCI comunica el informe pericial a todas las partes. Las partes interesadas deben ser informadas de la fecha en la cual la Comisión se reúne con el fin de emitir su dictamen.

El dictamen de la comisión precisa cada tipo de perjuicio (incapacidad permanente parcial; perjuicios económicos como perjuicio profesional; gastos médicos; perjuicios extrapatrimoniales, como el daño moral; perjuicios de inserción social; y perjuicios estéticos), las circunstancias, las causas, la naturaleza y la magnitud de los daños sufridos así como su valoración sobre las responsabilidades incurridas.

¹⁶ .- Comisión dependiente de los Ministerios de Justicia y de Salud, compuesta de profesionales de salud, representantes de los usuarios y personas calificadas. Corresponde a esta Comisión nacional designar a los peritos competentes para figurar en la lista nacional luego de la evaluación de los respectivos conocimientos.

El dictamen va dirigido por carta certificada con acuse de recibo al solicitante, a la Oficina Nacional de Indemnización (ONIAM) así como al profesional, al establecimiento, al centro, organismo de salud o fabricante, al explotador o al distribuidor de los productos de salud cuya responsabilidad se cuestionó por el solicitante y a su asegurador.

Cuando la Comisión emite su dictamen, varias hipótesis son posibles:

- El CRCI retiene una falta imputable a un profesional de salud

En esta hipótesis el CRCI se dirige al asegurador que garantiza la responsabilidad civil o administrativa de la persona estimada como responsable por la Comisión¹⁷.

El asegurador o la persona responsable tiene un plazo de cuatro meses contados desde la recepción de este dictamen para hacer una oferta de indemnización que se destina a la reparación íntegra de los perjuicios sufridos, dentro de los límites máximos de garantía de los contratos de seguro.

Esta oferta indica la evaluación efectuada por cada tipo de perjuicio así como el importe de las indemnizaciones que corresponden a la víctima, o a sus beneficiarios. La aceptación de la oferta del asegurador vale transacción en el sentido del artículo 2044 del Código Civil francés. El pago debe entonces producirse en el plazo de un mes a partir de la recepción por el asegurador de la aceptación de su oferta por la víctima; en el caso contrario, las sumas no pagadas producen automáticamente interés por el doble del tiempo legal a partir de la expiración de este plazo y hasta al día del pago efectivo.

En caso de silencio o negativa explícita por parte del asegurador a realizar una oferta o cuando el responsable de los daños no cuenten con un seguro o la cobertura del respectivo seguro se encuentre agotado, la Oficina Nacional de Indemnización se substituye al asegurador. En el caso de que en el plazo de cuatro meses de los que dispone el asegurador este no realice la oferta de indemnización, la víctima o sus beneficiarios pueden presentar a la ONIAM, por carta certificada con acuse de recibo, una solicitud con el fin de obtener

¹⁷ .- En Francia, por ley de 4 de marzo de 2002, existe una obligación legal de contratar un seguro de ejercicio médico, tanto para los profesionales independientes como para los establecimientos de salud.

una indemnización de su parte¹⁸. La víctima en cualquier caso puede rechazar la oferta que es efectuada por la ONIAM y presentar una demanda ante el tribunal competente.

- El CRCI no retiene ninguna falta

La Comisión puede considerar que el daño es consecuencia de un riesgo médico o alea terapéutico o rechazar pura y simplemente la demanda si considera que el daño es resultado del estado anterior del paciente.

- El CRCI retiene el riesgo terapéutico

La Comisión regional puede considerar que el daño es resultante de un accidente médica no culpable o riesgo terapéutico. La doctrina definió el riesgo terapéutico como el accidente médico ocurrido sin responsabilidad de un profesional o de un establecimiento de salud. Se incluyeron como elementos constitutivos del riesgo:

1. Complicación imprevisible;
2. Consecuencia anormal respecto al estado de salud previo como la evolución previsible de este estado;
3. Ausencia de falta médica.

Cuando la Comisión regional considera que el daño es resultante de un riesgo terapéutico, es la ONIAM que dirige directamente a la víctima o sus herederos, en el plazo de cuatro meses, una oferta de indemnización como reparación íntegra de los perjuicios. Si la víctima acepta la oferta, la aceptación pondrá fin al litigio. Si la víctima rechaza la oferta, podrá presentar la demanda ante el tribunal competente.

La ONIAM no está obligada a dar curso favorable a los dictámenes de la Comisión si considera que estos dictámenes son infundados. La ley no prevé penalización a la decisión de la ONIAM que rechaza realizar una oferta de indemnización de acuerdo a un dictamen de la Comisión.

- El CRCI retiene una pluralidad de causas

Las comisiones admiten una división de las causas entre falta y estado previo del paciente cuando la primera de estas causas no

¹⁸ .- Una penalización está prevista por el legislador en caso de negativa por parte del asegurador a efectuar una oferta o cuando el responsable de los daños no se encuentra asegurado. El Juez puede, en esta hipótesis, condenar al asegurador o al responsable a pagar a la ONIAM una suma igual al 15% de la indemnización que se asigna a la víctima.

hace sino contribuir a la realización del daño; tampoco esta prohibido admitir una yuxtaposición del estado previo con el riesgo, cuando por ejemplo el acto de cuidado se producía sobre un terreno muy debilitado por la edad o la enfermedad.

Si la CRCI determina que el daño es causado en parte por el riesgo y en parte por un accidente médico culpable, determinará también los porcentajes que corresponden a uno y otro. Por ejemplo, podrá determinar que el daño es debido en un 70% al riesgo y un 30% por la falta. En ese caso la ONIAM deberá hacer una oferta que corresponderá al 70% y el asegurador o la presidencia del grupo hospitalario (AP-HP) el 30% restante.

b) CRCI en materia de conciliación

La Comisión Regional tiene la posibilidad de designar a un conciliador encargado de que las partes en conflicto encuentren un acuerdo. El conciliador debe intentar encontrar un terreno de acuerdo entre el asegurador del profesional de salud responsable del daño y la víctima. La competencia de la CRCI en materia de conciliación es especialmente útil cuando no se alcanzan los límites máximos competencia del CRCI en materia de solución amigable de conflicto, que es lo que acabamos de explicar.

Según la doctrina el Código de la Salud Pública, en su artículo L.1142-5 párrafo 2 y R. 1142-19 a 1142-23, tiene una normativa discreta sobre el procedimiento de conciliación, aunque esta arriesgaba de ser entre los dos procedimientos previstos la que debía ser la sola o principal en la práctica a disposición de las víctimas debido a las condiciones de acceso muy estrictas puestas al procedimiento de arreglo amigable. Sin embargo, en la práctica, la CRCI no ha sido demandada en materia de conciliación muy a menudo. En realidad, los informes de la ONIAM muestran un escaso número de solicitudes de conciliación en las comisiones regionales, lo que traduce según algunos autores claramente el fracaso de procedimiento tal como estaba previsto por los textos. El primer semestre de 2006 la CRCI actuó en favor de una conciliación 106 veces, lo que presenta un aumento con relación al mismo período de 2005, donde hubo solamente 57 solicitudes. Este crecimiento es significativo, pero es sin embargo marginal desde un punto de vista cuantitativo en relación al procedimiento de arreglo amigable.

El Presidente de la comisión podrá, si esto favorece la solución del litigio y con acuerdo del demandante, inhibir del conocimiento del asunto a la CRCI y transmitir el reclamo a la comisión de relaciones con los usuarios y de la calidad de la asistencia médica del establecimiento involucrado, a la asamblea interprofesional regional regulada en el artículo L. 4393-2 del Código de la Salud Pública o al Consejo Departamental del orden involucrado.

La CRCI puede delegar la conciliación a uno de sus miembros o a una persona exterior que en razón de su calificación y de su experiencia presente garantías de competencia y de independencia (Código de la Salud Pública, artículo R. 1142-22).

B) DEMANDAS DE INDEMNIZACIÓN Y RECURSOS FUERA DEL HOSPITAL Y LA POLÍTICA TRANSACCIONAL DE LA PRESIDENCIA DEL GRUPO HOSPITALARIO

“Dictar justicia no es más que la segunda deuda de la sociedad; impedir los procesos es la primera. Es necesario que la sociedad inculque a las personas que, para llegar al templo de la justicia, es necesario pasar por el de la concordia; espero que pasando por ahí ustedes transigirán”¹⁹.

La ley 16-24 de 1790 hizo de la conciliación previa obligatoria un principio fundamental como medio de poner en obra uno de los grandes principios de opinión que rigieron el siglo XVII, según el cual existe un derecho natural, donde el derecho se confunde con la equidad y que debe regir también el derecho público como las relaciones entre los individuos. Como escribía Voltaire, no se debe permitir a las partes alegar ante los tribunales más que después de haber buscado apaciguar el espíritu litigioso en ellas. No es sino cuando “*la locura es incurable, que se debe autorizar a alegar como se abandona a la amputación por los cirujanos un miembro gangrenado, entonces la justicia actuará*”²⁰

La transacción en los hospitales públicos ha sido parte importante del sistema de solución amigable de los conflictos médicos en Francia. Se podría afirmar que existe en la Asistencia Pública Hospi-

¹⁹ .- Debates preparatorios de la ley de 16-24 de agosto 1790, citado por Arnaud Lyon-Caen, en “la transacción en derecho administrativo”, 20 de enero de 1997.

²⁰ .- Citado por Arnaud Lyon en “transacción en derecho administrativo”, ob. Cit.

tales de París, como en los demás grupos hospitalarios, una verdadera política transaccional que tiene por objetivo indemnizar cada vez que la responsabilidad resulta incontestable, evitando las demandas ante los tribunales. Antes de estudiar la transacción propiamente tal, veremos las vías mas frecuentes para dirigirse a la Administración demandando la responsabilidad hospitalaria.

1. *EL RECURSO GRACIOSO Y JERÁRQUICO* ²¹

En general, en la Administración Pública, toda decisión tomada, es necesariamente definitiva. Ella puede dar lugar a un recurso gracioso o jerárquico.

a) *Recurso gracioso*

El usuario puede dirigirse al autor del acto administrativo y pedirle que reponga su decisión. El autor del acto podrá, por respuesta escrita al recurso:

1. Mantener su decisión;
2. Revocarla, derogarla para el futuro; o
3. Retirarla, lo que hará desaparecer sus efectos retroactivamente.

b) *Recurso jerárquico*

El usuario puede pedir al superior jerárquico del agente controlar o anular el acto de su subordinado. El superior jerárquico debe estar a la cabeza del respectivo Servicio, vale decir el Director del hospital o a nivel superior el Director general del respectivo grupo hospitalario.

Para demandar la responsabilidad hospitalaria, la víctima o sus herederos deben presentar un recurso gracioso o jerárquico a la Administración. Se trata de la aplicación de la regla imperante en derecho administrativo de la decisión previa establecida por el artículo R. 421-1 del Código de la Justicia Administrativa.

La regla de la decisión previa obliga a todo administrado que desee demandar a la Administración ante los tribunales a impugnar una “decisión” de la Administración. Esta regla se aplica a todos los litigios y tiene especial importancia en las contiendas de la responsabilidad, porque en esos casos no se trata de un acto administrativo

²¹ .- “Las reclamaciones en el hospital, escuchar, informar, orientar”; Estudio realizado por el departamento de los derechos del paciente de la Asistencia Pública Hospitales de París.

sino de un daño material el que ha ocurrido. El requirente debe provocar la decisión por la vía de solicitar la reparación al órgano administrativo responsable del daño.

Los recursos gratuitos o jerárquicos no están sujetos a ninguna regla de forma; ellos pueden ser dirigidos a la administración hospitalaria en cualquier momento, en papel libre.

La decisión a la cual arriban los recursos gratuitos o jerárquicos puede dar lugar a un recurso contencioso ante la jurisdicción, en vista de anular a la vez la decisión administrativa inicial que el requirente contesta y la decisión administrativa que sigue al recurso gratuito y que rechaza la petición del requirente.

Una vez presentado el recurso gratuito o jerárquico, la Administración tiene un plazo de dos meses para responder. Si el plazo de dos meses expira sin respuesta a la Administración, este silencio valdrá como una respuesta implícita de rechazo. Será esta decisión implícita de rechazo que deberá ser contestada ante el juez administrativo.

2. *LA TRANSACCIÓN EN LA PRESIDENCIA DEL GRUPO HOSPITALARIO*

La transacción es un procedimiento muy utilizado por los establecimientos públicos de salud, por el cual el establecimiento de salud y el paciente o sus herederos solucionan amigablemente un litigio referente a la indemnización de un perjuicio fijando ellos mismos el monto de la reparación.

El requirente se compromete entonces a no presentar en lo futuro, amistosa o judicialmente, ninguna reclamación relativa al perjuicio objeto de la transacción, excepto agravación posterior de su estado.

El procedimiento de transacción puede ser iniciativa del reclamante, pero resulta generalmente de una propuesta de la Administración hospitalaria realizada a consecuencia de una demanda de indemnización, en casos donde la responsabilidad del establecimiento es efectiva. El hospital en su respuesta al paciente del recurso gratuito o jerárquico presentado reconoce su responsabilidad y realiza una oferta de indemnización.

Desde hace casi treinta años la Asistencia Pública utiliza la técnica de la transacción para poner fin, siempre que es posible, a los litigios de los cuales ella es parte; en particular, en materia de responsabilidad hospitalaria.

El desarrollo de esta política transaccional en los grupos hospitalarios se debe esencialmente a tres factores²²:

1. La masa presupuestaria de la Asistencia Pública le permitió, a partir de 1977, decidir ser su propio asegurador para la mayoría de daños en que ella podía verse obligada a pagar una indemnización; en particular, en materia de responsabilidad médica y hospitalaria. Después de la ley de 4 de marzo de 2002, la Asistencia Pública fue expresamente exonerada de la obligación de seguro²³.
2. La Asistencia Pública está dotada de una Dirección de los Asuntos Jurídicos (DAJ), integrada por juristas competentes, acostumbrados a tratar los expedientes de responsabilidad médica. Una oficina especializada en responsabilidad médica, que trata numerosos casos en la materia, en la medida del tamaño de la Asistencia Pública, permite a estos agentes conocer bien las normas relativas a la responsabilidad hospitalaria y, cuando proceda, evaluar de manera tan satisfactoria como sea posible el monto de los perjuicios sufridos.
3. El artículo R. 716-3-7 del Código de la Salud Pública, que rige a la Asistencia Pública, prevé que el Consejo de Administración solamente delibere sobre las acciones judiciales y las transacciones referentes a los litigios de un importe superior a un monto fijado por decreto de los Ministros encargados de Presupuesto, Salud y Seguridad Social. El decreto interministerial de 24 de marzo de 1993, publicado en el Diario Oficial el 1 de abril de 1993, fijó el monto en 3.000.000 francos, lo que representa alrededor de 457.000 euros.

Si se trata de sumas inferiores a las mencionadas, es el Director General de la Asistencia Pública, y por delegación de firma, el Director de los asuntos jurídicos y sus colaboradores, quien es competente para concluir una transacción, sin deliberación previa del Consejo de Administración. Esta situación ha permitido a los grupos hospitala-

²² .- Alain Levasseur. "Las transacciones: el ejemplo de la Asistencia Público-Hospitales de París", Actualidad jurídica-Derecho Administrativo, 20 de enero de 1997.

²³ .- Todos los establecimientos públicos tienen la obligación desde la entrada en vigencia de la ley de 4 de marzo de 2002, de tener un seguro de responsabilidad civil. Sin embargo, una derogación a esta obligación de seguro puede ser concedida, por decreto del Ministro de Salud, a los establecimientos públicos de salud que dispongan de recursos financieros suficientes que les permiten hacer frente a los pagos por los daños ocasionados en condiciones equivalentes a las que resultarían de un contrato de seguro

rios no sólo tener la libertad de transigir directamente con los usuarios o beneficiarios, sino también disponer de la competencia técnica para llevar a cabo el procedimiento transaccional.

a) *El procedimiento transaccional*

En el caso particular de la Asistencia Pública, para los dominios donde es su propio asegurador, esta puede proponer a un usuario el procedimiento de transacción para poner fin a un litigio de responsabilidad hospitalaria.

Después de la recepción de una demanda de indemnización presentada por un paciente o sus herederos, la Dirección de los Asuntos Jurídicos consulta sistemáticamente al Director del hospital un informe, tratándose de información que no esté cubierta por el secreto médico. Éste informe lo transmite al jefe del servicio médico interesado.

Al mismo tiempo, la Dirección de los Asuntos Jurídicos, por medio de su oficina de responsabilidad médica, consulta a uno de sus médicos consejeros, quien realiza un informe. Convoca a este efecto, cuando proceda, al reclamante, que puede ser acompañado de su propio consejo médico. Se consulta con el acuerdo escrito del paciente el expediente médico y se oye al personal médico y paramédico afectado por el litigio.

Los elementos a disposición del médico consejero para presentar su informe son:

1. La copia de la reclamación;
2. El acta de la entrevista en que reclama en el servicio en cuestión;
3. El expediente médico;
4. Las respuestas a las cuestiones planteadas por el médico Consejo al jefe de servicio interesado.

Al igual que un informe de expertos, el informe del Consejo Médico de la Asistencia Pública da a la Dirección de asuntos jurídicos los elementos necesarios para pronunciarse sobre la responsabilidad del establecimiento así como para evaluar, cuando proceda, los distintos tipos de perjuicio y proponer una transacción. Es principalmente sobre el fundamento de este informe que la presidencia del grupo hospitalario toma su decisión.

Generalmente, se tratará de una decisión definitiva, que tomará la forma:

1. De una desestimación de la demanda de indemnización si la Dirección de Asuntos Jurídicos considera que la responsabilidad del hospital no está comprometida o la falta alegada no se constituye claramente; o
2. En la hipótesis contraria, un reconocimiento de responsabilidad y una propuesta de indemnización.

En los casos en que la Asistencia Pública proponga una indemnización, el importe se fija en virtud de criterios muy objetivos, como los referenciales ONIAM (el importe fijado por los tribunales administrativos en casos similares), pero siempre teniendo en cuenta las características particulares del caso concreto. Es por eso que la Dirección de Asuntos Jurídicos puede, en el curso del procedimiento, pedir a los requirentes complementos de información o justificantes sobre algunos tipos de perjuicio, en particular de origen económico.

En ocasiones, la Asistencia Pública puede, reconociendo al mismo tiempo su responsabilidad, ser reticente a proponer una indemnización definitiva, por distintas razones. Será el caso, por ejemplo, cuando las responsabilidades se comparten entre distintos hospitales (entre los cuales algunos exteriores a la Asistencia Pública) y la Asistencia Pública no dispone de medios de investigación relativa a los otros hospitales eventualmente responsables. En estos casos, la Asistencia Pública prefiere que el conflicto sea resuelto por los tribunales administrativos que correspondan. Sin embargo, ante estas situaciones muy difíciles y cuando su responsabilidad no es dudosa pero sí compartida, la Asistencia Pública prevé a menudo conceder espontáneamente una provisión que permitirá al requirente cubrir sus necesidades inmediatas y esperar en mejores condiciones la decisión jurisdiccional.

Ahora bien, cada vez que la Asistencia Pública hace una oferta de indemnización al paciente o a sus herederos, estos pueden no aceptar su proposición, considerando que el importe de la indemnización propuesta es insuficiente. En ese caso, el litigio puede ser llevado ante el juez administrativo en el plazo de recurso contencioso.

b) Protocolo de acuerdo

Toda oferta de indemnización aceptada por la víctima del perjuicio o sus herederos se manifiesta por un protocolo de acuerdo o contrato de transacción.

En este protocolo, en primer lugar se procede a la individualización de las partes que firman el convenio. Previamente al acuerdo sobre el importe de la indemnización, debe existir una exposición de los hechos así como el reconocimiento por parte del hospital o funcionario de su responsabilidad por los hechos expresamente descritos.

Después de haber descrito los hechos que causaron el daño y haber reconocido la responsabilidad de la Asistencia Pública, las partes convienen sobre la indemnización, las renunciaciones, el carácter transaccional del protocolo de acuerdo y la forma de pago.

Cuando la transacción se concluye, ella no es sin embargo inmediatamente ejecutoria.

En primer lugar, es siempre necesario obtener el visado del contralor financiero, que es un funcionario del Estado, independiente y sin ningún vínculo de subordinación con el Director General de la Asistencia Pública.

El decreto interministerial del 26 de marzo de 1993 dispone que se someten al visado previo del controlador financiero las decisiones relativas a la indemnización de los perjuicios. El Controlador debe examinar todas las transacciones sujetas a su visado, desde el punto de vista de la exactitud de las evaluaciones efectuadas por la Dirección de Asuntos Jurídicos de la Asistencia Pública. El controlador sólo puede negar el visado si existe una decisión deliberada del Ministro de Salud en este sentido. Este mecanismo de control constituye una garantía eficaz de que la Administración no pagará más que lo que efectivamente debe.

Por otra parte, tratándose de la indemnización concedida a menores, la transacción debe haber recibido la autorización del juez de menores. Esto se debe a la renuncia de acciones que la transacción implica. En efecto, en términos del artículo 389-5 del Code civil, los padres no pueden renunciar por un menor a un derecho sin el acuerdo del juez de tutelas.

c) Plazos del procedimiento transaccional

El procedimiento de solución amigable del litigio es muy favorable para la protección de derechos de paciente, sobre todo desde el punto de la vista del ahorro de tiempo por la brevedad de los plazos que el procedimiento implica.

Normalmente los expedientes que son iniciados por recursos gratuitos o jerárquicos se solucionan amigablemente al interior de

la Asistencia Pública en un plazo que en promedio no supera los seis meses. En cambio, los plazos de espera de una sentencia definitiva, por un recurso iniciado judicialmente ante los tribunales administrativos, son en promedio tres años.

Si la solicitud de solución amigable se presentó delante de la Comisión Regional de Conciliación y de indemnización y esta determina en su dictamen que existe a falta de la Asistencia Pública, el plazo será más largo, ya que la CRCI tiene un plazo de seis meses para emitir su dictamen y después de dicho dictamen la Asistencia Pública tiene un plazo de cuatro meses para hacer una oferta de indemnización.

d) Prescripción de acciones, suspensión e interrupción de los plazos de prescripción

La prescripción de las acciones de responsabilidad médica fue unificada por la ley de 4 de marzo de 2002. El artículo L. 1142-28 del Código de la Salud Pública dispone que las acciones que tienden a hacer efectiva la responsabilidad de los profesionales de salud o de los establecimientos de Salud públicos o privados en ocasión de actos de prevención, diagnóstico y cuidados médicos prescriben en diez años a partir de la consolidación del daño.

La fecha inicial del plazo de prescripción es la fecha de la consolidación del daño, lo que ha dado lugar a algunas interrogaciones en la doctrina. Normalmente la consolidación se define como: “(...) *el momento en que, tras el estado transitorio que constituye el período de cuidados, la lesión se fija y toma un carácter permanente, no necesariamente definitiva, de tal manera que un tratamiento no es ya, en principio, necesario sino para evitar una agravación, y que es posible apreciar un determinado grado de incapacidad permanente consecutiva al accidente, bajo reserva de recaídas y revisiones posibles*”²⁴.

La ley de 4 de marzo de 2002, al unificar los plazos de prescripción en 10 años, redujo los plazos de prescripción ante la jurisdicción civil (antigua prescripción treintenaria) y al mismo tiempo alargó los plazos de prescripción ante la jurisdicción administrativa (antigua prescripción de cuatro años).

²⁴ Dr. Antoine Rogiez, revista de medicina física y de readaptación, N°64-3 trimestre 2002.

El plazo de prescripción no se suspende ni se interrumpe por la presentación de un recurso gracioso o jerárquico ante la Asistencia Pública-Hospitales de París; el demandante dispone en principio de un plazo de 10 años para presentar una demanda ante el tribunal administrativo a partir de la fecha de consolidación del perjuicio.

Pero en cualquier caso, el recurso ante el juez administrativo debe efectuarse en principio en el plazo de dos meses contados desde la notificación al reclamante, por el hospital, de la decisión que no satisface sus pretensiones. Si la administración hospitalaria se abstiene de responder a la reclamación del usuario, el silencio de su parte, al cabo de cuatro meses, vale decisión implícita de rechazo. Al término de estos cuatro meses, es el plazo de prescripción decenal que debe aplicarse, y no el plazo de dos meses. De ahí la importancia para la Administración de dar una respuesta explícita a los reclamantes.

En cambio, el plazo de prescripción y recursos contenciosos se suspenden por la solicitud presentada ante de la Comisión Regional de Conciliación y de Indemnización, hasta que finalice el procedimiento ante esta comisión.

CONCLUSIONES

A pesar de una consagración legislativa tardía, el sistema francés de solución amigable de conflictos médicos conoce hoy un éxito innegable. Aunque se trate de un proceso que aún no se acaba, ya se puede afirmar que este éxito se basa principalmente en el hecho de que el sistema francés propone varios caminos que permiten llegar a un acuerdo amistoso del conflicto.

En efecto, en primer lugar se intentan solucionar los problemas dentro del hospital, recurriendo al mediador cada vez que sea necesario, con el fin de restablecer el diálogo, informar a los pacientes y responder a las cuestiones referentes a su asistencia médica. El objetivo es entonces restablecer la confianza.

Este sistema intrahospitalario actúa como un filtro de las reclamaciones, lo que implica que solamente las quejas más graves (las que por ejemplo que se fundan en la existencia de una falta) son susceptibles de dar lugar a un contencioso. Si el problema no pudo ser solucionado dentro del hospital, entonces la reclamación será trans-

mitida a la sede central de la administración hospitalaria por la vía de un recurso.

La política de la sede central de la Asistencia Pública establece que el máximo de conflictos deben solucionarse amigablemente. Para ello, los responsables de la Asistencia Pública son asistidos de un equipo de juristas y médicos que les permiten llevar a cabo este procedimiento transaccional donde los casos solucionados de mutuo acuerdo no dejan de aumentar.

Además de la mediación en el hospital y de la sede central de la Asistencia Pública, existen las Comisiones Regionales de Conciliación y de Indemnización.

La creación de las Comisiones Regionales de Indemnización y de Conciliación (CRCI) constituyó una gran contribución a la solución amigable de los accidentes médicos en Francia. La composición de la Comisión otorga garantías de imparcialidad y neutralidad que son necesarias para que los pacientes confíen en sus servicios y en sus dictámenes. La formación de solución amigable, con su informe pericial, da una garantía de objetividad a los dictámenes emitidos, que permiten reconciliar los intereses opuestos y llegar a menudo a acuerdos. Pero, este sistema presenta en mi opinión un único inconveniente: los plazos de espera. En efecto, el plazo de seis meses no es respetado y en la práctica el dictamen se emite en promedio nueve meses más tarde.

La formación de conciliación de la CRCI constituye, a mi juicio, la única verdadera mediación de los conflictos médicos en Francia, la sola al menos donde la neutralidad y la imparcialidad del mediador no se cuestionan. Además, las opciones de acuerdo son más amplias, lo que da una libertad absoluta a las partes. Desgraciadamente, este medio es muy poco utilizado en la práctica, aun cuando es necesario reconocer que su recurso comienza a aumentar.

Otra ventaja del sistema francés de solución amigable es la posibilidad de recurrir al consejo directo de los médicos en las distintas instancias que este presenta.

En primer lugar, la mediación intra hospitalaria, porque esta es realizada por médicos con un conocimiento de los hechos.

En segundo lugar, la Dirección de los Asuntos Jurídicos y de Derechos de los Pacientes de la Asistencia Pública es asistida por una comisión de médicos que entregan informes en todos los casos en que

su participación es solicitada por los juristas encargados de la oficina de la responsabilidad médica.

Al nivel de las Comisiones Regionales de Conciliación e Indemnización, la consulta en formación de solución amigable prevé un informe médico.

El apoyo de los médicos hace el procedimiento más objetivo y con un conocimiento evidente de posibles defectos en la asistencia del paciente, lo que será muy útil en el momento de dar una respuesta al paciente así como en el momento de establecer la responsabilidad, si es que esta existe.

Otra ventaja que se puede mencionar es el hecho de que estos procedimientos internos de solución amigable de los accidentes médicos tienen una influencia en el mejoramiento de la calidad de los sistemas de salud.

En efecto, la Comisión de las Relaciones con los Usuarios tiene la misión de mejorar la recepción y la calidad de la asistencia de los pacientes en el hospital, así como la comunicación con la familia del enfermo, lo que favorece a la solución de conflictos dando una garantía de mejoramiento al paciente y al mismo tiempo evitando conflictos posteriores.

Sin embargo, a pesar de las ventajas mencionadas y el éxito evidente de estos medios previstos por la legislación francesa para llegar a una solución amistosa, el sistema presenta un defecto respecto a la experiencia comparada en especial la chilena: ningún procedimiento es obligatorio.

En efecto, las partes tienen varias opciones para solucionar un conflicto y a veces no saben dónde dirigirse, lo que hace que terminen por dirigirse a los tribunales.

El carácter obligatorio de los métodos alternativos de solución de conflictos desempeña un papel a veces decisivo en el éxito del procedimiento. Las partes a través de un sistema obligatorio se invitan a dialogar e intentar encontrar un terreno de acuerdo.

En mi opinión, la mediación intrahospitalaria debería seguir siendo voluntaria, porque se trata de un primer paso que intenta restablecer la confianza, encaminado sólo a dar explicaciones al paciente.

No obstante es necesario dar la mayor garantía posible de neutralidad e imparcialidad en este proceso. En efecto, es necesario formar a los médicos mediadores para la mediación. Una formación sis-

temática que prevea seminarios varias veces al año sería aconsejable. Es necesario dar bases para la negociación y la mediación, así como prever una formación jurídica para evitar que la responsabilidad del hospital pueda verse erróneamente expuesta, simplemente porque no se conozca bien el significado jurídico de los términos utilizados en las entrevistas de mediación o en el acta.

Además sería aconsejable que un 100% de los médicos mediadores fueran médicos jubilados o asesores externos, esto con el fin de evitar la desconfianza sobre la neutralidad del mediador.

Ahora bien, en mi opinión todas las demás reclamaciones que no tuvieron una solución a nivel local del hospital deberían someterse a un proceso obligatorio delante de las Comisiones Regionales de Conciliación y de indemnización, en formación de solución amigable, o en formación de conciliación.

¿Por qué ante las Comisiones Regionales? Porque son estas las que otorgan un criterio de objetividad y neutralidad a los dictámenes que presentan.

A menudo a través del recurso gracioso o jerárquico presentado a la Administración no se soluciona el conflicto, porque cuando la Asistencia Pública tiene dudas sobre su responsabilidad o considera que la responsabilidad puede compartirse con la de otros establecimientos o comprometiendo la solidaridad nacional, prefiere rechazar la demanda y esperar la sentencia definitiva.

Por el contrario, cuando el paciente se dirige a la CRCI, esta después de un peritaje determinará si existe una responsabilidad y quien es el responsable, y en el caso de responsabilidad compartida, determinará cuál es el grado de responsabilidad de cada uno. Esto dará una principal garantía tanto al reclamante como al establecimiento de salud, quien podrá hacer una oferta teniendo certeza de lo que efectivamente debe pagar a título de indemnización.

Más allá de los defectos o inconvenientes que puede presentar el sistema de solución amigable de los conflictos médicos, lo más importante es retener que Francia promovió y con éxito el desarrollo de los métodos alternativos, que son de una importancia vital en este tipo de conflictos que tienen una trascendencia social.

Los métodos alternativos de solución de conflictos producen un cambio positivo en la relación entre las partes, ya que no se trata solamente de solucionar un conflicto puntual, sino de humanizar el

ejercicio de la medicina, donde se pueden cometer errores, se deben reconocer dichos errores y se puede disminuir su incidencia superando las deficiencias detectadas a través de las reclamaciones de las partes; donde es necesario que el paciente sea tratado con la dignidad que se merece para que adquiera o recupere la confianza necesaria en el ejercicio de la medicina.

BIBLIOGRAFÍA

1. Laurence AZOUX-BACRIE, “Un nouveau droit des malades: la médiation”, Revista Medicina y Derecho, N°62, 2003.
2. Laurence AZOUX-BACRIE, “Médiation et système de santé”. Los anuncios del Sena, enero 2007, N°1.
3. René CAQUET, “Conciliation à l’hôpital: où en est-on?” ADSP N°36, septiembre 2001.
4. Pierre CHEVALIER, “Traitement de l’accident médical en établissement de santé”, Coloquio “Derechos de los enfermos, 5 años después: ¿ciertas perspectivas?”, 7 de marzo de 2007.
5. Pierre CHEVALIER, “La médiation médicale institutionnelle AP-HP”, Coloquio Responsabilidad y mediación en genética, 14 de marzo de 2007.
6. José COELHO, “Commission de relations avec les usagers et de la qualité de la prise en charge”. Revista Gestiones Hospitalarias, N°452, marzo de 2003.
7. Marc DUPONT, “La conciliation médicale à l’hôpital”, documento obtenido del sitio web www.institutmauricerapin.org.
8. Claude EVIN, “Les droits de la personne malade”, informe presentado en nombre del Consejo Económico y Social de la República Francesa, 1996.
9. Isabelle GENOT-PORK, “La commission des relations avec les usagers et la qualité de la prise en charge: du texte à l’application pratique en passant par les problématiques posées”. Revista Actualités Jurisanté N°49, marzo/abril 2005.
10. Jean GUIGUE, “Les Commissions régionales de conciliation et d’indemnisation (CRCI) et les procédures d’indemnisation”. Revista Medicina y Derecho N°74-75, septiembre-diciembre 2005, páginas 168 y siguientes.

11. Michèle HARICHAUX, “Modes alternatifs de règlement des conflits dans le droit de la santé”. Revista de derecho sanitario y social N°2, abril de 1997.
12. Guillaume HOFNUNG MI, Coloquio “L’hôpital et médiation”. Ed. l’Harmattan, 1999.
13. Alain LEVASSEUR, “Les transactions: l’exemple de l’Assistance Publique-Hôpitaux de Paris”, Revista Actualidad Jurídica-Derecho Administrativo, 20 de enero de 1997.
14. Xavier LINANT DE BELLEFONDS et Alain HOLLANDE, “L’arbitrage et la médiation”, Colección Que sais-je?, PUF, 2003.
15. Arnaud LYON-CAEN, “Sur la transaction en droit administratif”, Revista Actualidad jurídica-Derecho Administrativo, 20 de enero de 1997.
16. Jacques MOURNAUD et Guillaume CASANOVAS, “La réparation des risques sanitaires, à l’épreuve de la pratique. Les CRCI: nature juridictionnelle ou non?”, Revista hospitalaria de Francia, N°511, julio-agosto 2006.
17. Gérard MEMENTAU, “Le tango CRCI: deu pas ici, un pas par-là! un guichet ou une commission; une juridiction!”, Revista Medicina y Derecho N°17, 2006.
18. Patrick MISTRETTA, “Les commissions Régionales de Conciliation et d’indemnisation (CRCI) ou les désillusions du règlement amiable des litiges médicaux”, Revista La Semana Jurídica -Edición General N°50, 13 de diciembre de 2006.
19. Catherine PALEY-VINCENT, “Responsabilité du médecin”, Edición Masson, Paris, 2002.
20. Jean PENNEAU, “La responsabilité du médecin”, Dalloz, Connaissance du droit, 2004.
21. Antoine ROGIEZ, revista Medicina física y de readaptacion, N° 64, tercer trimestre 2002.
22. François SALAUN et Marc DUPONT, “L’Assistance Publique-Hôpitaux Paris”, Collection Que sais-je?, PUF, 1999.
23. “Les urgences de la médiation”, IXème Colloque, Accidents Médicaux: Médiation?”, Institut National des Invalides, Paris 30 de noviembre 2002.
24. Guide du représentant des usagers en CRCI, Collectif Interassociatif sur la Santé, édition 2007.

25. “Les réclamations à l’hôpital, Ecouter, Informer, Orienter”. Estudio realizado por el Departamento de los Derechos del enfermo de la Asistencia Pública.Hospitales de París, 1999.
26. Código de la Salud Pública Francés, Edición 2006.
27. Sitio Internet www.ap-hp.fr.
28. Sitio Internet www.commissions-crci.fr.
29. Sitio Internet www.oniam.fr.
30. Sitio Internet www.moteurline.apf.asso.fr.
31. Sitio Internet www.JurisQsanté.com.