



La resolución de conflictos en los casos de responsabilidad civil médica

La oportunidad de la autocomposición de las partes

Es trascendente el devenir que puede acontecer en una causa que se inicia por responsabilidad civil contra un profesional de la salud y sus múltiples repercusiones en lo personal y lo profesional.

Principalmente en las jurisdicciones donde la mediación prejudicial opera como obligatoria, la implicancia de la adecuada gestión del conflicto y el protagonismo de las partes en el procedimiento, donde la escucha activa y la comunicación eficaz tenga espacio, puede signar las características del proceso judicial posterior-si es que tiene lugar y no se llega a un acuerdo en la instancia de mediación por la autocomposición de las partes.-

Presentarse en las audiencias de mediación, sea obligatoria o voluntaria, representa para las partes una oportunidad de diálogo, siempre que logren superar la delegación automática de la palabra en sus letrados y el factor limitante muchas veces auto impuesto de pretender tan sólo cumplir con el aspecto formal del procedimiento.

Participar activamente de la mediación o de otra forma de resolución de conflictos que de verdadera legitimación a las partes, les otorga un rostro y una identidad concreta a quienes quedarían reducidos a un número identificatorio. Es una ocasión privilegiada para darle la importancia necesaria al ámbito humano del conflicto. Constituye la posibilidad más tangible que suelen tener las partes para hablar, para ser escuchados y escucharse de forma directa con la facilitación de la comunicación por parte de un tercero neutral e imparcial, contando con el asesoramiento de profesionales del Derecho.

Ello sucederá si no se pierde de vista el espíritu integrativo con la responsabilidad de las partes ante el conflicto, se llegue o no a un acuerdo y sin dejar librado a la decisión de otros (entre ellos a los abogados) que reduzcan el diálogo a términos legales carentes de significancia y “autoría” para las partes. Es frecuente observar que el relato plasmado en las actas como atribuido a dichos de las partes, al ser transpuesto de términos coloquiales a términos técnicos jurídicos, resultan de escasa o nula entidad para quienes, según lo escrito y suscripto, lo habrían dicho.

La humanización del conflicto: prevención, gestión y resolución

Ya sea que se aborde en una instancia prejudicial o judicial, lo que llamamos un “caso”, un expediente, etc...encierra lisa y llanamente un conflicto.

El término conflicto suele tener socialmente connotaciones negativas, pero ello es porque se lo ha desnaturalizado.

Remo Entelman enseña que “es una especie o clase de relación social en que hay objetivos de distintos miembros de la relación social que son incompatibles”ⁱ

Reformulado al contexto que estamos enfocando, en la realidad cotidiana de cualquier persona podemos advertir que existen relaciones conflictivas y otras que no lo son, incluso hay relaciones asociativas. En la relación social entre médico y paciente, pueden también ser relaciones no conflictivas o surgir conflictos de distinta magnitud y naturaleza, como



ante un planteo de mala praxis, lo cual también puede encadenarse con relaciones conflictivas o colaborativas por efecto dominó entre el médico y sus colegas, entre el médico y el Director Médico del centro asistencial, así como también con los representantes de la obra social o empresa de medicina prepaga, las autoridades del Colegio de Médicos y de la compañía aseguradora, etc.

Ahora bien, cuando la relación social es conflictiva entre un médico y su paciente o ex paciente, la incompatibilidad puede versar en cuestiones tales que involucren la responsabilidad civil del médico, como por ejemplo cuando el paciente reclama una indemnización por considerar que sufrió un daño derivado de un acto médico del profesional, mientras que el médico esgrime que su praxis fue adecuada y no debe reparar el daño.

Hablamos de conflictos acá desde la óptica interpersonal y no desde el cariz psicológico o espiritual del universo de los conflictos intrapersonales. Los conflictos de los que nos ocupamos al analizar el sustrato que motiva un reclamo indemnizatorio en este contexto tiene como protagonistas siempre a personas, aunque haya instituciones involucradas como puede ser una clínica u obra social, porque en definitiva, al momento de abordarlo, ese organismo tendrá un nombre y apellido que lo represente, es decir, que ese responsable legal actuará en nombre de la entidad pero es también una persona con sus emociones y pensamientos.

Es importante no olvidar que las partes en el conflicto son seres con su carga teórica de observación respecto a lo sucedido, con sus emociones, sus sentimientos, sus pensamientos...que no serán neutrales ante lo vivido y no transitarán la gestión y resolución de la controversia de igual manera.

Existe un antes y un después cuando se tiene la experiencia de enfrentar un caso de responsabilidad civil, sea cual fuere el lugar que le toque en el supuesto concreto: paciente o ex paciente, familiar, médico, director médico del centro asistencial, representante de la obra social, etc. Se forman coaliciones, se generan y se destruyen vínculos, se enfrentan aversiones al riesgo y, muchas veces, se viven en carne propia procesos desgastantes desde lo emocional y lo económico.

Como si fueran pocos “actores” en este escenario conflictual, también pueden sumarse los abogados, el mediador, el juez, los peritos, etc. y ni qué decir si toma estado público en los medios de comunicación agregando a periodistas, formadores de opinión, expertos consultados, “opinólogos” también, con el lugar destacado de la opinión pública que como los brazos de la Hidra de Lerna puede levantarse para hacer justicia mediática en las redes, muchas veces sin respetar el derecho de defensa de una o ninguna de las partes, ni su privacidad ni tener en cuenta las consecuencias en la imagen que producen algunos posteos que se viralizan. Quienes opinan desde afuera no tienen la obligación de la confidencialidad, pero no deberían pasar por alto las reglas de la prudencia y las máximas inherentes a configurar una opinión idónea.

Lejos de plantear lo anterior para generar una preocupación paralizante, el eje tiene que estar centrado en la correcta prevención de los conflictos y, en caso de acontecer, en su consecuente gestión y resolución de manera eficiente.

Sin dejar de entender que puede haber múltiples actores y terceros en un conflicto donde se plantea la responsabilidad civil de un médico, nos centraremos en este escrito específicamente en la posible perspectiva de ese profesional de la salud, sin que implique



desconocer la necesaria empatía, reconocimiento o legitimación de las otras personas involucradas.

En una instancia de mediación tendrán su identidad, su nombre y no serán simplemente el requirente y el requerido, o el actor y el demandado o la citada en garantía....son conflictos concretos con personas que los protagonizan, también pueden ser quienes protagonicen su adecuada resolución.

En estos tiempos, las audiencias a distancia en distintas etapas y medios de resolución de conflictos son muy frecuentes. Ello aporta una oportunidad estratégica que facilita la búsqueda de soluciones pacíficas, aunque también evidencia las posibles brechas digitales entre las partes. De ser así, esa situación requerirá una adecuada gestión por parte del operador de conflictos, quien deberá también ser versado para guiar a las partes en la superación de los desafíos comunicacionales propios del empleo de los dispositivos y recursos tecnológicos necesarios.

La correcta dirección del proceso por parte del operador de conflicto, ya sea que se realice en forma presencial o a distancia, contribuirá a compatibilizar las diferencias en vez de profundizarlas negativamente, enfatizando asimetrías relacionales, desbalances que ya pueden tener raigambre en el vínculo médico-paciente como producto de una relación no simétrica en su origen que ahora cambia las perspectivas al estar ambos sentados a una mesa de negociación o mediación, donde incluso si es a distancia puede o no ser el profesional el más idóneo en la gestión de los recursos tecnológicos.

Distintas formas de resolución de conflictos y la posibilidad de autocomposición de las partes en algunos métodos

Es usual que tengamos instaurado en nuestra perspectiva social que la vía judicial es la única o principal para resolver conflictos, mientras que no siempre se advierte que existen otras “alternativas” como la mediación, la negociación, la conciliación, etc. La realidad es que, históricamente, algunas de las llamadas alternativas en los últimos tiempos en realidad surgieron primero y, paulatinamente, fueron relegadas a otro plano debido al devenir histórico que puso énfasis en los procesos judiciales.

Pero como toda evolución de instituciones sociales, en algunos países, como sucede en Argentina, hoy es compartido por amplios sectores el alto descrédito del sistema judicial, debido a múltiples motivos como puede ser el cuestionamiento hacia algunos magistrados, la lentitud de los procesos, lo oneroso de abordar una gestión judicial a largo plazo....llevando a la falta de justicia, o la percepción de así ser, en la mayoría de los implicados, siendo usual que incluso el que gana el juicio se sienta perdedor desde algunas perspectivas: desgastes emocionales, impacto en su imagen pública, inversión de recursos, etc.

Por ello estamos viviendo un cambio de paradigmas, donde los otrora llamados métodos “alternativos” se denominan ahora “adecuados”, siendo el judicial uno entre muchos métodos, pero no el único -ni siempre el mejor-, que tampoco debería ser demonizado, para evitar el efecto pendular.



Dependerá del caso y del tipo de conflicto, las normativas y las prácticas institucionales deberían adecuarse para darle mayor protagonismo a las partes conflictuantes, para que superen la visión “paternalista” que muchos tienen esperando que el juez resuelva por ellos (para luego no estar siempre conformes al respecto) y brindarse la oportunidad de comprender la oportunidad de dialogar cara a cara-lo que rara vez sucederá en la instancia judicial- para ocupar el lugar que les corresponde en la gestión y resolución del conflicto, como partes estelares y no como actores secundarios, de modo tal que puedan construir un puente por sí mismos, compartan o no la visión del otro, mediante otros métodos que consagran la autocomposición de las partes.

Sin abordar la multiplicidad de métodos de resolución de conflictos que existen, porque excedería el marco de este escrito, lo que resulta importante es tener presente que en algunos de esos métodos intervienen terceros imparciales y neutrales, como en el caso de la mediación, donde el operador de conflicto opera como un facilitador del diálogo y asiste a la negociación entre las partes, en búsqueda de un acuerdo mutuamente satisfactorio, acuerdo que puede o no alcanzarse ya que la voluntariedad es un principio inspirador de la mediación aún cuando en ciertas jurisdicciones existe la modalidad de mediación obligatoria (donde las partes deben concurrir por ejemplo a una primera audiencia pero no tienen deber de continuar con el proceso ni llegar a un entendimiento). Se puede decir que en mediación siempre se llega a un acuerdo, ya sea directamente poniendo fin al conflicto o con un acuerdo parcial sobre algunos de los puntos. Ahora bien, cuando no se llega a un “acuerdo” como tradicionalmente lo entendemos resolviendo de forma definitiva la controversia, podemos pensar que el finalizar esa etapa de mediación si es prejudicial, también es un acuerdo sólo relativo a convenir o aceptar que en esa instancia no es posible resolver el fondo del asunto y las partes quedan habilitadas procesalmente para proseguir como consideren corresponder (iniciando o no la acción judicial posterior)

Cuando las partes en conflicto participan activamente en el procedimiento, se producirá un cambio que las ayudará en muchos aspectos, por ejemplo, a contar con más información que la que tenían antes de sentarse en la mesa de mediación. De esta forma podrán terminar la etapa mejor del estado en que habían comenzado, podrán darse cuenta que se es parte de un conflicto y que pueden hacer algo al respecto aunque a veces quisiera evitarse ese reconocimiento, que se cuenta o se puede contar con profesionales para acompañar el trayecto como la asesoría de letrados o asesores técnicos, el operador de conflicto-según el estilo de mediación y la normativa aplicable-, pero que ni los letrados, ni los expertos técnicos, ni el mediador son el punto focal ya que ese es el lugar indiscutible de las partes y ello nunca debe perderse de vista. Algunas personas se podrán ver afectadas por el magnetismo conflictual y terminar siendo parte o influyendo de una forma preponderante (a veces para sumar, otras para restar), pero cuando nos centramos en concreto sobre quiénes son los centros de la cuestión, la respuesta es otra.



Gladys Alvarez señala que en este nuevo enfoque de desjudicialización de las soluciones de conflictos están comprometidas las políticas públicas en materia de justicia y la formación de los operadores del derecho: abogados y los jueces. La sociedad civil como usuaria y destinataria del servicio forma parte de este cambio y debe asumir un papel protagónico en el uso de la RAD.

Para explicar qué son los métodos RAD Gustavo Fariña dice que “En los últimos años se ha denominado a la corriente que ha estudiado, perfeccionado, desarrollado y perseguido su implementación en todo el mundo, Movimiento de Resolución Alternativa de Disputas o de Conflictos (RAD o RAC). Inmediatamente a la enunciación precedente, surge un interrogante respecto de la palabra “alternativa”. ¿A qué nos referimos con métodos alternativos?; ¿Alternativos a qué? La respuesta no parece compleja, ya que la denominación tiene como propósito calificar a estos métodos por su característica común: la de ser alternativos a la forma o procedimiento tradicional para resolver conflictos, es decir, al juicio. Pero ¿es esto realmente así? ¿Es la instancia judicial la forma tradicional de resolver los conflictos? Si en la actualidad lo es, ¿siempre fue así? Debemos reconocer que desde hace mucho tiempo las partes en conflicto han encontrado como vía normal para la búsqueda de una solución, el recurso de los Tribunales del Estado. Es sabido que en la antigüedad no siempre existió la figura de un Juez como la conocemos hoy”ⁱⁱⁱ

Gladys Alvarez explica también que “se convierta en una práctica social que restituye a los individuos su poder en la decisión de los conflictos, a la vez que constituye una ampliación efectiva del acceso a justicia. Hay casos que pueden tener una “mejor” solución si son tratados con mecanismos de resolución alternativa de disputas, otros deben ser resueltos por un juez. Por ello el sistema de resolución de conflictos para poder ser calificado de efectivo debe contar con numerosas instituciones y procedimientos que permiten prevenir las controversias y resolverlas con el menor costo posible, partiendo de las necesidades e intereses de las partes, sobre la base del principio de subsidiariedad que se expresa así: “las cuestiones deberán ser tratadas al más bajo nivel; en la mayor medida posible, habrá descentralización; al más alto nivel sólo se tratarán los conflictos cuando sea absolutamente necesario”.

Obvio es que, aplicado a la sociedad, el más alto nivel está dado por el sistema judicial. En principio, como ya hemos puntualizado los tribunales deben recibir el conflicto después de haberse intentado otros métodos de resolución tales como la negociación, la mediación, o cualquiera de las formas del arbitraje.

Sin embargo, ninguno de estos procesos es, por sí solo, suficiente para manejar efectivamente el tipo de disputas que surgen en una sociedad. Lo que se necesita es un sistema integrado. En realidad se trata de armar un diseño de sistemas de resolución de conflictos para el caso o para la organización. Para que este sistema funcione, las partes necesitan estar informadas de su existencia, estar motivadas para usarlos, estar entrenadas en negociación sobre las técnicas necesarias, tener acceso a recursos tales como terceros experimentados, etc. El propósito del diseño de un sistema de solución de disputas es ofrecer a las partes el máximo de posibilidades y de asistencia para que puedan encontrar la mejor manera de resolver su disputa, en lo posible con mutuos beneficios y con el menor costo de tiempo, dinero y menor daño a las relaciones.”ⁱⁱⁱ



Es relevante tener presente, entonces, que si un médico tiene la oportunidad de participar de un proceso adecuado de resolución de conflictos, por ejemplo en una mediación, tiene un camino para escuchar, para informarse, para buscar el reconocimiento de su punto de vista a la vez que legitime la perspectiva de la otra parte-aunque no comparta el criterio-, de buscar una solución construida en base a los intereses y necesidades que tiene él y que tiene el otro...ello lo logrará si su rol es activo y aprovecha la posibilidad, porque de algún modo ambos se necesitan para terminar con este conflicto de una forma colaborativa o podrán adentrarse en las aguas turbulentas y aleatorias de un devenir procesal incierto en el que ya tendrán poca o ninguna injerencia decisoria.

Muchas veces es cuestión de analizar lo que está en juego con criterios objetivos sin desmerecer el enfoque vivencial subjetivo del conflicto que tiene cada parte. Ponderar los costes de transacción, las alternativas al acuerdo, los escenarios posibles, etc. ayudan a tomar decisiones sin “emotividad” pero teniendo en cuenta las emociones, debido a que cada uno tiene su realidad personal que lo posicionará mejor o peor para enfrentar los procesos involucrados, sobre todo si resultan a largo plazo en tribunales y ante la mirada de la opinión pública.

Para negociar eficazmente hay que sostener el punto de vista propio con firmeza pero sin dureza, a la vez que reconocer el del otro, aunque no se comparta. Escuchar activamente, dialogar de forma colaborativa, ceder cuando es necesario y plantar “mojones negociales” cuando es oportuno, son claves en ese proceso.

Cuál es la cuestión fundamental para que no se pierda el Norte entre las partes es necesariamente prioritaria de ser identificada y, de ser necesario, recordada en todo el procedimiento para llegar a buen puerto.

Los errores más frecuentes de las partes en una mesa de mediación suelen ser: pretender demostrar que se tiene razón a toda costa, cosificar la visión del otro y no advertir que se es un “nosotros en una relación de conflicto” con su dinamismo idiosincrático, defenderse atacando, buscar hacer dinero fácil para una parte o cerrarse en la posición de no pagar nada aunque correspondiera para el otro, no reconocer si hubo un error ni pedir disculpas....

Rara vez en un proceso donde se debate la responsabilidad civil de un médico, está en juego sólo dinero, es decir, un objetivo concreto, aunque en ello quedará subsumida la decisión final de una instancia judicial: en la correspondencia o no de una indemnización y el monto en cuestión en caso afirmativo. Pero para las partes suele haber algo más detrás del dinero, porque más allá de eso, por ser un objetivo simbólico, se plantea en ese reclamo el reconocimiento del dolor sufrido por un paciente, la reparación de la pérdida del vínculo afectivo médico- paciente además del daño o la pérdida de chace cuantificable, los valores cuestionados y la imagen profesional del médico, el restablecimiento de la confianza entre pares del profesional y con sus propios pacientes, la auto percepción de la competencia científica, así como tantas otras cuestiones que no quedarán plasmadas en juicio pero pueden abordarse por otros métodos de resolución de conflictos y, posiblemente, puedan tener como efecto colateral atenuar o eliminar algunas de las consecuencias negativas de un juicio donde incluso el “vencedor” puede quedar con sabor a poco.

Será cuestión de ponderar cuando se puede ganar sin aplastar al otro, si es posible ganar-ganar, si ganar para el médico será no pagar o pagar lo menos posible y no quedar sujeto a un proceso extenso, si ganar es sostener su criterio científico cueste lo que cueste porque es



más importante para él buscar una reivindicación de su prestigio, siempre que pueda probar su falta de responsabilidad en el caso en cuestión.

No existe un manual al respecto porque dependerá de la dinámica conflictual que se despliegue cada caso. Hay técnicas, estrategias, pero no se trata de patrones únicos, como también decimos que no hay enfermedad sino enfermos, acá podríamos traspolar la idea y concluir que no hay un modo único de resolver un conflicto sino personas en conflicto que pueden encontrar la forma de salir de ese laberinto, más allá de que sea justo o injusto tener que transitarlo, más allá del relato histórico de cómo llegaron hasta el punto en que se encuentran: ahora están ahí y si no toman las riendas al respecto, otros decidirán por ellos.

La importancia de contar con un letrado que respete la postura del médico-cliente

Para atravesar el camino sinuoso de la resolución de conflictos, ya sea en la etapa prejudicial donde suceden las mediaciones –que también puede considerarse el encuadre de ser una etapa bisagra o híbrida de las mediaciones prejudiciales obligatorias- o en la instancia judicial propiamente dicha, es crucial que el médico pueda contar con un letrado que lo comprenda y asesore de manera adecuada.

Sin desconocer cuestiones contingentes que no están en su espacio de incidencia directa como el espíritu negociador o el talante beligerante de la otra parte y de su abogado, del estilo o escuela y expertise del mediador, etc, lo que sí puede hacer quien ahora se encuentra como cliente es tomarse el tiempo necesario para establecer un vínculo colaborativo con su abogado en todas las etapas del proceso.

Respecto a la relación con su letrado, es recomendable hablar previamente, acordar perspectivas y expresar opiniones, evitando conocer al abogado el mismo día de la audiencia y en la sala de espera de la oficina de mediación, como es frecuente ver en algunos casos cuando los abogados son los que concurren por las Compañías de Seguros, actuando como patrocinantes de los médicos demandados pero representando, en sí, de forma preponderante a sus mandantes.

Es recomendable analizar la perspectiva y resolver si lo más conveniente es tener el mismo letrado que la compañía aseguradora o contar con otro, ya que más allá de las prestaciones derivadas del contrato de seguro, es potestad del médico-cliente tomar esa decisión luego de ponderar las alternativas, ya que es él una de las verdaderas partes del conflicto, controversia de tal importancia que desencadena todo el procedimiento posterior-. Hay un tiempo oportuno para tomar la decisión porque existe preclusión en las etapas. De nada vale lamentarse de no haber dialogado antes o buscado otro letrado de su confianza cuando avanza el proceso, ya que no se retrotrae y las oportunidades perdidas de resolución del conflicto no suelen volver a presentarse. Si bien las compañías de seguro pueden culminar siendo partes del conflicto, no tendrán nunca el centralismo de la relación originaria del mismo, se terminarán sumando como “actores secundarios” de esta película o serie-que de ser así, estará en las partes protagónicas el eje de continuar las temporadas de una forma constructiva o destructiva-.

Otra cuestión que se puede sugerir respecto al vínculo con el propio letrado, es entablar una comunicación eficiente con él y con la propia compañía aseguradora si es el de la empresa, a fin de tener en claro si se intentará buscar las alternativas para un acuerdo en mediación o estar proclives a cerrar esa etapa de inmediato para continuar con un proceso judicial. En este punto es importante expresar y sostener las preferencias al respecto que tenga el



médico que es parte del conflicto, sumado al consejo técnico del profesional del Derecho, pero sin que prime su perspectiva sofocando la opinión del cliente.

Muchos letrados piensan en los intereses de sus clientes y los respetan, cincelando técnicamente el proceso a medida que avanza, pero también puede pasar que cada uno piense en los intereses propios (como pretender cerrar la etapa de mediación rápido para no concurrir a otra audiencia por los mismos honorarios que pagan algunas Compañías de Seguro a sus mandatarios-ya sea que vayan a una o múltiples audiencias en el mismo expediente.-

Puede verse un cierto paralelismo entre el médico y el abogado por un lado, y el paciente y el cliente, en escenarios diferentes pero con ciertos puntos en común: la opinión profesional del médico al atender a un paciente es clave porque es quien tiene la experiencia y capacitación científica, pero se requiere el consentimiento informado del paciente. La buena praxis médica también se vincula en su responsabilidad civil con el respeto a esos derechos del paciente. En cuanto al abogado en este otro escenario, y su cliente médico, también debería observar esos recaudos para la buena praxis del letrado. Sin embargo, más allá de existir normativa atinente al ejercicio de la abogacía, no es tan contundente como la que regula a los médicos en este punto que se señala. Tal vez ello deriva en el rol que muchos letrados asumen en mediaciones, conciliaciones, juicios, etc. donde no siempre se focaliza en el papel del cliente-que es en sí el conflictuante quien podrá cambiar de letrado o transitar todo el proceso con el mismo, pero lo que es ineludible para él es ser parte del conflicto-.

Es frecuente ver que en muchas mediaciones, algunos letrados son más abiertos a aceptar las preferencias de sus clientes y buscar acuerdos cuando ello es factible, conociendo que suelen presentarse oportunidades de oro en las audiencias aunque en otras ocasiones es preferible no acordar sabiendo cuáles son las mejores alternativas a sus acuerdos negociados.

Se trata de resaltar en esta ocasión, el gran escollo que frecuentemente descubren muchas partes en una audiencia, al darse cuenta que había una posibilidad de ponerle fin al conflicto pero que sus letrados, tal vez provenientes de una formación centrada en el litigio o pensando más en sus propios honorarios que en los intereses de su cliente, frustran esa oportunidad. Es así como la parte implicada, por no contradecir a su letrado frente a otros o pedir un tiempo para hablar a solas, termina por aceptar la conclusión de las etapas prejudiciales sin un acuerdo, bajando la cabeza en un acto de delegación completa y no siempre tomando conciencia que con ello hipotecó su situación al adentrarse a un futuro incierto ante un posible juicio inminente.

Las Compañías de Seguros mismas tienen diferentes tendencias frente a las políticas de cerrar acuerdos en mediación o a llevar todos los casos a juicio, es útil asesorarse y averiguar bien al respecto al momento de contratar una u otra cobertura y saber si el abogado tendrá poder decisorio o simplemente concurrirá a la audiencia a decir “quiero cerrar, otro día no vengo, llegué a tomar los datos nomás porque el asegurado tiene cobertura” para cumplir formalmente sin antes escuchar a la otra parte y mucho menos a su supuesto cliente médico que ahora se reduce a la figura del “asegurado” en una de las tantas audiencias que ese letrado tiene ese día.

El cariz colaborativo, negociador y consciente de cuando es mejor no continuar con la mediación por los motivos fundamentados según su visión profesional, serán aristas distintivas de un letrado conforme a las tendencias actuales que no se empantanen en una cosmovisión exclusivamente litigante.



No es que con este enfoque se plantee enamorarse de la mediación o de los llamados métodos alternativos o adecuados por contraposición al judicial, porque adecuados deberían ser todos, según el caso. El planteo pasa por no descartar una solución temprana en una etapa prejudicial por política de la empresa aseguradora o del letrado y no por los motivos correctos que llevarían a rechazarla (monto desproporcionado, condiciones de pago insostenibles, etc.) Lejos está de enrolarse esta visión en la “ley de la herramienta” con sus diferentes formulaciones por Kaplan-Maslow y pretender que la mediación es un martillo de oro por lo cual a cada conflicto-clavo le damos un martillazo. La realidad es que es mejor tener una caja con muchas herramientas y saber cuándo usar cada una.

La continuidad y la visión del letrado de parte puede ser determinante, para resolver o para obstaculizar el conflicto, maximizado si se tratan de distintos estudios jurídicos o estudios grandes sin management adecuado: no siempre el letrado que acompaña en mediación es el mismo que continúa la instancia judicial, cada uno puede tener su visión, su propia agenda-compatible o no con la del cliente-.

En muchos casos no queda otra alternativa que resolver el caso ante un magistrado, pero sabiendo que en otras ocasiones los más perjudicados de enfrentar un juicio son las propias partes (que pueden haber dejado pasar una propuesta en mediación y terminan, luego de años de litigar, en una solución que es cualquier cosa menos superadora por el desgaste, los costes de transacción, la inflación que impacta en los montos indemnizatorios aunque se actualicen conforme la normativa, la pérdida de chances de resolverlo rápidamente, etc.) Los letrados, las compañías de seguro mediante sus representantes, los mediadores podrán empatizar o no con las partes, pero a la hora de la verdad, los nombres en la carátula del expediente son los de las partes.

Si “tienen que” o determinan, por el motivo que sea, llevar adelante procesos costosos y prolongados, es importante que sea una decisión tomada por la/s parte/s con el panorama analítico completo y no por ser arrastrado/s por una corriente de opiniones o acciones de otros que los verán calzando sus propios zapatos profesionales y de cerca, en el mejor de los casos, o desde afuera lisa y llanamente, pero siempre implicando a las partes que son los seres sintientes y pensantes que protagonizan el conflicto desde su inicio, su desarrollo y su desenlace sin tomar conciencia muchas veces que tuvieron la posibilidad de escribir como coautores el guión de esa película.

La importancia de la participación activa de las partes en las audiencias de mediación

La emocionalidad afectada tanto a quien promueve la acción como al médico demandado. Ello es foco de atención para un gestor de conflictos avezado (entre ellos habrá ciertos mediadores), pero no siempre se replicará esa posibilidad de abordar ese eje en una instancia judicial.

Para ilustrar la importancia de este punto, se puede comentar que en un artículo titulado “Las emociones en Mediación” escrito por María Elena Caram, abogada, mediadora, autora de varias obras especializadas en mediación y profesora en capacitaciones de actualización para operadores de conflictos, ha explicado en mayo de 2020 en el marco de un curso online organizado por la Dirección de Mediación de la Pcia. de Bs.As. que “casos de “mala praxis médicas”, bajo el título Daños y perjuicios (tan englobador), donde ha habido una relación medico- paciente, en algunos casos muy desarrollada en el tiempo y donde en algún momento algo salió mal. Ese encuentro entre paciente y medico muchas veces



acompañado por los otros requeridos como son la aseguradora, director/a del hospital o representante de la obra social o prepaga cuando cabe su intervención, puede ser encuentros muy vibrante. Fíjense qué relación tan particular se da aquí, médico y paciente han establecido una relación asimétrica (recordar Axioma de Watzlawick), a lo largo de la consulta o del tratamiento. El médico está en el lugar del saber por el que es consultado el paciente desde un lugar de no saber que lo coloca en un nivel más bajo. Esta colocación hace que el médico no explique o no explique lo suficiente o que el paciente acepte muchas veces cosas que no le son claras, o no pregunte o sencillamente no escuche la explicación que no siempre se da y de por sentado el consejo o la opinión del médico. Una relación de confianza que se quiebra cuando las cosas salen mal. Pues aquí, en esta mesa de mediación están sentados uno enfrente del otro, se acabó la asimetría, ambos son parte de una situación de conflicto. A veces los profesionales vienen en una actitud a la defensiva (veremos cuanto hay detrás de esa actitud defensiva), y no contestan sino a través de su abogado, pero otras si contestan y explican...Y esa transmisión e intercambio cuando es posible genera un efecto muy diferente en la mesa. He visto médico y paciente abrazarse...para ambos la situaciones muy difícil, uno queda expuesto en algo que no salió bien en lo que es su saber, el otro esta damnificado en su salud...y muchos veces lo que hay detrás de este pedido indemnizatorio es hacer saber lo que se padeció, y aun más que lo que sucedió es que el médico no fue a verlo o le respondió en el momento que esperaba y eso es lo que le quiere decir. Siempre? No siempre. Pero si nosotros no habilitamos el espacio, no sucederá... Espacios que aparecen como ásperos que a veces no tenemos en claro que nos aparecerá...y estar preparados siempre para que esto aparezca...y no nos sorprenda. Por favor es un mero ejemplo y en nada implica una apreciación respecto de los médicos en general y mucho menos en estos momentos en que tienen una actuación heroica.”^{iv}

En cuanto al rol de las partes incluso en una mediación, estarán negociando. De su impronta dependerá mucho la suerte del proceso, siempre que superen el enfoque de “suma cero” más allá de saber que no siempre será posible una solución de “ganar-ganar”.

Patricia Aréchaga enseña que “hay estudios de investigación que comprobaron que el patrón de comportamiento más común a la hora de negociar es el competir, el ganarle al otro. La idea de éxito en una negociación, o la medida de su éxito, se encuentra más asociada a ganarle al otro que a obtener satisfacción en mis intereses sin que ello implique o incluya la frustración del otro.”^v

Por lo antedicho y tomando las opiniones de esta autora, lo ideal será que las partes no se atrincheren en una posición ni se enamoren de una única forma de ver el conflicto, es decir, su forma de ver el conflicto, especialmente si en la hipótesis de análisis al respecto se incluye una sola solución posible o, incluso, se está dispuesto a “perder” con tal de aplastar a la otra persona. La sed de venganza, la revancha, el “querer enseñarle algo” son formas perjudiciales que acostumbra adquirir nuestra voz interna de una persona asustada, dolida u ofendida, pero ello conducirá probablemente a tomar malas decisiones o a prolongar (o sembrar la cronicidad) del conflicto en el mismo vínculo o en los siguientes, repitiendo patrones de conducta.



Conclusión

En conclusión, es importante considerar y reconocer el rol de ese médico, visto especialmente ahora como un ser humano con su carga de emociones y pensamientos, enmarcados por su forma de ser y de actuar que se encuentra en un momento dado en un rol de parte de un conflicto.

Este médico verá cuestionado sobre un escritorio y con el “diario del lunes” su accionar, se pondrán en tela de juicio sus criterios científicos y se ponderarán las decisiones que tomó, todo ello se proyectará en un impacto innegable en sus relaciones profesionales y personales a futuro.

Como parte del conflicto, tiene la oportunidad de ser protagonista en su gestión y en su resolución, sujeto a los múltiples variables que incidirán en este escenario.

El conflicto es una especie de relación social, es en parte inherente a vivir en sociedad. Tratamos generalmente de evitar que surja un conflicto, pero una vez que acontece lo peor es evitarlo o no asumir la responsabilidad en el libro que escribamos a partir de allí junto a los coautores que se encuentren en el camino.

Diversas instituciones vinculadas a la salud pueden también incluir métodos adecuados de resolución de conflictos en sus programas de relación con clientes/pacientes y dentro del staff profesional. Más allá de las materias “mediables” y otras limitaciones que establecen ciertas normativas respecto a los métodos que pueden implementarse, los hospitales, clínicas, obras sociales y empresas de medicina prepaga pueden contar con comités de operadores de conflicto-no solamente con asesoría legal de abogados-, que si actúan eficientemente, podrán aportar herramientas preventivas y de gestión de conflictos en diversos vínculos como el de médico-paciente y en el territorio de los recursos humanos.

Bibliografía

Arechaga Patricia Valeria. “Pensamiento suma cero”, en Revista “La trama” Edición 10 aniversario número 36, febrero 2013

Arechaga Patricia Valeria. “Por que la resistencia a analizar las alternativas en el proceso de mediación”, Rrevista La Trama, sección lecturas

Arechaga Patricia, Brandoni y Filkestein Andrea “Acerca de la clínica de mediación. Relato de casos” en Revista La Trama www.revistalatrama.com.ar cap I y II

Baruch Robert, Folger Joseph “La promesa de mediación” Ed. Granica

Caram María Elena “Diseño de una práctica” Ed. Astrea, 2013

Entelman Remo “Teoría de conflictos: hacia un nuevo paradigma” Ed. Gedisa

Filkestein Andrea “Negociación y combate: una elección no siempre sencilla”, Revista La trama número 12, octubre 2004

Fisher Roger, Ury William. Patton Bruce, “Sí de acuerdo” Ed. Vergara

Lax David y James Sebenius. “Negociacion 3D” Ed Norma 2006

Malhotra Deepak y Max Bazeman . El negociador genial. Ed. Urano, 2013



Brandoni Florencia y Greco Silvana. “El uso de los estándares objetivos en mediación”, en Revista La trama, El proceso de mediación II nro 8, dic 2003

Raiffa Howard, “El arte y la ciencia de la negociación”, Fondo de cultura económica, 1991

Pruitt Dean, Sung Hee Kim y Rubin Jeffrey “Social conflicto, escalation, stalemate and settlement” Mc. Graw Hill

Ury William “Alcanzar la paz”Paidos

Ury Brett y Golber Como resolver disputas diseño de sistemas para reducir los costos de un conflicto Rubinzal Culzoni capitulo 1

Watzlawic “Cambio”, Herder

ⁱ Entelman, Remo “Teoría de Conflictos” Ed. Gedisa, Barcelona 2005, pág. 49

ⁱⁱ Fariña, Gustavo “Qué se entiende por métodos RAD” en “La mediación en el patrocinio jurídico de la Facultad de Derecho de la UBA” pág. 28

ⁱⁱⁱ Alvarez Gladys Stella “La visión del conflicto y su resolución en el nuevo perfil del abogado”

^{iv} Caram María Elena “Las emociones en Mediación” inédito, 2020.

^v Aréchaga Patricia Valeria “Pensamiento de suma cero” Revista La Trama. Ed. 10, 2013