

# LA REFORMA DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA EN ESTADOS UNIDOS<sup>1</sup>

*Federico de Montalvo Jääskeläinen*  
Profesor Propio Adjunto D.º Constitucional.  
Universidad Pontificia de Comillas (ICADE)

*“Every word that I write on every form is crafted with the idea that a malpractice attorney will challenge me to defend my practice”*

Respuesta de un médico al estudio sobre medicina defensiva de Jackson Healthcare

*“I don’t believe malpractice reform is a silver bullet, but I’ve talked to enough doctors to know that defensive medicine may be contributing to unnecessary costs”*

Barack H. Obama

**SUMARIO: I. Introducción; II. La reforma de la responsabilidad sanitaria: un viejo debate; III. ¿Es constitucionalmente admisible la aprobación de una norma federal en esta materia?; IV. ¿Es el sistema de responsabilidad sanitaria el verdadero problema?; V. ¿Cumple el sistema de responsabilidad con sus fines?; VI. ¿Crisis del seguro o crisis de las aseguradoras?; VII. ¿Cuál es la posición de los dos grandes partidos en esta materia? 1. Dos posiciones para un mismo problema. 2. La posición del Partido Republicano. 3. La posición del Partido Demócrata; VIII. Alternativas en la reforma de la responsabilidad sanitaria: análisis de reformas estatales y propuestas federales. 1. Las reformas estatales ¿Un ejemplo para la futura reforma federal? 2. Las propuestas a nivel federal. 3. Análisis de las diferentes alternativas de reforma del sistema de responsabilidad médica. 3.1. Límites en las indemnizaciones (cap on damages). 3.2. Tribunales especializados (Health Courts). 3.3. Responsabilidad objetiva (non-fault system). 3.4. Reducción de los plazos de ejercicio de las acciones de responsabilidad médica (Statute of limitations). 3.5. Regulación de la prueba pericial. 3.6. Limitación de la responsabilidad solidaria (limitation on joint and several liability). 3.7. Medios alternativos de resolución de disputas (ADR systems). 3.8. Evaluación previa de la reclamación por expertos (medical screening panels). 3.9. Modelos de comunicación de errores y disculpa médica (I’m sorry Laws). 3.10. Evaluación judicial del impacto de la condena (remittitur standard); IX. Conclusiones.**

## RESUMEN

Este trabajo analiza la reforma del sistema de responsabilidad médica en los Estados Unidos. Se aborda tanto el estudio de cuál es la principal causa de incremento del gasto sanitario, si el sistema de res-

ponsabilidad médica o la medicina defensiva, como la posición que los dos grandes partidos mantienen en relación a dicha reforma y a sus alternativas y las reformas ya llevadas a cabo en varios Estados. Final-

---

<sup>1</sup> El presente trabajo se ha realizado durante una estancia de investigación y docencia en la primavera de 2013 en el College of Law de De Paul University, Chicago.

mente, se concluye con una valoración de cual será en el futuro el contenido de la reforma de la responsabilidad médica que, necesariamente, parece que debiera afrontar el Congreso de dicho país en esta década.

### PALABRAS CLAVE

Responsabilidad médica, sistema de responsabilidad, reforma sanitaria, gasto sanitario, medicina defensiva, seguridad de los pacientes, límite de la indemnizaciones, Tribunales sanitarios.

### ABSTRACT

This work analyzes the medical liability reform in the United States of America. We analyze what is the main cause of the increase of health care spending, specifically, if it comes from the medical liability system or from the defensive medicine. We also study the position of both US political parties, the Republican and the Democrat about the reform of the medical liability system and the different reforms that there have been enacted in the States level. Finally, we try to foresee the future content of the reform of the medical liability system in the US, which the Congress will have to face in the next decade.

### KEY WORDS

Medical liability, Tort Law, Health care reform, health care spending, defensive medicine, patient's safety, cap on damages, Health Courts.

## I. INTRODUCCIÓN

El 15 de junio de 2009, el Presidente Obama se comprometió ante los representantes de la Asociación Médica Americana (*American Medical Association* –AMA–), reunidos en Chicago, a reformar el sistema de responsabilidad profesional sanitaria. Tal compromiso obedeció, en gran parte, al interés del Presidente en obtener el apoyo de los profesionales médicos y sanitarios en general a su propuesta de reforma del sistema sanitario norteamericano que había figurado como una de los principales consignas de la campaña electoral en la que ganó la presidencia al candidato republicano, John McCain. Sin embargo, pese a haber transcurrido ya cuatro años desde tal promesa, pese a que la reforma sanitaria ya se ha traducido en 2010 en una Ley en vigor, *Patient Protection and Affordable Care Act* e, incluso, pese a que el Presidente Obama ha renovado su mandato por otros cuatro años, el sistema de responsabilidad profesional sanitario no ha sido objeto de modificación alguna, al menos, a nivel federal. Las únicas reformas se han producido a nivel de los Estados, generando,

como veremos un modelo poco uniforme, ya que ni todos han acometido dichas reformas ni en todos se han implantado las mismas medidas. Sin embargo, estas iniciativas estatales pueden, al menos, servir para valorar el efecto que en el sistema sanitario acaban produciendo las mismas y, por tanto, para determinar en el futuro cuál es la mejor alternativa para una futura reforma federal.

Tal ausencia de reforma federal no significa que el debate se haya disipado o que carezca ya de trascendencia tras la entrada en vigor de la citada *Patient Protection and Affordable Care Act*. Antes al contrario, precisamente la entrada en vigor de dicha norma genera una mayor necesidad, si cabe, de replantearse el modelo porque, si bien dicha norma no supone formalmente ningún cambio del modelo de responsabilidad, al que prácticamente no menciona, salvo en lo que se refiere, como veremos, a la promoción de proyectos que evalúen alternativas al actual sistema de responsabilidad médica a nivel de los Estados, sí que va a tener una incidencia notable en este campo. No debemos olvidar que dicha norma tiene como objetivo principal, dicho en términos generales, incorporar al sistema sanitario a cuarenta millones de personas que se estima que carecen de seguro sanitario y que no cumplen los requisitos para acceder a los programas públicos de *Medicare* o *Medicaid*, y cuyos ingresos económicos no les permiten tampoco acceder al mercado de los seguros privados de asistencia sanitaria<sup>2</sup>. De este modo, si se incorporan cuarenta millones de usuarios podemos ciertamente hablar de una subida exponencial muy importante de actos médicos y, por ende, de futuros errores médicos o efectos adversos. Un mayor número de actos médicos ha de provocar necesariamente un mayor número de efectos adversos y, por ende, un mayor número de casos de responsabilidad sanitaria en los Tribunales<sup>3</sup>.

Así pues, si la reforma podría entenderse conveniente antes de la aprobación de la *Affordable Care Act*, por diferentes motivos que iremos analizando, después de que ésta haya sido aprobada en el Congreso lo es aún mucho más, so riesgo que caer en una nueva crisis de la mal praxis.

<sup>2</sup> *Medicare* y *Medicaid* son dos programas de asistencia médica del Gobierno norteamericano destinados, el primero a personas mayores de 65 años o a adultas con incapacidad laboral, y el segundo a la asistencia sanitaria a pobres.

<sup>3</sup> ROTHSTEIN, M.A., "Health Care Reform and medical malpractice claims", *Journal of Law, Medicine and Ethics*, Conundrums and controversies in mental health and illness, invierno 2010, p. 871. Vid., también, NELSON, L.J., MORRISEY, M.A. y BECKER, D.J., "Medical liability and Health Care Reform", *Health Matrix*, vol. 21, año 2011, p. 449.

A través de este trabajo pretendemos hacer un análisis del debate que se está planteando en Estados Unidos acerca de la reforma de la responsabilidad sanitaria y de cuáles son las diferentes alternativas que se están proponiendo entorno a este tema. El enfoque atenderá no sólo a aspectos jurídicos, sino también políticos y sociológicos, los cuales creemos que es importante considerar a la hora de valorar cuál ha de ser el futuro del sistema de responsabilidad médica en Estados Unidos.

El análisis que nos proponemos desarrollar creemos que tiene interés también al otro lado del Atlántico, y ello pese a que, ciertamente, nuestro modelo de responsabilidad sanitaria no es equiparable al norteamericano, y no solo por la menor judicialización de los conflictos sociales<sup>4</sup> y, en particular, de la relación médico-paciente, sino también porque en nuestro modelo ya existen importantes elementos correctores del sistema que han de evitar una situación de crisis de la mal praxis y, sobre todo, porque no tenemos la figura de los *punitive damages*<sup>5</sup>. Sin embargo, la actual crisis económica y las dudas acerca de la futura sostenibilidad del sistema sanitario en gran parte de los países de Europa provocan que el debate también haya de plantearse aquí. La incidencia de dicho fenómeno en el gasto sanitario ya no es un problema foráneo, sino que es una cuestión que debe ser afrontada desde ya y, para ello, las reflexiones y propuesta que al respecto se hacen en el país en el que es referente en este ámbito han de resultar necesariamente muy útiles. Observar lo que se hace desde Estados Unidos tiene, pues, todo el sentido, sin perjuicio de que las diferentes propuestas o alternativas hayan de ser necesariamente contextualizadas en un marco jurídico y social algo diferente.

---

4 Meisel señala que la sociedad norteamericana es una sociedad impregnada por el litigio. Pese a que se reconoce que el excesivo nivel de litigiosidad no es favorable para el desarrollo social, se confía en los litigios la mayor parte de las decisiones sociales de gran calado. El litigio se reconoce como un fallo del sistema social, pero es adictivo. Este misma problemática se aprecia con la discusión de las cuestiones referidas a los cuidados y decisiones al final de la vida, ya que las diferentes decisiones normativas se han adoptado al amparo de resoluciones judiciales. Vid. MEISEL, A., "The role of litigation in end of life care: a reappraisal", en JENNINGS, B., KAEBNICK, G.E. y MURRAY, T.H. (Edit.), *Improving end of life care. Why has it been so difficult?*, The Hastings Center, Report núm. 35, noviembre-diciembre 2005, p. 47.

5 El gasto del sistema de Tort Law en general y no solo referido a la responsabilidad sanitaria supuso en 2006 en Estados Unidos un 2,2 por ciento del PIB, frente al 0,7 en Francia o Reino Unido o uno por ciento en Alemania y España. Vid. McQUILLAN, L.J., ABRAMYAN, H. y ARCHIE, A.P., "Jackpot justice. The true cost of America's tort system", Pacific Research Institute, San Francisco, 2007, p. 32.

## II. LA REFORMA DE LA RESPONSABILIDAD SANITARIA: UN VIEJO DEBATE

La crisis de la mal praxis y, por tanto, el debate acerca de la necesidad de reformar el sistema de responsabilidad médica se inicia en Estados Unidos mucho antes de la aprobación de la *Patient Protection and Affordable Care Act*. En los años setenta ya se produce la llamada entonces primera crisis de la mal praxis que luego tendría un nuevo resurgir durante los años ochenta y noventa. Tanto aquella como éstas traerán como consecuencia la subida del precio de las primas que los médicos van a pagar por su seguro de responsabilidad civil sanitaria y también la reducción de la oferta de compañías aseguradoras en este sector, como ha venido también ocurriendo desde principios de este siglo XXI<sup>6</sup>.

Los motivos que ocasionaron dichas crisis son diversos y así se han apuntado, entre otros, los cambios en la relación médico-paciente, el impacto de la evolución de la tecnología en la medicina<sup>7</sup>, la socialización de la medicina que ya no se prestará en una relación simple y horizontal médico-paciente, pasando a una relación más compleja y con tres protagonistas, institución-médico-paciente, y, finalmente, el desarrollo de los derechos de los pacientes y su consiguiente posibilidad de exigir judicialmente su respeto.

También, se apunta recientemente, como detallaremos más adelante, aunque podemos ahora avanzar, que dicha crisis de la mal praxis obedece a motivos no directamente imputables al propio sistema sanitario y al sistema de responsabilidad médica, sino a la coyuntura económica y al impacto que ésta tiene en el sector asegurador. Así, parte de la doctrina norteamericana considera que la denominada crisis de la mal praxis es una mera leyenda urbana (*urban*

---

6 THORPE, K.E., "The medical malpractice crisis: recent trends and the impact of the State Tort reforms", *Health Affairs*, 21 de enero 2004, p. 20. Vid., también, BARRINGER, P.J., "A new prescription for America's medical liability system", *Journal of Health Care Law & Policy*, vol. 9, año 2006, pp. 237 a 240.

7 El avance de la tecnología en la medicina constituye uno de los factores que explica el gran éxito de esta en las últimas décadas. Sin embargo, tal éxito muestra también un riesgo para el ciudadano que se traduce en una mayor posibilidad de encarnizamiento terapéutico o de aplicación de medidas de sobreesfuerzo terapéutico. Instalada definitivamente en el poder tecnológico, la medicina vive toda una época de fascinación por la tecnología, y éste ha sido uno de los elementos que más deshumanización y más sufrimiento puede producir en la relación médico-paciente.

legend)<sup>8</sup>, sin que puedan encontrarse la razón de la misma en un incremento apreciable de los litigios contra los médicos o de las condenas acordadas por los Tribunales. El motivo real responde a una mera estrategia económica del sector asegurador que, en los contextos económicos en los que es más difícil obtener retornos por las inversiones de las primas que percibe, opta por un escenario presidido por el incremento de las mismas. De este modo, si en un contexto de bonanza económica, el sector asegurador prefiere abaratar las primas, ya que el objetivo es obtener mayor liquidez para invertir, en el contexto de crisis, tal posibilidad se evanece y ante los riesgos de la inversión o los escasos réditos que ofrece ésta, se opta por percibir la parte fundamental del negocio directamente de las primas, es decir, por el negocio tradicional.

Por ello, como explicaremos más adelante, y esta es una postura que empiezan ya a compartir algunos miembros del Partido Demócrata, se ha llegado, incluso, a plantear por algún sector de la doctrina que no es necesaria una reforma de la responsabilidad sanitaria en tal escenario porque el propio mercado se corrige a sí mismo en el momento que la económica vuelve a crecer. Se ha señalado, de manera muy ilustrativa, que el debate acerca de la responsabilidad médica es un *Republican issue*<sup>9</sup>, en el sentido de que no es algo necesario, sino tan sólo deseado por el citado Partido Republicano en una clara defensa de los intereses de los lobbies que representan a las empresas aseguradoras.

En todo caso, aunque el Partido Demócrata, como veremos, no tenga una clara opinión acerca de dicha reforma y no porque existan posturas claramente encontradas al respecto en su seno, sino porque existen dudas, como decimos, acerca de los verdaderos motivos que provocan la presunta crisis de la mala praxis y, por tanto, de las recetas legales para resolverla, sí se trata de un tema que también aparece en su discurso político. Así pues, aunque puede perfectamente afirmarse, como hemos señalado, que es el Partido Republicano el que principalmente ha enarbolado la bandera de la reforma, tampoco el Partido Demócrata renuncia claramente a ello, y como buena muestra son las permanentes referencias del Presidente Obama a tal problema en sus discursos o en sus comunicados al Congreso.

8 BAKER, T., *The medical malpractice myth*, University of Chicago Press, Chicago, 2007, p. 1.

9 MELLO, M.M., KELLY, C.N. y BRENNAN, T.A., "The role of medical liability reform in Federal Health Care Reform", *The New England Journal of Medicine*, vol. 361, núm. 1, año 2009, p. 1.

Por otro lado, también se ha apuntado que la presunta crisis actual de la mal praxis muestra dos diferencias con las anteriores: por un lado, se ha producido la retirada precipitada de alguna compañía (véase, singularmente el caso de *St Paul* y, como consecuencia de su retirada del seguro de responsabilidad profesional médica, el de otras compañías como *PHICO* y *Frontier Insurance Group*), aunque es discutible que ello se haya debido a dicha crisis y no a los efectos que sobre el sector asegurador produjo el atentado del 11-S. Por otro lado, el incremento del precio de las primas ha coincidido con un descenso del importe que los médicos perciben de programas públicos como *Medicare*<sup>10</sup>, de manera que el impacto económico es mayor desde la perspectiva de los profesionales. Sin embargo, algunos autores discrepan de dicha posición y consideran que la esta crisis no es comparable a las anteriores en intensidad, de manera que no se aprecia ni un incremento notable de las primas ni dificultades por parte de los médicos para suscribir un seguro<sup>11</sup>.

También, es importante subrayar que dichas crisis nunca han afectado por igual a todos los Estados. Así, a principios de este siglo se observan incrementos de primas muy diferentes en función del Estado. Por ejemplo, en Florida y Ohio las primas se incrementaron un cincuenta y sesenta por ciento, respectivamente, para los internistas, mientras que en California solo se aprecian pequeños incrementos<sup>12</sup>.

Tampoco el incremento de primas afecta por igual a todos los médicos, sino que sus efectos se aprecian especialmente en determinadas especialidades médicas como Obstetricia y Ginecología, Medicina Interna y Cirugía General, como puede verse en el **cuadro 1** que recogemos a continuación y si bien los datos vienen referidos a un periodo anterior (1998-2002), los mismos se han reproducido en los últimos años.

Así pues, el debate sobre la reforma de la responsabilidad sanitaria no es nuevo y desde el plano estrictamente político debemos recordar que ya antes de ser nombrado Presidente Obama, conjuntamente con la que sería inmediatamente después su rival político en las Primarias del Partido Demócrata y colaborado-

10 THORPE, K.E., "The medical malpractice crisis: recent trends and the impact of the State Tort reforms", *cit.*, p. 24.

11 WEBEL, B., CHU, V.S. y SARATA, A.K., "Medical malpractice: Overview and Legislation in the 112th Congress", *Congressional Research Service*, 18 de junio de 2012.

12 THORPE, K.E., "The medical malpractice crisis: recent trends and the impact of the State Tort reforms", *cit.*, p. 21.

## EXHIBIT 1

### Trends In Medical Malpractice Premiums, As Percentage Change, 1998–2002

Year	Premiums earned (%)	OB-GYN premiums (%)	Internal medicine premiums (%)	General surgery premiums (%)
1998	9.1	0.3	-2.9	1.0
1999	3.9	2.1	5.1	1.1
2000	5.3	4.8	7.3	7.0
2001	14.1	10.3	9.9	12.0
2002	23.2	14.2	20.0	21.9

FUENTE: THORPE, K.E., “The medical malpractice crisis: recent trends and the impact of the State Tort reforms”, *Health Affairs*, 21 de enero 2004, p. 21.

ra en el Gabinete, Hillary Clinton, publicó un trabajo en la prestigiosa revista científica *New England Journal of Medicine* en el defendían la conveniencia de reformar el sistema de responsabilidad sanitaria. Para tales autores ello venía motivado porque el sistema de responsabilidad médica no cumplía su verdadera función y dificultaba la promoción de políticas de seguridad del paciente, ya que “*The current tort system does not promote open communication ... On the contrary, it jeopardizes patient safety by creating an intimidating liability environment ... health care providers are understandably reticent about discussing errors, because they believe that they have no appropriate assurance of legal protection. This reticence, in turn, impedes systemic and programmatic efforts to prevent medical errors*”<sup>13</sup>.

También, el anterior Presidente, George W. Bush, en el debate del Estado de la Nación (*State of the Union*) de 2006 manifestó que era necesario limitar el acceso de los pacientes a los Tribunales, ya que la propia asistencia sanitaria se ve amenazada al provocar el miedo a las reclamaciones judiciales que muchos médicos abandonen la práctica profesional<sup>14</sup>.

13 CLINTON, H.R. y OBAMA, B., “Making patient safety the centerpiece of medical liability reform”, *New England Journal of Medicine*, vol. 354, núm. 21, mayo 2006, p. 2207.

14 Vid. Informe “The great medical malpractice: NPDB Data continue to show medical liability system produces rational outcomes”, *Public Citizen*, Congress Watch, Julio 2007, p. 1. Puede accederse a dicho informe a través de la página web de la organización autora del mismo, [www.citizen.org](http://www.citizen.org). Último acceso el 25 de abril de 2013. Sin embargo, algunos estudios señalan que tal presunta fuga de médicos no responde a la realidad. Vid., en especial, VIDMAR, N. y MACKILLOP, K., “Judicial hellholes: Medical malpractice claims, verdicts and the “doctor exodus” in Illinois”, *Vanderbilt Law Review*,

Así pues, se trata de un antiguo debate tanto para el Partido Demócrata como para el Partido Republicano. Sin embargo, cierto es que la aprobación de la reciente reforma sanitaria promovida por el Presidente Obama ha provocado una preocupación aún mayor por esta cuestión y una mayor presencia del debate tanto en los medios de comunicación y opinión como en la propia investigación académica. Sin embargo, a este respecto, puede resultar sorprendente, como ya anunciamos antes, que la reforma del sistema de responsabilidad profesional no sea una materia de la que se ocupe la *Patient Protection and Affordable Care Act*, y ello, pese a que algún destacado político demócrata como Howard Dean ya hubiera denunciado su falta y la conveniencia de incluirla en la Ley. Incluso, según una encuesta realizada en octubre de 2009 por la *Health Coalition on Liability and Access*, un sesenta y nueve por ciento de los consultados querían que dicha reforma se incluyera en aquella<sup>15</sup>.

vol. 59, núm. 4, año 2006, pp. 1309 a 1342.

15 Howard Dean manifestó a este respecto que “*Here’s why tort reform is not in the bill. When you go to pass a really enormous bill like that, the more stuff you put in it, the more enemies you make, right? And the reason that tort reform is not in the bill is because the people who wrote it did not want to take on the trial lawyers in addition to everyone else they were taking on. And that is the plain and simple truth*”. Vid. Report of the Committee on the Budget of the House of Representatives to accompany H.R. 5652, a Bill to provide for reconciliation pursuant to Section 201 of the concurrent resolution on the budget for fiscal year 2013, Sequester Replacement Reconciliation Act of 2012, p. 54. Puede accederse a dicho documento a través de la página web del Congreso, en [www.congress.gov](http://www.congress.gov). Último acceso el 2 de mayo de 2013. También, Sage y Hyman consideran que para la opinión pública la reforma de la responsabilidad médica había de formar parte de la reforma sanitaria. Vid. SAGE, W.M. y HYMAN, D.A., “Do Health Reform and Malpractice Reform fit together?”, *Law and Economics Research Paper No. 203*, University of Texas Law School, p. 6.

Tal ausencia, como veremos, podría encontrar su razón de ser en la reciente posición que un importante grupo de miembros del Partido Demócrata están adoptando en relación al problema de la responsabilidad sanitaria y al impacto que ésta parece que tiene en el incremento del gasto sanitario. Así, dichos miembros, y entre ellos, parece que su Presidente, la ausencia encuentra su justificación en que el problema real no reside en el sistema de responsabilidad, sino en la existencia aún de un importante número de errores médicos de manera que si quiere afrontarse el problema del gasto sanitario, debe hacerse a través del impulso de políticas efectivas de seguridad del paciente. Reduciendo los errores no sólo se recortan los gastos (reingresos, reintervenciones, prolongación de estancias hospitalarias, mayor prescripción de fármacos, etc), sino que también se reducen las posibilidades de que se produzcan reclamaciones frente a los médicos.

Por otro lado, parece que tal ausencia de la responsabilidad médica en la Ley de reforma sanitaria también viene justificada por la necesidad de desarrollar más estudios acerca de cuál es la mejor fórmula para que la reforma de dicho sistema de responsabilidad tenga un impacto directo en el que vamos a ver que es el principal problema, la medicina defensiva. De este modo, la Ley sólo se refiere a la responsabilidad médica de manera indirecta a través de la promoción de estudios y proyectos estatales sobre esta materia<sup>16</sup>. Así, la Ley autoriza en su Sección 10607 una provisión económica de cincuenta millones de dólares por Estado para que se promuevan estudios y proyectos que permitan una reparación de los daños sufridos por los pacientes por un procedimiento alternativo a la litigación y reduzcan los errores médicos<sup>17</sup>.

Se trata, pues, de lograr fórmulas que equilibre el derecho de los pacientes y sus familiares a verse compensados por los daños que puedan sufrir con ocasión de la asistencia sanitaria y la pretensión de los médicos de poder ejercer su profesión sin encontrarse bajo la amenaza permanente de la reclamación<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 3.

<sup>17</sup> KACHALIA, A y MELLO, M.M., “New directions in medical liability reform”, *The New England Journal of Medicine*, vol. 16, núm. 364, abril 2011, p. 1564.

<sup>18</sup> ROBERTI, R.A., “The disappearing provision: Medical Liability Reform vanishes from the Patient Protection and

En similares términos, la Sección 6801 de la Ley anima a los Estados a desarrollar y evaluar fórmulas alternativas al sistema de litigación civil para promover la seguridad de los pacientes, reducir los errores médicos y facilitar una resolución temprana y eficaz de los conflictos. Estas son, en todo caso, y como hemos apuntado antes, las dos únicas menciones que la Ley hace a la responsabilidad médica<sup>19</sup>.

Sin embargo, como veremos más adelante, el problema del gasto no parece estar en el importante número de errores médicos evitables que todavía a fecha de hoy se siguen produciendo en el sistema sanitario norteamericano, sino a otro fenómeno muy ligado a la responsabilidad médica, el de la medicina defensiva. Por ello, lo que parece evidente es que, conjuntamente con la plena eficacia de dicha Ley, que recordemos que se produce en 2014, es indispensable abordar normativamente el debate acerca de la responsabilidad médica, ya que, como se ha apuntado, el temor que los médicos tienen a verse envueltos en un litigio de responsabilidad médica “*is an obstacle to health reform’s ambition of moving physicians toward more cost-effective care*”<sup>20</sup>.

### III. ¿ES CONSTITUCIONALMENTE ADMISIBLE LA APROBACIÓN DE UNA NORMA FEDERAL EN ESTA MATERIA?

El primer problema que puede encontrar una reforma federal de la responsabilidad médica es su constitucionalidad desde la perspectiva del reparto de competencias entre la Federación y los Estados, ya que se trata de una materia que es, inicialmente

Affordable Care Act despite State Court split”, *Legislation and Policy Brief*, vol. 8, núm. 2, año 2012, p. 146.

<sup>19</sup> Los términos literales en los que se expresa dicha sección son los siguientes: “(2) *States should be encouraged to develop and test alternatives to the existing civil litigation system as a way of improving patient safety, reducing medical errors, encouraging the efficient resolution of disputes, increasing the availability of prompt and fair resolution of disputes, and improving access to liability insurance, while preserving an individual’s right to seek redress in court; and (3) Congress should consider establishing a State demonstration program to evaluate alternatives to the existing civil litigation system with respect to the resolution of medical malpractice claims*”.

<sup>20</sup> CARRIER, E.R. et al, “Physicians’ fears of malpractice lawsuits are not assuaged by Tort reforms”, *Health Affairs*, vol. 29, núm. 9, año 2010, p. 1585.

te, competencia de estos últimos<sup>21</sup>. Además, es también una cuestión sobre la que no se ha pronunciado el Tribunal Supremo directamente, no existiendo ningún precedente que resuelva acerca de la constitucionalidad de una regulación federal de la responsabilidad médica. Ciertamente es que existen algunas materias que pudieran en su momento aplicarse por analogía y respecto de las que el Tribunal Supremo ha confirmado su constitucionalidad, como es el de la responsabilidad por daños nucleares, aunque en dicho caso el enjuiciamiento de la constitucional no se llevó a cabo desde la perspectiva del reparto competencial entre la Federación y los Estados, sino desde el prisma del derecho al proceso debido (*due process clause*)<sup>22</sup>.

En todo caso, y con independencia de dichos pronunciamientos que pudieran en su momento aplicarse por analogía, en el sistema de organización territorial norteamericano como en todos los modelos descentralizados existen cláusulas que permiten corregir la asignación inicial de competencias, sobre todo, cuando deben ser satisfechos determinados intereses que trascienden al interés de los Estados y, por tanto, parece existir una base constitucional para dicha reforma. En concreto, en el modelo norteamericano se acude a dos instrumentos que permiten ampliar las competencias del Congreso en la regulación de materias que son competencia de los Estados. Se trataría de la doctrina de los poderes implícitos (*implied powers*) y la doctrina de la cláusula de comercio (*commerce clause*).

La doctrina de los poderes implícitos supone que determinadas materias cuya competencia corresponde a los Estados, pueden ser reguladas por el Congreso cuando tal regulación sea necesaria para el desarrollo de aquellas competencias que si han sido atribuidas al Congreso. De este modo, el Congreso podrá regular dichas materias cuando ello sea necesario para el ejercicio de algunos

de los poderes y competencias que sí le vienen expresamente atribuidos por la Constitución. Tal doctrina se incorpora formalmente al Derecho norteamericano a través de la decisión adoptada por el Tribunal Supremo, bajo la Presidencia del conocido *Chief Justice* John Marshall, en 1819 en el caso *McCulloch v. Maryland*<sup>23</sup>.

Por lo que a la doctrina de la *commerce clause* se refiere, ésta se fundamenta en la previsión contenida en el artículo 1, apartado 8, punto 3 de la Constitución de los Estados Unidos que dispone que el Congreso tiene competencia para regular el comercio entre los Estados. De este modo, cuando una materia, como es el sistema de *Tort Law*, pueda afectar al comercio entre más de un Estado, el Congreso se verá facultado para regular a nivel federal dicha materia<sup>24</sup>.

El origen jurisprudencial de dicha doctrina lo encontramos también en una decisión del Tribunal Supremo, presidido una vez más por el *Chief Justice* John Marshall, *Gibbons v. Ogden* 1824, aunque será a partir de la etapa de las políticas del *New Deal* promovidas durante la Presidencia de Franklin D. Roosevelt cuando, por la necesidad de que la Federación asuma la regulación de las competencias económicas para salvar la crisis económica, dicha doctrina se generalice (véase, principalmente, *Wickard v. Filburn*, 1942).

Para determinar cuando el Congreso ha actuado correctamente en el ejercicio de dicha cláusula, se atiende a diferentes elementos, tales como si la actividad objeto de regulación es una actividad económica, si dicha actividad económica está relacionada con el comercio, si la actividad en su conjunto tiene

23 Vid. *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819).

24 Una doctrina jurisprudencial similar a esta puede encontrarse en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que acude también al principio de libre mercado como instrumento para promover la regulación por parte de las instituciones europeas de determinadas competencias que, en principio, corresponden a los Estados miembros. Véase, por ejemplo, la Sentencia de 18-X-2011, “*Brüstle v. Greenpeace e. V.*”, Asunto C-34/10, sobre la patentabilidad de los embriones en la que se manifiesta, literalmente, que “*The lack of a uniform definition of the concept of human embryo would create a risk of the authors/creators of certain biotechnological inventions being tempted to seek their patentability in the Member States which have the narrowest concept of human embryo and are accordingly the most liberal as regards possible patentability, because those inventions would not be patentable in the other Member States. Such a situation would adversely affect the smooth functioning of the internal market which is the aim of the Directive*”.

21 Recuérdese que la Enmienda X de la Constitución de los Estados Unidos se expresa en los términos habituales de las reglas que regulan el reparto de competencias en un Estado federal por asociación y dispone, literalmente, que “*The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the states, are reserved to the states respectively, or to the people*”.

22 Véase, *Duke Power Company v. Carolina Environmental Study Group, Inc.*, 1978. Vid. ROBERTI, R.A., “The disappearing provision: Medical Liability Reform vanishes from the Patient Protection and Affordable Care Act despite State Court split”, *cit.*, p. 157.

efectos sobre el comercio y si dichos efectos se extienden a un ámbito interestatal.

Pues bien, al amparo de ambas doctrinas, puede perfectamente mantenerse que el Congreso puede regular la reforma de la responsabilidad médica pese a que dicha materia no sea inicialmente de su competencia.

En primer lugar, desde la perspectiva de la doctrina de los poderes implícitos, el Congreso será competente en la medida que dicha reforma se considere indispensable para frenar el gasto sanitario y, por tanto, para permitir un desarrollo efectivo de la reforma sanitaria aprobada en 2010 o, incluso, de otros programas nacionales ya existentes de asistencia sanitaria como son *Medicare* y *Medicaid*. Si la citada reforma de la responsabilidad médica queda interrelacionada con tal reforma del sistema sanitaria y con la contención del gasto sanitario<sup>25</sup>, las facultades del Congreso son evidentes, al amparo de sus poderes implícitos.

En segundo lugar, desde la perspectiva de la cláusula de comercio, si se admite que el sistema de responsabilidad médica afecta a la circulación de empresas sanitarias, médicos o pacientes entre Estados, puede perfectamente afirmarse que dicha reforma incide necesariamente en el comercio (*cross-border impact*)<sup>26</sup>.

Además, no debe olvidarse tampoco que el propio Tribunal Supremo ha admitido la regulación estatal sobre determinadas prácticas de la medicina<sup>27</sup>, lo que permite sostener que la reforma estatal de la responsabilidad médica no ha de plantear problema alguno desde el punto de vista constitucional y del reparto de las competencias<sup>28</sup>.

25 BEHRENS, M.A., “The constitutional foundation for federal medical liability reform”, American Tort Reform Association (ATRA), mayo 2011, p. 3. Puede accederse a dicho trabajo a través de la página web de la *American Tort Reform Association*, en [www.atra.org](http://www.atra.org). Último acceso el 2 de mayo de 2013.

26 BEHRENS, M.A. y SILVERMAN, C., “The constitutional foundation for federal medical liability reform”, *Journal of Health Care Law & Policy*, vol. 15, año 2012, p. 177.

27 Vid. *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124 (2007). En dicha Sentencia, el Alto Tribunal declaró que “legislative power, exercised in this instance under the Commerce Clause, to regulate the medical profession”. Vid. apartado IV B *in fine*.

28 Vid. Report of the Committee on the Budget of the House of Representatives to accompany H.R. 5652, ..., *cit.*, p. 394.

También puede invocarse a favor de esta competencia federal que ya existen reformas del sistema de responsabilidad civil, incluso, en el ámbito sanitario, que han sido aprobadas hace tiempo por el Congreso y cuya tacha de inconstitucionalidad no ha sido nunca planteada. El ejemplo paradigmático de ello sería el caso del sistema de compensación económica de los daños derivados por las políticas públicas de vacunación obligatoria (*National Vaccine Injury Compensation Program*) que se aprobó a través de una reforma federal de 1986, mediante la *National Childhood Vaccine Injury Act*, incorporada al Título 21, apartado 2 de la *Public Health Service Act*<sup>29</sup>.

Por último, en relación a este debate acerca de la constitucionalidad de una reforma federal del sistema de responsabilidad médica, resulta curioso comprobar como los dos grandes partidos intercambian sus posiciones originales y habituales al respecto. Así, el Partido Republicano que se ha mostrado tradicionalmente bastante poco favorable a extender los poderes reguladores del Estado federal, salvaguardando en gran número de ocasiones la posición de los Estados, considera que cabe una regulación estatal al amparo de la doctrina del *commerce clause*. Más aún, defiende que no sólo es posible tal regulación estatal, sino que incluso es necesaria en orden a garantizar la libertad de circulación de profesionales sanitarios y pacientes: “Furthermore, federal legislation is needed to stem the flow of doctors from one state to another, as they flee states to avoid excessive liability costs. Doctors should feel free to practice medicine wherever they want in this country, and patients everywhere should be able to obtain the medical care they need”<sup>30</sup>. El problema radica para dicho Partido en que la diferencia entre los modelos de responsabilidad sanitaria de los diferentes Estados provoca un tránsito de profesionales de aquellos en los que el sistema no ha sido reformado a aquellos que están aprobando diferentes reformas y cuyos Tribunales han refrendado las mismas<sup>31</sup>.

29 Sobre el régimen jurídico de las vacunas y dicho modelo de responsabilidad objetiva, puede verse, DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., “Rechazo a las políticas públicas de vacunación. Análisis constitucional del conflicto desde los sistemas español y norteamericano”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 26, enero-diciembre 2013, pp. 203 a 237.

30 Vid. Report of the Committee on the Budget of the House of Representatives to accompany H.R. 5652, ..., *cit.*, p. 392.

31 ROBERTI, R.A., “The disappearing provision: Medical



Por el contrario, el Partido Demócrata que tradicionalmente se ha mostrado muy favorable a extender las competencias reguladoras del Congreso en detrimento de la posición de los Estados, algo que, por cierto, defendió vivamente con ocasión de los debates en ambas Cámaras en el trámite de aprobación de la *Patient Protection and Affordable Care Act*, se muestra en este ámbito de la reforma de la responsabilidad médica, tan directamente conectado con aquélla, mucho más remiso a la hora de admitir las competencias del Congreso en la materia. Más aún, el Partido Demócrata duda acerca de la constitucionalidad de dicha reforma cuando precisamente ha defendido la constitucionalidad de la regulación de un sistema sanitario a nivel federal, llegando a tachar a aquella de asalto a los derechos de los Estados (*assault on States' rights*)<sup>32</sup>.

#### IV. ¿ES EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD SANITARIA EL VERDADERO PROBLEMA?

Una de las cuestiones más controvertidas que se plantea en el debate acerca de la reforma de la responsabilidad sanitaria es la de cuál es realmente el impacto de dicho fenómeno en el gasto sanitario y, correlativamente, qué efectos y, sobre todo, qué ahorro puede suponer para el sistema sanitario su posible reforma. Así, hay un importante número de autores e instituciones que consideran que la responsabilidad sanitaria y, más concretamente, los gastos derivados de los litigios sobre responsabilidad sanitaria tienen un impacto menos relevante del que tradicionalmente se le ha venido atribuyendo.

De este modo, una opinión doctrinal que empieza ya a generalizarse es que el problema no deriva del sistema de responsabilidad médica, sino de un fenómeno que, si bien va muy ligado a éste, es de naturaleza distinta y, por tanto, exigiría una respuesta distinta a la reforma de responsabilidad o, al menos, una respuesta algo matizada. El pro-

blema principal sería pues el de la medicina defensiva<sup>33</sup>. Por tanto, cualquier reforma que no fuera encaminada a reducir dicho fenómeno estaría necesariamente abocada al fracaso. Así, se ha manifestado de manera relevante para el debate que nos ocupa que “*tort reform may not reduce defensive medicine if it does not change physicians' perception of the liability climate—even if reform does, in fact, reduce liability risk*”<sup>34</sup>.

Esta posición, además, parece reforzarse si se atiende a la evolución de las reclamaciones e indemnizaciones en los últimos años. Así, por ejemplo, en 2009, se produjeron 10.739 reclamaciones de responsabilidad sanitaria que fueron indemnizadas, número un 27,6 por ciento inferior al año 2003<sup>35</sup>. Por tanto, parece que el problema no puede atribuirse, en cuanto al aumento del gasto se refiere, a un incremento notable de las reclamaciones de responsabilidad médica<sup>36</sup>. Se ha establecido, de este modo, que el gasto derivado de los litigios de responsabilidad médica no supone más de un dos por ciento del total del gasto sanitario, de manera que una reducción que alcanzara, incluso, un tercio de tal coste no tendría un impacto significativo<sup>37</sup>.

33 Téngase en cuenta que el impacto del precio del seguro de responsabilidad profesional tiene en el gasto sanitario total no es muy relevante, ya que el total del importe de primas ascendió en el año 2010 a los 10,2 mil millones de dólares mientras que el gasto total en sanidad alcanzó ese mismo año los 2,6 billones de dólares. Vid. WEBEL, B., CHU, V.S. y SARATA, A.K., “Medical malpractice: Overview and Legislation in the 112th Congress”, *cit.*, p. 1. Para Thomas, Ziller y Thayer el coste de las primas de seguro supone menos del dos por ciento del gasto total en sanidad. Vid. THOMAS, J.W., ZILLER, E.C. y THAYER, D.A., “Low costs of defensive medicine, small savings from Tort Reform”, *Health Affairs*, vol. 29, núm. 9, año 2010, p. 1578.

34 PAIK, M. et al., “Will Tort Reform bend the cost curve? Evidence from Texas”, *Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 9, núm. 2, junio 2012, p. 180.

35 WEBEL, B., CHU, V.S. y SARATA, A.K., “Medical malpractice: Overview and Legislation in the 112th Congress”, *cit.*

36 ROTHSTEIN, M.A., “Health Care Reform and medical malpractice claims”, *cit.*, p. 874.

37 VV. AA., “Limiting tort liability for medical malpractice”, *Economic and Budget Issue Brief 1*, Congressional Budget Office, 8 de enero de 2004, p. 6. Vid., también, EDWARDS, C.T., “The impact of a no-fault tort reform on physician decision-making: A look at Virginia’s birth injury program”, *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, vol. 80, núm. 1, año 2010, p. 287.

Liability Reform vanishes from the Patient Protection and Affordable Care Act despite State Court split”, *cit.*, p. 147.

32 Vid. Report of the Committee on the Budget of the House of Representatives to accompany H.R. 5652, ..., *cit.*, p. 135.

**Table 1. Percentage Change in the Number of Paid Medical Malpractice Claims (2003–2009) and Claims Per 100,000 Population (2009)**

State	% Change in Number of Claims (2003-2009)	Claims Per 100,000 (2009)	State	% Change in Number of Claims (2003-2009)	Claims Per 100,000 (2009)
AL	-37.5	0.650	MT	-37.9	3.759
AK	-36.8	1.770	NE	-41.5	2.723
AZ	-43.6	2.630	NV	-35.0	2.490
AR	-29.4	1.694	NH	0.00	3.591
CA	-30.7	2.499	NJ	-19.9	5.441
CO	-23.0	2.515	NM	13.7	4.201
CT	-51.9	2.980	NY	-26.5	6.712
DE	-71.9	2.070	NC	-47.8	1.191
DC	-52.4	3.393	ND	-45.5	2.857
FL	-38.7	4.232	OH	-65.4	1.744
GA	-35.6	2.116	OK	0.00	3.677
HI	-35.4	2.517	OR	-34.2	1.931
ID	-28.1	1.513	PA	-38.3	6.203
IL	-42.4	2.225	RI	-40.8	4.057
IN	-56.4	2.913	SC	-28.3	2.559
IA	-39.7	2.367	SD	-35.1	3.027
KS	-29.4	2.612	TN	-12.3	2.182
KY	-53.2	2.414	TX	-56.5	1.910
LA	-02.9	6.080	UT	-08.8	3.012
ME	-16.7	2.306	VT	-34.6	2.763
MD	-36.0	3.184	VA	-35.5	1.544
MA	23.7	4.741	WA	-37.3	1.848
MI	-40.2	3.477	WV	-23.8	4.462
MN	-40.4	1.078	WI	-42.0	1.168
MS	-34.0	2.361	WY	-45.8	2.436
MO	-26.9	2.776			

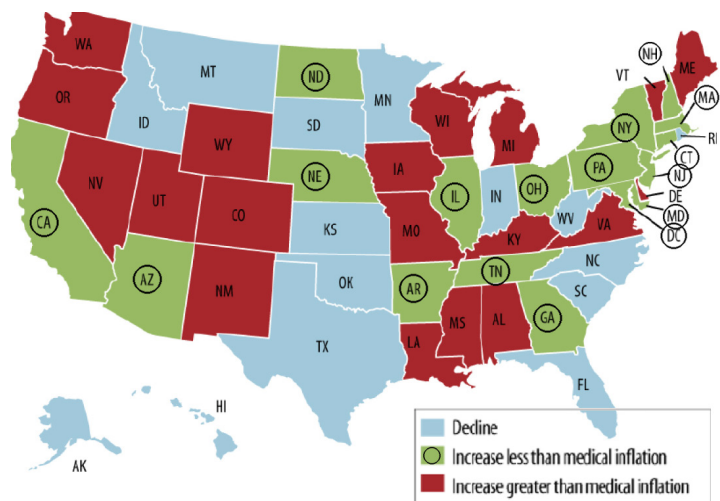
Fuente: CRS analysis of Kaiser Foundation data.

La evolución de las reclamaciones en el periodo 2003-2009 puede apreciarse en la tabla anterior<sup>38</sup>.

Así, sólo dos Estados, Massachusetts y Nuevo México, han experimentado un incremento de reclamaciones indemnizadas en dicho periodo 2003-2009 y, por el contrario, en otros seis Estados, Connecticut, Delaware, Indiana, Kentucky, Ohio y Texas, y en el Distrito Columbia, se aprecian descensos de más del cincuenta por ciento de las reclamaciones indemnizadas. Cierto es que la media del importe de reclamación indemnizada es superior en 2009 (323.273 dólares frente a los 289.891 en 2003), pero este dato habría que relativizarlo si se atiende a la inflación.

En el siguiente gráfico pueden comprobarse cuales son los Estados en los que el importe medio de

las indemnizaciones, bien ha disminuido en general, o bien es inferior en comparación con la inflación<sup>39</sup>:



38 WEBEL, B., CHU, V.S. y SARATA, A.K., “Medical malpractice: Overview and Legislation in the 112th Congress”, *cit.*

39 *Ibidem*

Por tanto, parece que el problema no es el incremento de la responsabilidad médica, sino el incesante incremento de la medicina defensiva y de los sobrecostes que ello conlleva en el sistema sanitario<sup>40</sup>.

Por medicina defensiva debe entenderse aquella práctica asistencial que, en la evaluación de las pruebas o tratamientos que han de aplicarse en un proceso clínico concreto, atiende más al riesgo de que el profesional sea objeto de una reclamación por parte del paciente o sus familiares que a la evidencia científica o utilidad terapéutica. Así pues, se trataría del empleo por el médico de los procedimientos y medios diagnósticos y terapéuticos con el principal fin de evitar ser demandado o reclamado judicialmente<sup>41</sup>.

La organización *Jackson Healthcare*, autora de uno de los principales estudios sobre la incidencia de la medicina defensiva en Estados Unidos<sup>42</sup>, ha definido ésta en los siguientes términos: “*the practice of ordering medical tests, procedures or consultations of doubtful clinical value in order to protect the prescribing physician from malpractice lawsuits*”. Así pues, se considera que el temor al litigio es lo que preside la misma (“*Fear of litigation has been cited as the driving force behind defensive medicine*”), adoptando, además, dos modalidades de conducta: la de excesiva cautela o precaución y la de evasión (*assurance behavior and avoidance behavior*). En el primer caso, el profesional solicita más servicios de los necesarios con el fin de reducir los resultados adversos, disuadir al paciente de reclamar o poder

acreditar que actuó de acuerdo con las exigencias de la buena praxis. En el segundo caso, en el que se desarrolla una conducta de evasión, el profesional rechaza llevar a cabo determinados actos de riesgo o participar en ellos por la posibilidad de verse envuelto en el futuro en un litigio de responsabilidad<sup>43</sup>.

Ambas conductas tienen un impacto notable en el gasto sanitario, ya que, si bien la primera de las descritas produce un incremento de pruebas y tratamientos sin beneficio terapéutico relevante, la segunda también afecta desde un punto de vista económico porque supone la aplicación de pruebas o tratamientos que con un diagnóstico o tratamiento precoz se hubieran evitado o al menos minorado desde la perspectiva del coste.

Otra definición de medicina defensiva sería la dada por la Oficina de Evaluación Tecnológica del Congreso de los Estados Unidos: “*when doctors order tests, procedures, or visits, or avoid certain high-risk patients or procedures, primarily (but not solely) because of concern about malpractice liability*”<sup>44</sup>.

Sin embargo, estas definiciones han sido matizadas por algunos autores en la medida que solamente recogen una dimensión de la medicina defensiva que no tiene en cuenta los posibles beneficios que de tales prácticas pueden derivarse para los pacientes. En este sentido, se ha definido como la actividad consistente en “*administering “precautionary treatments with minimal expected medical benefit out of fear of legal liability*”<sup>45</sup>. Esta definición aceptaría que la medicina defensiva no supone necesariamente un perjuicio para el paciente, ya que puede existir un beneficio aunque sea mínimo<sup>46</sup>.

Por lo que se refiere al impacto que la medicina defensiva tiene en el gasto sanitario en Estados Unidos, el Instituto *Gallup* y la consultora sanitaria *Jackson Healthcare* consideran, según el resultado de una

40 También existen algunas voces discrepantes, aunque son las menos. Así, Thomas, Ziller y Thayer consideran que “*defensive medicine practices exist and are widespread, but their impact on medical care costs is small*”. Vid. THOMAS, J.W., ZILLER, E.C. y THAYER, D.A., “Low costs of defensive medicine, small savings from Tort Reform”, *cit.*, p. 1583.

41 ARIMANY MANSO, J., “La medicina defensiva: un peligroso boomerang”, *Humanitas Humanidades Médicas*, núm. 12, febrero de 2007, pp. 22 a 24; y GUERRERO ZAPLANA, J., *El consentimiento informado. Su valoración en la jurisprudencia*, Lex Nova, Valladolid, 2004, pp. 48 a 52. Parsons considera que no dejar la valoración de toda la actuación del médico a la lógica de los controles formales (procesos judiciales, disciplinarios, etc.) permite dar confianza al médico en el desempeño de sus funciones y una cierta audacia para utilizar procedimientos arriesgados aunque aconsejables, lo que no tendría en una situación mucho más burocratizada. Ciertamente, para Parsons esa reducción de los controles formales provocará, en ocasiones, cierta cantidad de abuso. Sin embargo, tiene una significación funcional. Vid. PARSONS, T., *El sistema social*, Alianza Universidad, Madrid, 1982, p. 436.

42 El estudio que lleva por título “A costly defense: physicians sound off on the high price of defensive medicine in the US”, se ha realizado a partir de tres encuestas llevadas a cabo con 3.000, 1.400 y 1.500 médicos, respectivamente. Puede accederse a dicho estudio a través de la página web [www.defensivemedicine.org](http://www.defensivemedicine.org). Último acceso el 2 de mayo de 2013.

43 *Ibidem*.

44 Vid. U.S. Congress Office of Technology Assessment. *Defensive medicine and medical malpractice*, 1994. Puede accederse a dicho informe a través de la página web <http://biotech.law.lsu.edu/policy/9405.pdf>. Último acceso el 1 de mayo de 2013.

45 KESSLER, D. y MCCLELLAN, M., “Do doctors practice defensive medicine?”, *Quarterly Journal of Economics*, vol. 111, núm. 2, año 1996, p. 354.

46 Desde una perspectiva más económica que jurídica, se ha definido como aquel gasto que excede del importe socialmente óptimo. Vid. MELLO, M.M. et al., “National costs of the medical liability system”, *Health Affairs*, vol. 9, núm. 29, septiembre 2010, p. 1573.

encuesta llevada a cabo con cuatrocientos sesenta y dos médicos entre los meses de diciembre de 2009 y enero de 2010, que el veintiséis por ciento del total de gasto sanitario puede ser atribuido a prácticas de medicina defensiva. Así, se estima que uno de cuatro dólares que se gastan en asistencia sanitaria responde a la rutinaria práctica de la medicina defensiva, lo que podría traducirse en cuatrocientos ochenta mil millones de dólares anuales. Más concretamente, el *Instituto Gallup* señala que los médicos consideran que el treinta y cinco por ciento de las pruebas diagnósticas, el veintinueve por ciento de las pruebas de laboratorio, el catorce por ciento de las prescripciones, el diecinueve por ciento de las hospitalizaciones y el ocho por ciento de las cirugías fueron realizados para evitar problemas legales<sup>47</sup>.

Para consultora PwC, según recoge en un informe de 2010 bajo el título “*The price of excess. Identifying waste in healthcare spending*”, la medicina defensiva constituye una de las tres principales causas de gasto injustificado en el sistema de salud, alcanzando la cifra de doscientos diez mil millones de dólares al año<sup>48</sup>. Dicho importe es más de diez veces superior, por ejemplo, al importe de gasto que suponen los errores médicos, que dicha consultora cifra en diecisiete mil millones.

Otras instituciones como *Patients for Fair Compensation (Bioscience Valuation)* estiman que el coste anual en medicina defensiva puede superar la cifra anterior y alcanzar los seiscientos cincuenta mil millones de dólares anuales. Otros estudios lo reducen a algo más de cuarenta y cinco mil millones de dólares en el año 2008<sup>49</sup>.

Como ya hemos apuntado antes, la organización *Jackson Healthcare* ha elaborado el que puede considerarse como principal estudio sobre la medicina defensiva en el sistema sanitario de los Estados Unidos. Este estudio se ha desarro-

llado en los últimos cinco años y de él resultan datos de especial interés. Así, puede destacarse, desde la perspectiva de los pacientes, que los que más frecuentemente sufren los efectos de la medicina defensiva son los que requieren cirugía o los que acuden a los servicios de Urgencias, siendo las mujeres las más expuestas (curiosamente, un estudio de la *American Medical Association* –AMA– establece que los varones son los que reciben mayor número de reclamaciones en comparación con las mujeres que ejercen la medicina). Desde la perspectiva de los profesionales, los médicos de urgencias, los de atención primaria y los ginecólogos y obstetras son quienes practican más habitualmente la medicina defensiva, siendo habitualmente profesionales jóvenes y mujeres los que se ven más afectados por el temor a las reclamaciones. También el temor a la demanda se aprecia más en el sector privado que en el sector público, lo que se achaca a *Federal Tort Claims Act*<sup>50</sup>.

En el estudio llevado a cabo por BISHOP y otros y en el que más de mil doscientos médicos contestaron a dos preguntas concretas que se les formularon: “(1) *Do physicians order more tests and procedures than patients need to protect themselves from malpractice suits?*”; and, (2) *Are protections against unwarranted malpractice lawsuits needed to decrease the unnecessary use of diagnostic tests?*”, se obtuvo el dato de que un noventa y uno por ciento de los médicos admite que sus decisiones se ven afectadas por el temor a las reclamaciones<sup>51</sup> (ver tabla página siguiente).

Otros estudios establecen un porcentaje del ochenta y tres por ciento<sup>52</sup> y de noventa y tres por ciento de médicos afectados por el temor a las reclamaciones<sup>53</sup>.

50 Vid. Informe “A costly defense: physicians sound off on the high price of defensive medicine in the US”, elaborado por *Jackson Healthcare*. Puede accederse a dicho informe a través de la página web, [www.defensivemedice.com](http://www.defensivemedice.com). Último acceso el 2 de mayo de 2013.

51 BISHOP, T.F., FEDERMAN, A.D. y KEYHANI, S., “Physicians’ views on defensive medicine: A national survey”, *Archives of Internal Medicine*, vol. 170, núm. 12, junio 2010, p. 1081.

52 Vid. *Investigation of defensive medicine in Massachusetts*, noviembre 2008. Puede accederse a dicho estudio a través de la página web de la *Massachusetts Medical Society* en [www.massmed.org](http://www.massmed.org). Último acceso el 2 de mayo de 2013.

53 Vid. STUDDERT, D. et al., “Defensive medicine

47 Puede accederse a dichos datos a través de la página web de Gallup en [www.gallup.com](http://www.gallup.com) y en la de Jackson Healthcare en [www.jacksonhealthcare.com](http://www.jacksonhealthcare.com). Último acceso el 24 de abril de 2013.

48 Puede accederse a dicho informe a través de la página web de la citada consultora en [www.pwc.com](http://www.pwc.com). Último acceso el 24 de abril de 2013. Puede encontrarse una crítica de dicho informe en BAKER, T., KRITZER, H. y VIDMAR, N., “*Jackpot Justice and the American Tort System: Thinking beyond junk science*”, *Legal Studies Research Paper Series*, Paper num. 95, William Mitchell College of Law, año 2008, p. 6.

49 MELLO, M.M. et al, “National costs of the medical liability system”, *cit.*, p. 1576.

**Table. Do Physicians Order More Tests and Procedures Than Patients Need to Protect Themselves From Malpractice Suits?**

	Agree, %	Unsure, %	Disagree, %	P Value
Overall	91.0	2.5	6.6	
Sex				
Male	92.6	2.1	5.3	.01
Female	86.5	3.6	9.9	
Specialty <sup>a</sup>				
Primary care	91.2	1.8	7.0	.35
Nonsurgical specialists	88.6	3.5	7.9	
Surgical specialists	92.5	2.5	5.0	
Other specialists	93.8	1.7	4.5	
Census division				
Pacific	88.8	3.5	7.7	.97
Mountain	92.3	1.0	6.7	
West North Central	90.6	2.2	7.2	
West South Central	90.0	2.1	8.0	
East North Central	94.0	1.2	4.8	
East South Central	94.1	2.1	3.8	
South Atlantic	91.5	2.7	5.9	
Middle Atlantic	88.5	3.8	7.7	
New England	91.2	1.8	7.1	
Practice location				
Rural	95.0	2.6	2.4	.19
Urban	90.5	2.5	7.0	
Practice type				
Office	91.0	2.7	6.3	.61
Other	90.7	1.8	7.5	
Patient care, h				
>20	91.1	2.4	6.5	.99
≤20	91.3	2.4	6.4	
Practice owner				
Yes	89.7	3.2	7.1	.17
No	92.6	1.6	5.8	
Source of income				
Salary only	87.4	3.5	9.1	.28
Salary plus bonus	93.3	2.2	4.4	
Billing only	90.6	2.4	7.0	
Shift work or hourly wages	96.0	0.0	4.0	
Other	89.4	2.8	7.8	
AMA member				
Yes	91.5	2.2	6.4	.90
No	90.9	2.7	6.5	

La organización *Common Good* que promueve el desarrollo de una cultura en Estados Unidos contraria a la litigiosidad en diferentes ámbitos, y entre ellos, en el ámbito de la Sanidad<sup>54</sup>, llevó también a cabo un estudio de campo sobre cómo el temor a las reclamaciones afectaba a la práctica asistencial de los médicos a través de una encuesta. Según sus resultados, el temor a sufrir una reclamación por mal praxis incide en la calidad de la asistencia que prestan a los pacientes tres de cada cuatro médicos. La pregunta que plantearon era la siguiente: “*En términos generales, en qué medida considera que el temor a las reclamaciones judiciales impide a los profesionales de*

*la medicina discutir y debatir abiertamente sobre las formas de reducir los errores médicos*”. Un cincuenta y nueve por ciento de los consultados contestaron que mucho. Además, casi un tercio de los encuestados admitieron que, pese a mostrarse interesados en desarrollar determinada especialidad, habían desistido de ello por el único motivo del riesgo legal que ello suponía<sup>55</sup>.

Otros estudios también confirman que el temor a las reclamaciones judiciales y la práctica de medicina defensiva puede apreciarse en más de dos tercios de los profesionales<sup>56</sup> (ver tabla página siguiente).

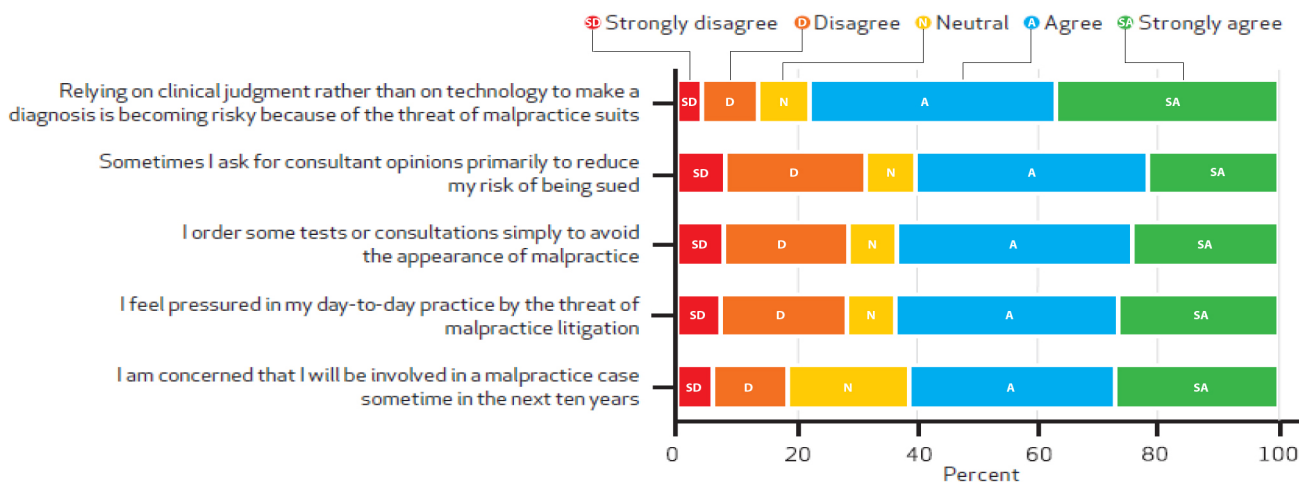
among high-risk specialist physicians in a volatile malpractice environment”, *Journal of American Medical Association JAMA*, 1 de junio 2005, pp. 2609 a 2617.

54 Puede obtenerse más información sobre dicha organización que desarrolla una interesante actividad en contra de la excesiva litigiosidad en la que se encuentra inmersa la sociedad norteamericana, en [www.commongood.org](http://www.commongood.org). Último acceso el 2 de mayo de 2013.

55 Vid. “The Fear of Litigation Study: The impact on medicine Executive Summary”, *Common Good*, abril 2002. Puede accederse a dicho informe a través de la siguiente dirección de internet: <http://www.ourcommongood.com/lit-report.pdf>. Último acceso el 2 de mayo de 2013.

56 CARRIER, E.R. et al, “Physicians’ fears of malpractice lawsuits are not assuaged by Tort reforms”, *cit.*, p. 1587.

**Physicians' Level Of Agreement With Items In The Malpractice Concerns Scale, 2008**



SOURCE Center for Studying Health System Change (HSC) Health Tracking Physician Survey, 2008.

**Adjusted Percentage Of Items In The Malpractice Concerns Scale With Which Physicians Agreed Or Strongly Agreed, By Specialty, 2008**

Specialty	% of physicians	Composite score <sup>a</sup>	Defensive medicine subscore <sup>b</sup>	Malpractice concern subscore <sup>c</sup>
All physicians	100.0	65.4	62.0	67.7
Emergency physicians	5.8	82.0***	77.3***	83.3***
Obstetrician-gynecologists	6.6	77.2***	68.5	81.0***
Surgical specialists	21.3	71.4***	65.5	75.3***
Adult primary care physicians (reference group)	31.1	66.4	66.5	65.8
Pediatric specialists	2.1	59.6	50.8***	62.5
Adult cognitive specialists <sup>d</sup>	10.3	59.0***	55.8***	61.7**
Adult procedural specialists <sup>d</sup>	8.2	58.6***	51.5***	65.8
General pediatricians	7.6	57.4***	56.3***	56.3***
Psychiatrists (adult and pediatric)	6.9	51.4***	43.8***	54.2***

SOURCE Center for Studying Health System Change (HSC) Health Tracking Physician Survey, 2008. NOTES Adjusted for physician's sex, years in practice, and practice type; number of physicians in practice; percentage of revenue from Medicare and from Medicaid; percentage of patients with chronic illnesses; and percentage of patients who are members of a racial or ethnic minority group. Percentages may not add to 100 percent because of rounding. <sup>a</sup>Percentage of statements with which physicians agreed or strongly agreed. <sup>b</sup>Percentage of statements related to defensive ordering of tests or consultations with which physicians agreed or strongly agreed. <sup>c</sup>Percentage of statements related to overall concern regarding malpractice with which physicians agreed or strongly agreed. <sup>d</sup>Cognitive specialists' primary role involves providing diagnostic or therapeutic advice to reduce clinical uncertainty or recommend a course of treatment. Procedural specialists' primary role involves performing a technical procedure to aid diagnosis, cure a condition, identify and prevent new conditions, or palliate symptoms. See Forrest C. A typology of specialists' clinical roles. Arch Intern Med. 2009;169(11):1062-8. \*\*p < 0.05 \*\*\*p < 0.01

Sin embargo, la preocupación por la responsabilidad y la práctica de medicina defensiva varía en función de la especialidad médica<sup>57</sup> (tabla anterior).

57 Según los resultados de un estudio que analiza el riesgo legal de las diferentes especialidades entre los años 1991 y 2005, las que presentarían mayor riesgo serían neurocirugía (19,1%), cirugía torácica y cardiovascular (18,9%), cirugía

general (15,3%), cirugía ortopédica (14,8%), cirugía plástica (13%), obstetricia y ginecología (12%) y urología (10,5%). Por el contrario, las de menor riesgo son anatomía patológica, dermatología, medicina familiar, pediatría y psiquiatría. Vid. CIOFU, C., "The frequency and severity of medical malpractice claims: high risk and low risk specialties", *Maedica a Journal of Clinical Medicine*, vol. 6, núm. 3, 2011, p. 230.

Se han establecido como conductas más comunes en las que se ha atendido preferentemente al temor a sufrir una reclamación y no a criterios estrictamente médicos las siguientes<sup>58</sup>:

- a) La prescripción de pruebas (79%).
- b) La remisión del paciente a otro especialista (74%).
- c) La prescripción de pruebas diagnósticas invasivas tales como biopsias (51%).
- d) La prescripción de más medicamentos tales como antibióticos (41%).

Otro dato interesante del estudio de *Common Good* es que el noventa y cuatro por ciento de los consultados considera que la cumplimentación de la documentación sanitaria, tal y como sería la historia clínica, se ve muy influida por el temor a las reclamaciones. También, un treinta y ocho por ciento admite que, por tal motivo, su relación con los pacientes es ahora menos personal.

Por último, una amplia mayoría de los encuestados, un ochenta y tres por ciento, no confían en el actual sistema de Justicia y en que puedan obtener una decisión razonable en el caso de ser demandados. Así, los médicos preferirían de manera unánime que los casos de responsabilidad se resolvieran por Tribunales integrados por profesionales médicos independientes y otros expertos con autoridad para revisar y decidir los casos de daños sanitarios.

Igualmente, se ha señalado que la medicina defensiva puede incidir también en el desarrollo de la innovación de los tratamientos médicos, ya que varios profesionales consultados, en concreto, un cincuenta y tres por ciento de los consultados, reconocen no haber aplicado terapias innovadoras por miedo a la reclamación judicial<sup>59</sup>. De este modo, la medicina defensiva afecta directamente a la calidad y mejora de la asistencia sanitaria. El desarrollo de protocolos médicos basados en la evidencia se muestra harto difícil en el marco de la medicina defensiva si los profesionales consideran que seguirlos les sitúa

en posición de riesgo legal (*“Malpractice concerns could have an impact on health care reform efforts to improve efficiency and quality in health care, such as the promotion of the use of comparative effectiveness data, if physicians believe that following comparative effectiveness- based guidelines leaves them vulnerable to malpractice suits”*)<sup>60</sup>.

Otro problema que provoca dicho temor a la reclamación es el abandono del ejercicio profesional, sobre todo, en determinadas especialidades como obstetricia y ginecología y traumatología<sup>61</sup>. Varias opiniones apuntan que este fenómeno afecta singularmente a las mujeres que ya encuentran en algunos Estados dificultades para acceder a profesionales cualificados en el ámbito de la ginecología, del seguimiento del embarazo y asistencia en el parto y en el del control y prevención del cáncer de mama<sup>62</sup>. Así, una encuesta realizada por el *American College of Obstetricians and Gynecologists* (ACOG) en 2009 señala que el sesenta y tres por ciento de los obstetras y ginecólogos han cambiado su práctica debido al temor a sufrir una reclamación judicial e, incluso, entre siete y ocho por ciento han dejado de ejercer la obstetricia. Debido a ello, la edad media de retiro de los obstetras se sitúa ahora a los cuarenta y ocho años<sup>63</sup>. En Hawaii, por ejemplo, en 2007, un cuarenta y dos por ciento de los obstetras habían dejado de prestar asistencia médica durante el embarazo<sup>64</sup>. También resulta llamativo el dato de que mientras quienes ejercen la ginecología pagan una prima de seguro de catorce mil dólares anuales, los que ejercen la obstetricia superan el importe de cien mil dólares<sup>65</sup>.

---

60 BISHOP, T.F., FEDERMAN, A.D. y KEYHANI, S., “Physicians’ views on defensive medicine: A national survey”, *cit.*, p. 1081.

61 Vid. Report of the Committee on the Budget of the House of Representatives to accompany H.R. 5652, a Bill to provide for reconciliation pursuant to Section 201 of the concurrent resolution on the budget for fiscal year 2013, Sequester Replacement Reconciliation Act of 2012, p. 379. Puede accederse a dicho documento a través de la página web del Congreso, en [www.congress.gov](http://www.congress.gov). Último acceso el 2 de mayo de 2013.

62 *Ibidem*, pp. 384 y 385.

63 Vid. “Liability issues continue to cause changes in practice”, *ACOG Today*, septiembre 2009, pp. 1 y 10. Puede accederse a dicha publicación a través de la página web del *American College of Obstetricians and Gynecologists* (ACOG), en [www.acog.org](http://www.acog.org). Último acceso el 2 de mayo de 2013.

64 Vid. Report of the Committee on the Budget of the House of Representatives to accompany H.R. 5652, ..., *cit.*, p. 384.

65 OTIS, L., “The doctor drain”, *New Jersey Monthly*, 5 de febrero de 2008.

---

58 Vid. “The Fear of Litigation Study: The impact on medicine Executive Summary”, *Common Good*, abril 2002. Puede accederse a dicho informe a través de la siguiente dirección de internet: <http://www.ourcommongood.com/lit-report.pdf>. Último acceso el 2 de mayo de 2013.

59 Vid. Informe “A costly defense: physicians sound off on the high price of defensive medicine in the US”, *cit.*

Los estudios también consideran que, contrariamente a lo que se ha venido manteniendo, la medicina defensiva tiene mayor impacto en la decisión del médico acerca de la prescripción de un fármaco que la percepción por ello de una compensación económica<sup>66</sup>. Sin embargo, esto no resulta muy claro, ya que el propio modelo de organización del sistema sanitario en Estados Unidos fomenta el uso abusivo de actos y tratamientos médicos. El sistema se fundamenta esencialmente en un modelo *fee-for-service*, lo que provoca que a mayor número de actos o tratamientos, mayor retribución. Además, tampoco existe incentivo alguno para los pacientes que promueva un uso racional del sistema, ya que, con independencia del uso, habitualmente el precio del seguro es el mismo para un colectivo de pacientes<sup>67</sup>.

También parecen mostrar que no se trata de un problema que derive de un pequeño grupo de profesionales que siguen actuando de manera incorrecta de manera que el sistema de responsabilidad es indispensable para que no lo sigan haciendo. Este es considerado uno de los mitos de la responsabilidad médica, y de acuerdo con un análisis del *Practitioner Data Bank* (NPDB), llevado a cabo por la organización *Public Citizen*, un ochenta y dos por ciento de los médicos no han tenido que afrontar nunca el pago de una indemnización desde 1990 (fecha de creación de dicha base de datos) y sólo casi un seis por ciento de los médicos fueron responsables de cerca del sesenta por ciento de las reclamaciones de todas las indemnizaciones por mal praxis. Se concluye de tal análisis que un gran número de médicos que son demandados no han llevado a cabo ningún acto contrario a las exigencias de la buena práctica médica de manera que se trata de un problema que afecta a todos los profesionales y especialmente a aquellos que pese a haber actuado correctamente tienen que enfrentarse anímicamente y económicamente a reclamaciones infundadas<sup>68</sup>.

De este modo, se considera que el sistema de responsabilidad médica no cumple ningún fin de protección de los pacientes, antes al contrario, sitúa a

los médicos en una posición favorable a la medicina defensiva y desfavorable a una relación personal y cordial con los pacientes. El problema radicaría pues en que el temor de los médicos a verse inmersos en un proceso de responsabilidad profesional hace que estos practiquen una medicina con un sobre coste importante en actos, pruebas y tratamientos que no encuentran justificación científica, sino más que la mera pretensión de satisfacer la pretensión del paciente y de sus familiares y, de este modo, evitar el riesgo de exposición a una reclamación por parte de éstos.

En definitiva, se ha propuesto que las reformas del sistema de responsabilidad médica atiendan prioritariamente, como objetivo, a la necesidad de reducir la práctica de la medicina defensiva<sup>69</sup>. La pregunta de qué reforma es la más conveniente exige, para ser contestada, determinar, prioritariamente, cuál es la que puede tener un mayor impacto, no ya en el precio de los seguros o el coste de los litigios, sino en la práctica de la medicina defensiva.

El impacto que la medicina defensiva tiene en el incremento del gasto sanitario ha de permitir buscar fórmulas que, aun afectando a las posibilidades de los pacientes de reclamar contra los médicos, acaben redundando en beneficio de aquéllos al suponer una reducción del gasto sanitario<sup>70</sup>. Así, se ha señalado, literalmente, que *“We are not arguing that the law should stop making doctors pay for their negligence. But we do think that informed patients should be free to contract as they wish, and that many informed patients might want to waive liability in order to get a better deal. If enough money is offered”*<sup>71</sup>.

En todo caso, no se trata de un fenómeno que no responda a la realidad o que se fundamente en el mito de que los médicos son reclamados en exceso. Antes al contrario, la medicina defensiva es clara expresión del hecho de que los médicos se enfrentan a una muy alta probabilidad de tener que enfrentarse a un proceso judicial. En un estudio de la AMA se estableció que seis de cada diez médicos de cincuenta y cinco

66 Vid. Informe “A costly defense: physicians sound off on the high price of defensive medicine in the US”, *cit.*

67 HALL, M.A., ELLMAN, I.M. y ORENTLICHER, D., *Health care, Law and Ethics*, 3 ed., Nutshell Series, West, St Paul, 2011, p. 9.

68 Vid. Informe “The great medical malpractice hoax: NPDB Data continue to show medical liability system produces rational outcomes”, *cit.* Sobre los efectos psicológicos que las reclamaciones producen sobre los médicos, puede verse CHARLES, S.C., “Coping with a medical malpractice suit”, *Western Journal of Medicine*, vol. 174, enero 2001, pp. 55 a 58.

69 CARRIER, E.R. et al, “Physicians’ fears of malpractice lawsuits are not assuaged by Tort reforms”, *cit.*, p. 1585.

70 THALER y SUNSTEIN, C., *Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness*, Yale University Press, New Haven, 2008, pp. 207 a 209. En contra de esta propuesta se muestran Baker y Lytton. Vid. BAKER, T. y LYTTON, T.D., “Allowing patients to waive the right to sue for medical malpractice: a response to Thaler and Sunstein”, *Northwestern University Law Review*, vol. 104, núm. 1, año 2010, pp. 233 a 252.

71 THALER y SUNSTEIN, C., *Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness*, *op. cit.*, p. 211.



años o más, han sufrido una reclamación de responsabilidad profesional<sup>72</sup>. Otro estudio considera que a los sesenta y cinco años de edad, un setenta y cinco por ciento de los médicos que practican especialidades de bajo riesgo legal habrán tenido que enfrentarse a una reclamación por mal praxis, porcentaje que sube al noventa y nueve por ciento cuando se trata de especialidades de alto riesgo legal, como pudiera ser neurocirugía, cirugía torácica o cirugía general<sup>73</sup>.

Por tanto, el problema está en la medicina defensiva pero ésta obedece no a una creencia errónea acerca de las probabilidades que los médicos tienen de ser demandados por su quehacer diario, sino en que realmente existe un importante número de reclamaciones contra estos profesionales, pese a que el impacto de éstas en el coste total de gastos no sea tan importante como el que produce la consecuencia de tal temor, la práctica de la medicina defensiva.

## V. ¿CUMPLE EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CON SUS FINES?

Parece, como vamos a comprobar, que el problema no es sólo la medicina defensiva y el impacto que ello tiene en el gasto sanitario, sino que, además, el propio sistema de responsabilidad médica, aun cuando se admita que no afecta sustancialmente al incremento del gasto sanitario, no cumple con los fines para los que fue creado, es decir, no satisface realmente su principal objetivo que no es otro que compensar los daños sufridos por los pacientes como consecuencia de los errores médicos.

Diferentes estudios parecen así acreditarlo e, incluso, el sistema ha sido literalmente tildado de “*profoundly inaccurate mechanism for distributing compensation*”<sup>74</sup>. Así, se destaca que existe un importante número de daños que nunca son reclamados

aunque jurídicamente no tengan justificación y que, contrariamente, muchos de los casos que acaban ante los Tribunales o, incluso, en los que se obtiene una indemnización carecen de justificación en Derecho.

En cuanto al primer hecho, los estudios reflejan que si bien uno de cada cien ingresos en un Hospital encontraría razones para iniciar una reclamación basada en negligencia médica, solo uno de ocho casos acaba reclamando<sup>75</sup>.

Por lo que al segundo hecho se refiere, la *Harvard School of Public Health* ha llevado a cabo varios estudios en los que se analiza si los litigios de responsabilidad médica en los que se ha declarado que ha existido una actuación correcta por parte del profesional y se ha otorgado una indemnización encuentra verdadera justificación en Derecho, reflejando dichos estudios que en un cuarenta por ciento de los analizados se aprecian resultados discordantes<sup>76</sup>. Otros estudios, sin embargo, consideran que el número de casos es inferior pero que, al tratarse de una cuarta parte, no deben por ello dejar de preocupar<sup>77</sup>.

Esta inexactitud en las resoluciones judiciales sobre responsabilidad médica se considera que responde a un problema básico: la dificultad de desarrollar una estrategia de defensa correcta en atención a la falta de previsibilidad de la opinión que finalmente tendrán sobre el caso concreto el Juez o el Jurado. La imprevisibilidad se acrecienta en los juicios con Jurado y en los casos que afectan a menores<sup>78</sup>. El fenómeno ha recibido la denominación de *lawsuit lottery*<sup>79</sup>.

75 LOCALIO, A.R. et al., “Relation between malpractice claims and adverse events due to negligence: Results of the Harvard Medical Malpractice Study”, *New England Journal of Medicine*, vol. 325, núm. 4, Julio 1991, p. 248. Vid., también, BAKER, T., KRITZER, H. y VIDMAR, N., “Jackpot Justice and the American Tort System: Thinking beyond junk science”, *cit.*, p. 12.

76 STUDDERT, D.M et al., “Claims, Errors, and Compensation Payments in Medical Malpractice Litigation”, *The Journal of Legal Studies*, vol. 19, núm. 354, mayo 2006, p. 2024.

77 STUDDERT, D.M y MELLO, M.M., “When Tort resolutions are “wrong”: Predictors of discordant outcomes in medical malpractice litigation”, *The Journal of Legal Studies*, vol. 36, núm. 2, junio 2007, p. 26. Puede también accederse a dicho artículo a través de la página web de la *Harvard School of Public Health*, en [www.hsph.harvard.edu](http://www.hsph.harvard.edu). Último acceso el 10 de mayo de 2013.

78 *Ibidem*, pp. 26 y 27.

79 STUDDERT, D.M, MELLO, M.M. y BRENNAN, T.A., “Medical malpractice”, *cit.*, p. 283.

72 KANE K. C., “Medical liability claim frequency: A 2007-2008 snapshot of physicians”, *Policy Research Perspectives*, AMA, Chicago, 2010. Puede accederse a dicho estudio a través de la página web de la AMA en la siguiente dirección: <http://www.ama-assn.org/ama>. Último acceso el 24 de abril de 2013. Puede verse también, “*Claim trend analysis 2009 edition*”, Physicians Insurers Association of America, Rockville, 2009.

73 JENA, A.B., SEABURY, S, LAKDAWALLA, D. y CHANDRA, A., “Malpractice risk attending to physician specialty”, *The New England Journal of Medicine*, vol. 7, núm. 365, agosto 2011, p. 633.

74 STUDDERT, D.M, MELLO, M.M. y BRENNAN, T.A., “Medical malpractice”, *New England Journal of Medicine*, vol. 3, núm. 350, enero 2004, p. 285.

Sin embargo, algunos estudios consideran que el problema no reside sustancialmente en el número de casos que carecen de verdadera justificación, y pese a que, como acabamos de señalar, se trate de un número y porcentaje nada desdeñable. Por ello, sugieren que las reformas que se orienten hacia dicho objetivo de reducir los litigios injustificados no resolverán el problema. Así, se apunta como principal causa que impide que el sistema de responsabilidad médica cumpla sus fines que la mayor parte del gasto en el que se incurre no deriva de las indemnizaciones, sino de los gastos procesales, fundamentalmente, honorarios de letrados, de peritos y gastos de Jurado. Se ha calculado que más del cincuenta por ciento se destina a estos conceptos y no a las indemnizaciones<sup>80</sup>. De este modo, el sistema gasta más en su propio funcionamiento que en los verdaderos fines para los que fue creado<sup>81</sup>.

Por tanto, el sistema ni es justo ya que su eficacia depende, no de haber sufrido un daño derivado de un error médico, sino del hecho de que se reclame, ni destina la gran parte de su coste a su fin principal que no es otro, obviamente, que la reparación económica de los daños sufridos por los pacientes.

Tampoco permite que la reparación del daño se produzca en un espacio de tiempo adecuado. En un estudio que analiza cerca de mil quinientas reclamaciones de cinco aseguradoras diferentes se concluye que el tiempo medio de resolución de los casos es de cinco años y que una de cada tres reclamaciones tarda seis años o más en resolverse<sup>82</sup>.

Parece, pues, que el verdadero problema no deriva de las condenas sino del número de litigios y de los costes que ello conlleva. Así, algún estudio reciente arroja los siguientes datos<sup>83</sup>:

- El sesenta y cinco por ciento de las reclamaciones son rechazadas o retiradas previamente a su resolución.

- Algo más del veinticinco por ciento son resueltas mediante acuerdo extrajudicial.
- Sólo algo más del cuatro por ciento son resueltas mediante sistemas alternativos de resolución.
- Un cinco por ciento son resueltos en sede judicial, en las que un noventa por ciento se pronuncian a favor del profesional sanitario.

Así pues, no es un problema que derive de un importante número de condenas o una importante cuantía de indemnizaciones, sino del impacto que el número de reclamaciones provoca en los gastos procesales y en la práctica de la medicina defensiva.

El coste para el profesional de los litigios es alto, aun cuando los casos no acaben en juicio. Así, el mismo estudio apunta un coste medio de defensa de 40.649 dólares, siendo de 22.163 dólares en aquellos casos en los que la reclamación ha sido retirada o rechazada antes de juicio, y un coste medio superior a 100.000 dólares en los que acaban en juicio<sup>84</sup>.

Por último, sobre lo que no existen casi estudios o, incluso, los que existen se muestran contradictorios en sus conclusiones, es acerca del efecto que la reforma del sistema de responsabilidad médica puede tener, ya no en la reducción del coste de las primas o de la práctica de la medicina defensiva, sino en los resultados de salud para los norteamericanos. Algún estudio establece que un diez por ciento de reducción de la responsabilidad médica supondría un incremento de la mortalidad en un 0,2 por ciento. De este modo, se considera que “*policies that reduce expected malpractice costs are unlikely to have a major impact on health care spending for the average patient, and are also unlikely to be cost-effective over conventionally accepted ranges for the value of a statistical life*”<sup>85</sup>. Por el contrario, otros estudios consideran que dicha reforma no tiene impacto alguno en la salud de los norteamericanos<sup>86</sup>.

80 THORPE, K.E., “The medical malpractice crisis: recent trends and the impact of the State Tort reforms”, *cit.*, p. 25.

81 STUDDERT, D.M et al., “Claims, Errors, and Compensation Payments in Medical Malpractice Litigation”, *cit.*, p. 2031.

82 *Ibidem*.

83 KANE, K. C., “Medical liability claim frequency: A 2007-2008 snapshot of physicians”, *cit.* Puede accederse a dicho estudio a través de la página web de la AMA en la siguiente dirección: <http://www.ama-assn.org/ama>. Último acceso el 24 de abril de 2013.

84 *Ibidem*. Puede verse también, “Claim trend analysis 2009 edition”, Physicians Insurers Association of America, Rockville, 2009.

85 LAKDAWALLA, D. N. y SEABURY, S.A., “The welfare effects of medical malpractice liability”, Working Paper 15383, National Bureau of Economic Research, Cambridge, Massachusetts, septiembre 2009.

86 SLOAN, F. A. y SHADLE, J.H., “Is there empirical evidence for ‘defensive medicine’? A reassessment”, *Journal of Health Economics*, vol. 28, núm. 2, 2009, pp. 481 a 491.

## VI. ¿CRISIS DEL SEGURO O CRISIS DE LAS ASEGURADORAS?

Como ya apuntamos al inicio de este trabajo, la doctrina discute también si realmente existe una crisis del mercado asegurador provocada por la responsabilidad médica en sí misma (véase, incremento de litigios, de gastos procesales o de indemnizaciones acordadas en favor de los pacientes) o, por el contrario, provocada por el propio contexto de crisis en el que se encuentra la economía en general y las compañías aseguradoras en particular.

Para un importante sector de la doctrina, al igual que ocurriera en las anteriores crisis de la mal praxis, el problema no se sitúa en que se haya incrementado el número de litigios o de condenas frente a los profesionales, sino que se trata, realmente, de un problema provocado por las políticas que vienen desarrollando las citadas compañías. Así, se recuerda que en las anteriores crisis se produjo una situación similar a la actual pero que se resolvió a través del propio mercado de seguro, sin necesidad de reformas legislativas. Se trataría, pues, de un problema derivado sustancialmente de las reglas de funcionamiento del mercado asegurador y que el propio mercado acaba resolviendo una vez que se supera el contexto que lo provocó ¿Y cuál es este contexto? Para dichos autores el contexto actual viene provocado por la forma de invertir sus ingresos las compañías aseguradoras: “*Experts attribute this cycle of crisis and calm to the investment practices of the insurance industry—not to the frequency of litigation or the size of jury awards*”<sup>87</sup>. Las aseguradoras no obtienen su negocio de las primas sino de la inversión de dichas primas y, en el contexto actual, en el que la crisis económica ha provocado una reducción notable de los rendimientos de las inversiones, las aseguradoras ya no se muestran tan dispuestas a bajar las primas con el objeto de conseguir mayor liquidez susceptible de ser invertida. La subida de primas no responde, así, a un incremento de la responsabilidad médica, sino a un contexto concreto del mercado de inversiones. La política que consiste en bajar primas para obtener más ingresos susceptibles de ser invertidos no se muestra tan atractiva como hace una década. Tal situación, pues, cambiará no con reformas normativas, sino cuando el mercado de inversiones ofrezca de nuevo retornos de inversión interesantes. Se trata de un ciclo del mercado asegurador que se repite cada cierto tiempo (“*This market-driven cycle repeats itself over and over again*”)<sup>88</sup>.

87 Report of the Committee on the Budget of the House of Representatives to accompany H.R. 5652, ..., *cit.*, p. 426.

88 *Ibidem*, p. 426.

Como se ha señalado, las crisis “*that have more to do with fluctuations in the bond market than anything associated with medical malpractice litigation*”<sup>89</sup>. Así pues, el problema no es el incremento de litigios o indemnizaciones, sino la Economía (“*it is the economy, and not an increase in litigation, which accounts for the various malpractice crises*”)<sup>90</sup>, de manera que los precios de las primas crecen en la medida que los intereses por inversiones decrecen<sup>91</sup>. Y así, se considera que “*because it is the economy which dictates premium rates, tort reform is not only unnecessary but irrelevant to the problem*”<sup>92</sup>.

Por tanto, si las compañías de seguro obtienen sus beneficios de los resultados de sus inversiones, inicialmente los recursos económicos procederán de las primas y al no tener que hacer frente de manera inmediata al pago de indemnizaciones, los invierten. Y así, cuando el mercado de inversiones se muestra muy rentable y los intereses son altos, para las compañías resultará interesante abaratar las primas para obtener más ingresos susceptibles de ser invertidos. Sin embargo, cuando el mercado de inversiones plantea más dificultades de retorno, las compañías optarán por encarecer las primas o, en su caso, excluir determinados riesgos, y esto último ocurrió a mediados de los setenta, a mediados de ochenta y a principios del siglo XXI<sup>93</sup>.

Sin embargo, tampoco puede considerarse que se trate de la única causa, ya que no se aprecia un fenómeno idéntico en otros sectores del seguro, diferentes al de la responsabilidad médica. Así pues, parece que la crisis económica tiene un efecto relevante en la crisis del mercado asegurador de la responsabilidad médica pero no es el único factor<sup>94</sup>.

89 NATHANSON, M.J., “It’s the economy (and combined ratio), stupid: examining the medical malpractice litigation crisis myth and the factors critical to reform”, *Penn State Law Review*, vol. 108, año 2004, p. 1.

90 *Ibidem*, p. 3.

91 *Ibidem*, 3.

92 *Ibidem*, p. 4.

93 BOEHM, G., “Debunking medical malpractice myths: Unraveling the false premises Behind “Tort Reform””, *Yale Journal Of Health Policy, Law, And Ethics*, vol. 1, año 2005, p. 364..

94 NATHANSON, M.J., “It’s the economy (and combined ratio), stupid: examining the medical malpractice litigation crisis myth and the factors critical to reform”, *cit.*, p. 6.

## VII. ¿CUÁL ES LA POSICIÓN DE LOS DOS GRANDES PARTIDOS EN ESTA MATERIA?

### 1. Dos posiciones para un mismo problema.

Como hemos visto hasta lo aquí comentado, el diagnóstico parece meridianamente claro. El problema está en la medicina defensiva y en que el sistema no cumple con sus objetivos y éstos parece que han de ser los objetivos de toda reforma. Sin embargo, ahí se haya precisamente el problema. Una vez hecho el diagnóstico, el problema radica sustancialmente en determinar el tratamiento jurídico que ha de darse al mismo<sup>95</sup>. Y a este respecto, parece que las posiciones de los dos grandes partidos empiezan a diferir notablemente. Así, el Partido Demócrata es consciente de que algo hay que hacer como de manera reiterada ha expuesto el Presidente Obama. Sin embargo, parece que las propuestas demócratas avanzan más hacia fórmulas que necesariamente no supongan una reforma del sistema de responsabilidad profesional en sí, sino el desarrollo de mecanismos que, manteniendo los elementos principales que conforman el modelo de responsabilidad profesional, permitan dar a los profesionales una mayor seguridad en el ejercicio diario de su actividad, diluyendo los temores hacia la posibilidad de verse demandados por los pacientes y, más aun, tener que asumir el pago de indemnizaciones.

A este respecto, el Presidente Obama ya se mostró contrario a alguna de las medidas que se han propuesto e, incluso, aprobado en varios Estados, tales como la limitación de los importes indemnizatorios (*cap on damages*), sobre todo, en lo que se refiere a la compensación de los danos inmateriales y morales, por considerar que dicha propuesta no respeta el principio de justicia.

Por su lado, el Partido Republicano, guiado quizás por la experiencia del Estado de Texas que si optó en 2003, como explicaremos con detalle más adelante, por una reforma sustancial del *Tort Law* en materia de responsabilidad sanitaria, parece mostrarse claramente partidario de afrontar directamente dicha reforma en lugar de acudir a otras medidas que puedan tener también efecto sobre la medicina defensiva.

<sup>95</sup> Como apunta Struve, todo el mundo coincide en que hay un problema en relación a la responsabilidad médica en Estados Unidos, sin embargo también hay una profunda división acerca de cuáles son las causas del problema y como debe afrontarse. Vid. STRUVE, C.T., "Doctors, the adversary system, and procedural reform in medical liability litigation", *Fordham Law Review*, vol. 72, año 2004, p. 944.

Estas dos posiciones que parecen cada vez más enfrentadas pudieron claramente apreciarse en las diferentes reuniones que mantuvieron ambos partidos para salvar el denominado *fiscal cliff* durante 2012<sup>96</sup>. Así, como es bien conocido, a finales del año 2012 Estados Unidos vivió una situación de casi colapso económico por la falta de acuerdo entre los dos grandes partidos sobre la aprobación de la cuenta de ingresos y gastos públicos para 2013. Tal situación que fuera conocida bajo el sugerente nombre de *fiscal cliff* (precipicio fiscal) tuvo un gran repercusión mediática mundial, dada, obviamente, la importancia de la economía norteamericana. Se trata pues de un hecho de sobra conocido por el público y al que se dedicaron gran número de páginas en nuestros medios de comunicación.

Sin embargo, lo que es menos conocido es que en las reuniones que mantuvieron ambos partidos en el Senado y en la Cámara de Representantes para alcanzar un acuerdo que evitara gobernar económicamente 2013 con unos presupuestos prorrogados, una de las cuestiones a las que se dio más importancia y que fue objeto de mayor discusión fue la reforma de la responsabilidad sanitaria. Tal debate centró gran parte del discurso de los dos partidos.

Así, en las reuniones de las diferentes Comisiones de la Cámara de Representantes y, en especial, de la Comisión de Presupuestos (*Committee on the Budget*), se discutió extensamente acerca de la reforma del sistema de responsabilidad sanitaria como medida para reducir el gasto en sanidad. Uno de los puntos objeto de discusión fue el denominado "*A Broken Medical Liability System*"<sup>97</sup>. En dichos debates puede perfectamente apreciarse como la posición de ambos partidos no es actualmente coincidente.

### 2. La posición del Partido Republicano.

La posición del Partido Republicano es muy clara acerca de la necesidad de reformar el sistema dado

<sup>96</sup> El término *fiscal cliff*, precipicio fiscal, hace referencia a los problemas económicos derivados de la falta de acuerdo de los dos grandes partidos norteamericanos para aprobar en las Cámaras el nivel máximo de endeudamiento del Estado y, más concretamente, a lo ocurrido en 2012 cuando, tal falta de acuerdo suponía automáticamente un recorte de los gastos públicos y una subida de impuestos. El problema podría asimilarse, con las correspondientes diferencias, a los problemas económicos que para el Ejecutivo en España se producen cuando no obtiene la mayoría necesaria para aprobar los Presupuestos Generales del Estado y se produce la prórroga de los aprobados para el ejercicio anterior.

<sup>97</sup> Report of the Committee on the Budget of the House of Representatives to accompany H.R. 5652, ..., pp. 51 y ss.

el impacto que tiene sobre el gasto público: “*The Nation’s medical liability system imperils patient access and imposes tremendous costs on our Nation. It has forced doctors out of practicing in certain specialties; it has caused trauma centers to close; it has forced pregnant women to drive hours to find an obstetrician. This badly broken system also imposes tremendous financial burdens: Americans spend over \$200 billion every year in unnecessary “health care” costs; 1 the CBO has reported to the Committee that comprehensive medical liability reform will save American taxpayers \$63.9 billion over 10 years*”<sup>98</sup>.

Tal posición puede mostrarse algo sorprendente en la medida que sitúa al Partido Republicano en la posición no sólo de modificar un sistema de responsabilidad profesional que goza de gran tradición en Estados Unidos, sino que, además, promueve la aprobación por el Estado federal de una regulación en una materia en principio atribuida a los Estados, siendo dicho Partido bastante celoso a la hora de garantizar las competencias de los Estados. Sin embargo, tal posición que pudiera mostrarse algo singular a primera vista puede tener una fácil explicación. En primer lugar, tal posición se explica si atendemos a la postura que defienden los republicanos en materia fiscal, siendo favorables a la reducción de la carga fiscal sobre los ciudadanos. De este modo, la reforma permitiría reducir el gasto público y, por ende, sería una alternativa a la propuesta del Presidente de incrementar el porcentaje de determinados impuestos que, en gran medida, viene justificada por la aplicación de muchas de las previsiones legales y económicas previstas en la citada *Patient Protection and Affordable Care Act*. Así, podría concluirse que la opción de reformar un modelo de amplia tradición en el ordenamiento norteamericano es preferible a la de admitir un incremento del gasto público y, en consecuencia, de la capacidad recaudatoria del Estado.

En todo caso, como ha apuntado el Partido Demócrata, la posición del Partido Republicano no solo contradice su tradicional postura acerca del reparto de competencias entre la Federación y los Estados, sino, más aun, la que ha mantenido en relación a la reforma sanitaria llevaba a cabo por la *Patient Protection and Affordable Care Act*. Si aquí mantuvo que dicha Ley no encontraba apoyo alguno en la doctrina de la *commerce clause*, allí mantiene precisamente lo contrario. Incluso, se señala como el Partido Republicano es capaz de emplear ambos argumentos contradictorios en un mismo día de sesiones: “*In fact, the*

*majority has argued both sides of the states’ rights question on the same day. On the morning of February 16, 2011, in a full committee hearing on “The Constitutionality of the Patient Individual Mandate,” Republican members described the Affordable Care Act as a massive overreach of the federal government and a clear violation of the Tenth Amendment. Chairman Smith argued further that “if the individual mandate is upheld” by the Supreme Court, “it would be the end of federalism. Later that afternoon, in the continued markup of H.R. 5, Republican members of the committee voted twice—by party line both times—to reject amendments to the bill that would have allowed existing state laws to stand”*<sup>99</sup>.

En segundo lugar, y como ya apuntamos antes, la reforma del *Tort Law* en el ámbito de la responsabilidad sanitaria ya se ha llevado a cabo en diferentes Estados, y entre ellos, sobresale, un Estado con mayoría republicana como es Texas. La reforma del Estado de Texas que ha supuesto una alteración de los elementos caracterizadores de la responsabilidad sanitaria se ha convertido, en apariencia, en el éxito reformador que los republicanos exhiben frente a los profesionales sanitarios.

Así pues, el único camino que cabe para el Partido Republicano frente a la medicina defensiva y el incremento del gasto que ello conlleva, es la reforma del sistema de responsabilidad médica. Para dicho Partido, “*the litigation reforms ... will reduce the incidence of medical malpractice because the threat of potentially infinite liability in an unregulated tort system prevents doctors from discussing medical errors and looking for ways to improve the delivery of health care*”<sup>100</sup>.

Entre las diferentes alternativas de reforma, parece que la limitación de los importes indemnizatorios (*cap on damages*) es la mejor opción para dicho Partido: “*Caps on noneconomic damages are essential to the success of the HEALTH Act’s reforms*”<sup>101</sup>. Tales *caps* vendrían referidos fundamentalmente a los *non-economic damages* y a los *punitives damages* (o también llamados *exemplary damages*)<sup>102</sup>, aunque

99 *Ibidem*, ..., pp. 440 y 441.

100 *Ibidem*, p. 378.

101 *Ibidem*, p. 405. Puede accederse a dicho documento a través de la página web del Congreso, en [www.congress.gov](http://www.congress.gov).

102 Los *punitives damages* constituyen un principio del *Common Law* como ya se encargara de declarar el Tribunal Supremo de Estados Unidos en *Day v. Woodworth*, 1851: “*It is a well-established principle of the common law, that in actions . . . for torts, a jury may inflict what are called exemplary,*

98 *Ibidem*, pp. 51 y 52.

respecto de estos últimos más que la fijación de límites máximos se propone elaborar unas guías que orienten la labor de los Tribunales, ya que el principal problema que presentan, como ha reconocido el propio Tribunal Supremo de Estados Unidos<sup>103</sup>, es que son excesivamente impredecibles<sup>104</sup>. El problema de estos últimos no es sin embargo su frecuencia o impacto real en las condenas acordadas por los Tribunales en el ámbito de la responsabilidad médica, donde su imposición habitualmente exige una conducta merecedora del máximo reproche culpabilístico<sup>105</sup> (“*clear and convincing evidence*” burden: *if it proven by clear and convincing evidence that such person acted with malicious intent to injure the claimant, or that such person deliberately failed to avoid unnecessary injury that such person knew the claimant was substantially certain to suffer*)<sup>106</sup>, sino en que su mera presencia en el sistema jurídico lleva a que muchos asuntos acaben cerrándose previamente al litigio o durante el mismo. Se ha apuntado que: “*the availability of unlimited punitive damages affects the 95% to 98% of cases that settle out of court prior to trial. It is obvious and indisputable that a punitive damages claim increases the magnitude of the ultimate settlement and, indeed, affects the entire settlement process, increasing the likelihood of litigation*”<sup>107</sup>.

### 3. La posición del Partido Demócrata.

En el lado contrario, el Partido Demócrata se muestra mucho más cauto acerca de la posibilidad de reformar sustancialmente el sistema de *Tort Law* en este ámbito y ello por varios motivos que se expresa-

---

*punitive, or vindictive damages upon a defendant, having in view the enormity of his offense rather than the measure of compensation to the plaintiff. We are aware that the propriety of this doctrine has been questioned by some writers*”. Vid. Day v. Woodworth, 54 U.S. (13 How.) 363, 371 (1851).

103 Vid. *International Bhd. of Elec. Workers v. Foust*, 442 U.S. 42, 50 (1979). Vid., también, *BMW of North America, Inc. v. Gore*, 116 S. Ct. 1589 (1996). Esta última decisión constituye el máximo ejemplo de una nueva línea doctrinal en el Alto Tribunal que se muestra favorable a limitar los *punitive damages*, dado que pueden suponer una privación injustificada del derecho de propiedad (“*arbitrary deprivation of property*”).

104 Report of the Committee on the Budget of the House of Representatives to accompany H.R. 5652, ..., p. 407.

105 Vid., entre otras, *Pacific Mutual Life Ins. Co. v. Haslip*, 499 U.S. 1, 23 n.11 (1991).

106 Report of the Committee on the Budget of the House of Representatives to accompany H.R. 5652, ..., p. 409.

107 PRIEST, G.L., “Punitive damages reform: The case of Alabama”, *Louisiana Law Review*, vol. 56, núm. 4, 1996, p. 830.

ron de manera clara en las reuniones de la Comisión de Presupuestos de la Cámara de Representantes, en la que debemos recordar que son minoría, a diferencia del Senado. Los argumentos expresados con ocasión de dichos debates y que pudieran resumir la posición del Partido Demócrata parten de que efectivamente existe un problema en relación a la responsabilidad médica pero que una reforma sustancial del *Tort Law* en este ámbito no resolvería el problema. Este exige respuestas más meditadas y complejas (“*it is also complex and complicated and therefore, deserving of a very thoughtful and measured response*”)<sup>108</sup>. Así, los demócratas no admiten que exista una crisis de la responsabilidad médica en el sentido de que los profesionales encuentren dificultades para acceder a un seguro de responsabilidad. Además, los problemas que puedan derivarse del incremento de las primas no se resuelven aprobando medidas tales como límites en el importe de las indemnizaciones (*cap on damages*), sino a través de la regulación del mercado asegurador<sup>109</sup>. El ejemplo que apoyaría tal idea sería el de California en el que se aprobaron tales límites sin obtenerse una reducción de las reclamaciones, lo que únicamente se consiguió más adelante con la aprobación de una regulación de los precios de los seguros.

También, los representantes demócratas reivindican en este ámbito concreto la posición que ocupan los Estados frente a la Federación, ya que “*Traditionally, the principals of medical malpractice liability and the procedures for the conduct of medical malpractice lawsuits have been governed by state law. In fact, it has always been that way*”<sup>110</sup>. Así, resulta sorprendente que ambos partidos mantengan posturas contradictorias acerca de dos materias tan íntimamente ligadas como son la reforma del sistema de asistencia sanitaria y la del sistema de responsabilidad médica.

Sin embargo, el Partido Republicano considera que existe cierto margen para que el Estado federal pueda regular esta materia, al existir regulaciones si-

---

108 Report of the Committee on the Budget of the House of Representatives to accompany H.R. 5652, ..., p. 129.

109 “*A review of the empirical evidence gathered over the last two decades supports a number of conclusions. First, despite perennial claims to the contrary, the judicial system is not in crisis with respect to medical malpractice liability. Second, no significant savings are likely to be realized through federal “tort reform.” Third, medical malpractice is a serious problem in the United States*”. Vid. Report of the Committee on the Budget of the House of Representatives to accompany H.R. 5652, ..., p. 425.

110 *Ibidem*, p. 130.

milares en ámbitos próximos al de la responsabilidad médica; en concreto, citan la norma por la que se regula un sistema nacional de responsabilidad para los danos derivados de las vacunas (un una especie de *no-fault system* que viene a compensar económicamente la obligación que, con carácter general, tienen los ciudadanos norteamericanos de vacunarse cuando así lo exigen las autoridades públicas)<sup>111</sup>.

Para los demócratas la manera de afrontar el problema de la responsabilidad médica es a través de las políticas de seguridad del paciente<sup>112</sup>. El problema estaría no tanto en aquélla como en la existencia de un importante número de errores médicos evitables a través de políticas efectivas de seguridad (*“medical errors can lead to injury, and injury is the medical basis on which a malpractice claim is made”*)<sup>113</sup>. Para el Partido Demócrata ninguna de las propuestas formuladas desde el Partido Republicano incluye ninguna propuesta en este ámbito, lo que no tiene sentido, ya que, según la opinión común de los expertos, *“We must address medical mismanagement as part of any fundamental reform of our health care system”*<sup>114</sup>. La reforma de la *Tort Law* puede provocar, efectivamente, una reducción de los litigios o de las primas de seguro que han de abonar los médicos, pero ello no significa que también se reduzca el número de errores o efectos adversos que sufren los pacientes<sup>115</sup>, lo que preocupa al Partido Demócrata en la medida que el error médico es la quinta causa de muerte en Estados Unidos<sup>116</sup>.

La posición del Partido Demócrata se centra, por tanto, en desarrollar políticas efectivas y obligatorias de seguridad del paciente, algo que recuerda que aún

no existe en veintitrés Estados. Además, varios estudios apoyan dicha postura, ya que concluyen que el desarrollo de tales políticas y, en general, una mejora en la calidad de los servicios reducen la responsabilidad médica. Así, se cita el ejemplo de la especialidad de anestesiología que a través de dichas políticas ha conseguido reducir el número de efectos adversos y, paralelamente, el número de reclamaciones y el importe de las primas de seguro<sup>117</sup>. A este respecto, se ha establecido una correlación entre la frecuencia de efectos adversos y las reclamaciones de responsabilidad médica de manera que cuando se produce un descenso de diez efectos adversos por año, ello provoca correlativamente una disminución 3,7 reclamaciones de responsabilidad. Por el contrario, cuando los efectos adversos aumentan a diez por año, el número de reclamaciones se incrementa también un 3,7. De este modo, se concluye que cerca de tres cuartas partes de la variación anual de las reclamaciones de responsabilidad médica derivan de los resultados obtenidos a través de políticas de seguridad de los pacientes<sup>118</sup>. De este modo, *“These kinds of relationships and concerns represent an entirely different set of levers for policymakers to consider in regard to malpractice, quite apart from more conventional statutory tort interventions, such as caps on damages in tort claims”*<sup>119</sup>.

Se ha señalado que dichas políticas son muy positivas también en un doble sentido: en primer lugar, se aprecia un deterioro en lo que se refiere al profesionalismo de la medicina que plantea que ya no cabe una solución al problema de los errores a través de la autorregulación de la profesión médica. Ya no debe

111 Sobre el régimen jurídico de las vacunas y dicho modelo de responsabilidad objetiva, puede verse, DE MONTALVO JAÄSKELÄINEN, F., “Rechazo a las políticas públicas de vacunación. Análisis constitucional del conflicto desde los sistemas español y norteamericano”, *cit.*, pp. 203 a 237.

112 Puede verse la evolución histórica de las políticas de seguridad del paciente en MELLO, M.M., KELLY, C.N. y BRENNAN, T.A., “Fostering rational regulation of patient safety”, *Journal of Health Politics, Policy and Law*, vol. 30, núm. 3, junio 2005, pp. 377 a 381.

113 Report of the Committee on the Budget of the House of Representatives to accompany H.R. 5652, ..., p. 132.

114 Testimonio dado por Allen B. Kachalia, Director Médico de Quality and Safety, Brigham and Women’s Hospital, ante el Comité de Energía y Comercio de la Cámara de Representantes el 6 de abril de 2011.

115 STUDDERT, D.M., MELLO, M.M. y BRENNAN, T.A., “Medical malpractice”, *cit.*, p. 288.

116 Report of the Committee on the Budget of the House of Representatives to accompany H.R. 5652, ..., p. 430.

117 GREENBERG, M.D. et al., “Is better patient safety associated with less malpractice activity? evidence from California”, Institute for Civil Justice, Rand Corporation, Santa Monica, 2010. Vid., también, SAGE, W.M. y HYMAN, D.A., “Do Health Reform and Malpractice Reform fit together?”, *cit.*, p. 13. Así, Hallinan apuntaba de manera muy ilustrativa en 2005 que *“Today, anesthesia-related adverse events and emergencies are rare, and anesthesiologists’ malpractice insurance premiums are low. Anesthesiologists pay less for malpractice insurance today, in constant dollars, than they did 20 years ago. That’s mainly because some anesthesiologists chose a path many doctors in other specialties did not. Rather than pushing for laws that would protect them against patient lawsuits, these anesthesiologists focused on improving patient safety. Their theory: Less harm to patients would mean fewer lawsuits”*. Vid. HALLINAN, J.T., “Once seen as risky, one group of doctors changes its ways”, *Wall Street Journal*, edición del 21 de junio de 2005.

118 GREENBERG, M.D. et al., “Is better patient safety associated with less malpractice activity? evidence from California”, *cit.*, p. X.

119 GREENBERG, M.D. et al., “Is better patient safety associated with less malpractice activity? evidence from California”, *cit.*, p. X.

seguir avanzándose en códigos deontológicos o pautas autorreguladas de conducta, sino que es necesario que el Estado asuma ya un papel activo en la lucha contra el error médico. En segundo lugar, la intrusión que el mercado ha generado en la actividad profesional de la medicina en estas últimas décadas provoca también que aumenten las sospechas acerca de la validez ética de determinadas decisiones que parecen estar más basadas en el ahorro que en la prestación de su servicio de calidad<sup>120</sup>.

Así pues, este doble problema del deterioro del profesionalismo médico y de las dudas acerca de cuál es el fundamento de las decisiones adoptadas en el ámbito asistencial exigen una participación activa de los poderes públicos en este ámbito.

Además, para el Partido Demócrata la reforma del sistema de responsabilidad podría perjudicar a las políticas de seguridad del paciente, ya que dicho sistema cumple, a la postre, una importante función regulatoria que va más allá de la mera compensación de daños y que actúa como mecanismo que incentiva económicamente la adopción de políticas de seguridad con el fin de evitar las condenas<sup>121</sup>. Sin embargo, lo que sí reconoce dicho Partido es que debe abandonarse la idea de que es la principal fuente de seguridad del paciente. Se ha apuntado que el sistema de responsabilidad no cumple su función principal de promover una práctica de la medicina de mayor calidad y que atienda a la seguridad de los pacientes. Antes al contrario, resulta evidente que el sistema no mejora la calidad<sup>122</sup>.

Existen algunos sectores que achacan al Partido Demócrata una posición excesivamente favorable al *Lobby* de los abogados que no parecen estar muy conformes con unas reformas que habrían de provocar tanto una reducción de litigios como de cuantías indemnizatorias y, por tanto, de sus honorarios<sup>123</sup>.

120 MELLO, M.M., KELLY, C.N. y BRENNAN, T.A., “Fostering rational regulation of patient safety”, *cit.*, p. 376.

121 *Ibidem*, p. 386.

122 MELLO M.M. y BRENNAN T.A., “Deterrence of medical errors: theory and evidence for malpractice reform”, *Texas Law Review*, vol. 80, núm. 5, año 2002, pp. 1595 a 1638.

123 Ese argumento lo apoyan los miembros del Partido Republicano en la Cámara de Representantes en unas declaraciones de quien fue el médico personal de Obama desde 1987 hasta que se incorporó a la Casablanca. En una entrevista ofrecida a la revista *Forbes* el citado médico que seguía apoyando la labor que venía realizando Obama, consideraba, por el contrario, que el Presidente no había acometido la reforma de la responsabilidad médica, mostrando una posición más próxima a los intereses de los abogados que de los médicos y que, además, había escogido para el cargo de Secretaria de

Pero, curiosamente, el sector demócrata también achaca que la posición que mantiene el Partido Republicano se asienta en la protección de los *Lobbies* de las grandes compañías proveedoras de servicios sanitarios que consideran la reforma del sistema de responsabilidad médica una fórmula importante para obtener mayores beneficios por su actividad<sup>124</sup>. Por ello, se ha señalado de manera muy esclarecedora que “*Unfortunately, malpractice policy making has always been dominated by two perspectives: activist physicians and plaintiffs’ attorneys, each largely acting in self-interested fashion, have battled for thirty years*”<sup>125</sup>.

## VIII. ALTERNATIVAS EN LA REFORMA DE LA RESPONSABILIDAD SANITARIA: ANÁLISIS DE REFORMAS ESTATALES Y PROPUESTAS FEDERALES.

### 1. Las reformas estatales ¿Un ejemplo para la futura reforma federal?

Como ya hemos apuntado previamente, ante las dudas que surgen acerca de la trascendencia que el fenómeno de la responsabilidad sanitaria tiene en el incremento del gasto sanitario y, por tanto, de cuál sería el verdadero impacto de su reforma en el control de tal gasto, se han propuesto diferentes alternativas, muchas de las cuales parecen que constituirán en un futuro inmediato los caminos sobre los que andarán las reformas. Además, muchas de estas propuestas de reforma ya han sido aprobadas e implementadas en diferentes Estados, sirviendo éstos, por tanto, como verdaderos *laboratorios de democracia* que permiten comprobar la eficacia de las diferentes medidas, aunque sea a un nivel territorial inferior<sup>126</sup>.

Estado de Salud a quien había trabajado como directora de la asociación de abogados de su Estado, Kansas. Vid. Report of the Committee on the Budget of the House of Representatives to accompany H.R. 5652, ..., p. 372.

124 Vid. Informe “The great medical malpractice hoax: NPDB Data continue to show medical liability system produces rational outcomes”, *cit.*, p. 1.

125 BOVBJERG, R.R., “Beyond Tort Reform: fixing real problems”, *Indiana Health Law Review*, vol. 3, año 2006, p. 3.

126 La metáfora *laboratorios de democracia* (*laboratories of democracy*) es un término ya arraigado en el Derecho estadounidense, principalmente, en el ámbito de su organización territorial y se emplea para describir el procedimiento a través del cual se acude a los Estados para probar determinadas políticas públicas antes de ser estas implementadas a nivel federal. Se trataría de la aplicación de políticas de manera escalonada, del nivel local o estatal al máximo nivel federal, pudiendo valorar a una menor escala los resultados de tal política. En el ámbito



A partir de este siglo XXI la gran mayoría de Estados han comenzado a aprobar reformas legislativas de reforma del sistema de responsabilidad médica, aunque el precedente histórico lo encontramos unas décadas antes, en 1975, cuando el Estado de California aprueba el *Medical Injury Compensation Reform Act* (conocida por el acrónimo de MICRA). Los logros de dicha reforma son objeto de discusión por la doctrina, aunque parece que ha tenido un importante impacto, al menos, en el precio de las primas de seguro de los médicos. Así, mientras que las primas han crecido de media en el resto de los Estados un 1.029 por ciento, en California ha sido un tercio de dicho importe. Ello obedece, según algún autor, a la limitación de las indemnizaciones por daños inmateriales que recogía dicha reforma<sup>127</sup>. Igualmente, se ha escrito que tal reforma ha supuesto una reducción de los gastos sanitarios en un seis por ciento<sup>128</sup>.

También es preciso señalar, en relación a tales reformas a nivel estatal, que en muchos casos se ha optado no sólo por una fórmula, sino por varias conjuntamente. Un ejemplo paradigmático reciente de combinación de varios elementos lo encontramos en la reforma llevada a cabo en el Estado de Texas.

Dicho Estado aprobó en 2003 la denominada HB 4, *Proposition 12*. El escenario en el que se produce su aprobación responde a una situación de crisis sanitaria provocada por la responsabilidad médica. Así, uno de cada cuatro médicos al año era demandado. El coste medio de defensa de los casos en general era de cincuenta mil dólares, aunque los que acababan en juicio alcanzaban una media de coste próxima al millón y medio de dólares. Varios médicos se habían negado a ejercer en dicho Estado. Así, si en el año 1998 se licenciaron en Texas, dos mil ochocientos sesenta y seis médicos, en 2002 eran dos mil ciento diez, y ello, pese a que en dichos años se había producido un incremento de población. En 2003, Texas

---

sanitario se trata de un procedimiento común y, así, puede recordarse que antes de que se aprobara la reforma sanitaria impulsada por Obama en su primer mandato, tal política pública ya había sido ensayada en el Estado de Massachusetts por el entonces Gobernador, Mitt Romney. La autoría de la expresión corresponde al Juez del Tribunal Supremo, Louis D. Brandeis, quien escribiera en 1932, en un voto particular en el caso *New State Ice Co. v. Liebmann*, que “*It is one of the happy incidents of the federal system that a single courageous state may, if its citizens choose, serve as a laboratory; and try novel social and economic experiments without risk to the rest of the country*”.

127 WALTERS, A., “Medical liability reform and the States”, *Bulletin of the American College of Surgeons*, marzo 2010, p. 29.

128 *Ibidem*, p. 29.

ocupaba el puesto cuarenta y nueve de cincuenta en la ratio médico por habitante.

Las principales medidas que dicha Ley incorpora son las siguientes:

En primer lugar, se establecen límites de indemnización (*cap on damages*) tanto para los daños inmateriales como para los daños en general. Para los primeros, un importe máximo de doscientos cincuenta mil dólares. Para los segundos un importe de quinientos mil dólares, aunque con una actualización por inflación que permitiría un máximo cercano al millón de dólares. Esta propuesta parece que es la que van a promover muchos otros Estados.

En segundo lugar, en determinados ámbitos como el de la medicina de urgencias, se exige al reclamante probar que ha existido una falta grosera (*gross negligence, willfully or wantonly negligent*). Así, cuando el error sólo sea imputable a una mera falta no calificada no cabe obtener indemnización alguna.

En tercer lugar, se modifican también las exigencias acerca de los peritajes judiciales. La prueba pericial sólo pueda ser suministrada por médicos con contrastada experiencia profesional práctica sobre la especialidad concreta objeto de enjuiciamiento.

Por último, puede destacarse también la modificación de la doctrina *Stowers* (*Stowers v. American Indemnity Insurance*, 1929), por la que si una compañía aseguradora rechazaba una oferta razonable de acuerdo de un reclamante podría venir obligada a indemnizar por encima de los límites de su póliza. La nueva Ley enmienda dicha doctrina y establece que el asegurador no indemnizará más allá de los límites de indemnización pactados con su asegurado.

Se trata, pues, de una reforma que sigue la línea marcada por la reforma de California, aunque incorpora alguna medida novedosa como es la citada regulación de los requisitos para peritar en los procesos de responsabilidad médica o la exigencia de un plus de reproche culpabilísimo en el ámbito de los daños ocurridos en los servicios de urgencias.

¿Cuál ha sido el resultado, años después, de esta reforma? Cerca de treinta mil nuevos médicos se han licenciado en estos nueve años, habiendo recibido el *Texas Medical Board* un ochenta y tres por ciento más de solicitudes de ejercicio y habiendo concedido un setenta por ciento más de las mismas. Así, el Estado ha pasado del puesto cuarenta y nueve al puesto

veinte en la ratio de médicos per cápita. El número, por ejemplo, de obstetras en las zonas rurales se ha incrementado un veintisiete por ciento.

Por otro lado, el importe de las indemnizaciones se ha reducido dos tercios y las primas de los seguros de responsabilidad profesional han disminuido una media superior al veinticinco por ciento. Cier-to es que existen autores, organizaciones y lobbies que consideran que tales resultados han beneficiado más a los profesionales y sus aseguradoras que a los propios pacientes (*Public Citizen's Congress Watch* o Charles Silver, *Texas University*)<sup>129</sup>. Sin embargo, lo que parece que no es discutible, en principio, es que la reforma no haya revertido la tendencia constante de pérdida de profesionales y no haya reducido el coste de la actividad, al menos en cuanto al seguro se refiere, para los médicos.

En la siguiente tabla puede comprobarse la evolución descendente de los pagos por responsabilidad en dicho Estado de Texas<sup>130</sup>:

**Malpractice Payments on Behalf of Texas Doctors, 1991-2008**

Year	Number of Payments	Average	Total Value
1991	964	\$162,171	\$156,333,350
1992	1,009	\$180,878	\$182,505,550
1993	978	\$154,024	\$150,635,600
1994	1,038	\$148,065	\$153,691,050
1995	996	\$146,829	\$146,241,800
1996	1,061	\$185,438	\$196,750,050
1997	861	\$165,057	\$142,114,250
1998	920	\$177,635	\$163,423,800
1999	973	\$206,184	\$200,616,600
2000	1,080	\$188,660	\$203,752,350
2001	1,131	\$270,733	\$306,198,550
2002	1,041	\$221,966	\$231,066,300
2003	1,067	\$224,652	\$239,703,200
2004	1,077	\$233,858	\$251,865,300
2005	1,017	\$182,953	\$186,063,000
2006	628	\$169,884	\$106,687,250
2007	538	\$162,265	\$87,298,750
2008	464	\$170,362	\$79,048,000

Source: National Practitioner Data Bank

129 En un informe elaborado por *Public Citizen*, organización no gubernamental que defiende en Washington DC los intereses de los consumidores se concluye que “*The only improvement in Texas since 2003 has been a decline in doctors' liability insurance premiums. But payments by liability insurers on behalf of doctors have dropped far more than doctors' premiums. This suggests that insurers are pocketing more of the savings than they are passing to doctors*”. Vid. “Liability limits in Texas fail to curb medical costs”, *Public Citizen*, diciembre 2009, p. 1. Puede accederse a dicho informe a través de la página web [www.citizen.org](http://www.citizen.org). Último acceso el 21 de mayo de 2013. Sobre esta misma posición que considera que la reforma ha beneficiado más a las aseguradoras y a los médicos que a los pacientes, vid., también, CHEN, B.K., “Defensive medicine under enterprise insurance: Do physicians practice defensive medicine, and can enterprise insurance mitigate its effect?”, *Preliminary paper*, Stanford University, p. 23.

130 Vid. “Liability limits in Texas fail to curb medical costs”, *cit.*, p. 7.

Como valoración global de la reforma, *The Wall Street Journal* ha llegado a decir que “*Before the reform, Texas was a kind of holy place on the tort bar pilgrimage. Now it's a Mecca for doctors, especially the emergency physicians, obstetricians and surgical specialists who elsewhere can face blue-sky malpractice premiums*”<sup>131</sup>.

Sin embargo, según un estudio de *Jackson Healthcare*, la reforma de Texas ha fracasado, al menos, en lo que se refiere a la reducción de la medicina defensiva. Los médicos de este Estado que han participado en la encuestas sobre medicina defensiva no ofrecen respuestas ni datos diferentes a los del resto de los Estados en los que no existen reformas del sistema de responsabilidad médica como la de Texas<sup>132</sup>. Aunque también es cierto que hay estudios que indican que los efectos económicos sobre el gasto sanitario de las reformas en el sistema de responsabilidad médica no son verdaderamente apreciables en el corto y medio plazo<sup>133</sup>.

En similares términos, otros autores tampoco consideran que la reforma de Texas haya reducido el gasto sanitario, porque la reducción del importe de las primas que ha producido tiene un impacto menor en el total de dicho gasto y, además, también consideran que dicha reforma no ha afectado a la práctica de la medicina defensiva en dicho Estado<sup>134</sup>.

## 2. Las propuestas a nivel federal.

Por lo que se refiere al nivel federal, no existe, como ya hemos venido señalando, una norma nacional que haya reformado la responsabilidad médica como, por el contrario, ha ocurrido en la última década en gran parte de los Estados. Sin embargo, existen ya propuestas formales al respecto, aunque veremos que ninguna de ellas ha sido aprobada por falta de acuerdo entre los dos grandes partidos.

Entre tales propuestas, debe destacarse singularmente la presentada en 2011 por el Partido Republicano y bajo el título de *HR 5 Protecting Access to*

131 Editorial “Loser pays, everyone wins”, *The Wall Street Journal*, 15 de diciembre 2010.

132 Vid. Informe “A costly defense: physicians sound off on the high price of defensive medicine in the US”, *cit.*

133 KESSLER, D. y MCCLELLAN, M., “Do doctors practice defensive medicine?”, *cit.*, p. 386.

134 PAIK, M. et al., “Will Tort Reform bend the cost curve? Evidence from Texas”, *cit.*, p. 209.

*Healthcare Act*<sup>135</sup>. Dicha proposición promueve una reforma sustancial del sistema de responsabilidad médica. La proposición fue aprobada en la Cámara de Representantes en la que el Partido Republicano tiene mayoría<sup>136</sup>, pero no superó el trámite en el Senado, Cámara en la que el Partido Demócrata conserva actualmente la mayoría.

Posteriormente, el Partido Republicano intentó lograr un acuerdo con el Partido Demócrata que permitiera aprobar dicha proposición, y ello, en el marco de discusión de las medidas para evitar el denominado precipicio fiscal en 2012, pero tampoco se logró acuerdo alguno<sup>137</sup>.

La citada proposición contenía las siguientes medidas en orden a superar la presunta crisis del sistema de responsabilidad médica:

- a) Una limitación del plazo de reclamación por mal praxis médica de tres años desde la fecha en la que se tenga constancia del daño, con algunas excepciones.
- b) Un límite de indemnización máxima de doscientos cincuenta mil dólares para los daños no económicos.
- c) Un límite de indemnización por daños punitivos que podría alcanzar los doscientos cincuenta mil dólares o dos veces el importe de los daños económicos y ciertas restricciones en cuanto a cuándo pueden reconocerse tales daños.
- d) La sustitución de la responsabilidad solidaria por un sistema de imputación a cada parte de la responsabilidad que le corresponda.
- e) Límites en función de tramos para los honorarios de los abogados.

---

135 El título completo de la propuesta permite comprobar con claridad cuál es su principal objetivo: *To improve patient access to health care services and provide improved medical care by reducing the excessive burden the liability system places on the health care delivery system.*

136 El texto fue votado el 22 de marzo de 2012 en dicha Cámara, obteniendo doscientos veintitrés votos a favor y ciento ochenta y uno en contra, pudiendo destacarse que siete de los votos a favor procedieron del propio Partido Demócrata y diez de los votos en contra del Partido Republicano. Puede accederse al resultado de la votación a través de la página web del Congreso, en [www.congress.gov](http://www.congress.gov). Último acceso el 8 de mayo de 2013.

137 Vid. *Report of the Committee on the Budget of the House of Representatives to accompany H.R. 5652, ...*, p. 85.

f) Exclusión de daños punitivos para los productos que cumplan los requisitos de seguridad que vengan establecidos por la Administración competente (en este caso, *Food and Drug Administration*).

g) La posibilidad de presentar pruebas de ingresos procedentes de fuentes colaterales (tales como pagos de seguro de vida y seguro de salud) en juicio para minorar la indemnización a abonar<sup>138</sup>.

El contenido de dicha propuesta nos permite comprobar, una vez más, que la posición del Partido Republicano se traduce en la pretensión de reformar ambiciosamente el sistema de responsabilidad médica desde diferentes perspectivas. Por el contrario, el Partido Demócrata parece estar optando por una reforma de menor calado en lo que se refiere, estrictamente, a la responsabilidad médica.

### 3. Análisis de las diferentes alternativas de reforma del sistema de responsabilidad médica.

Vamos a analizar, a continuación, las diferentes propuestas de reforma que vienen formulándose tanto por la doctrina como por los grandes partidos. A este respecto, empezaremos por el estudio de las dos propuestas que parecen gozar de mayor aceptación y que suponen una modificación relevante del sistema de responsabilidad, para, posteriormente, analizar algunas otras propuestas.

#### 3.1 Límites en las indemnizaciones (*cap on damages*)

La aprobación de unos límites máximos a las indemnizaciones que los Tribunales pueden conceder en los litigios de responsabilidad médica constituye la principal propuesta de reforma y es la que se ha impuesto principalmente a nivel estatal. Se trata, en todo caso, de una alternativa que viene defendiéndose desde hace tiempo por el Partido Republicano y que ha puesto en práctica en diferentes Estados gobernados por dicho Partido. En concreto, encontra-

---

138 Para los representantes republicanos y según estimaciones de la *Congressional Budget Office* y de la *Joint Committee on Taxation*, durante el período 2012-2022, la aprobación de tales medidas reducirían el gasto directo en alrededor de cincuenta y seis mil millones de dólares y aumentaría los ingresos federales en más de diez mil millones de dólares. Vid. *Report of the Committee on the Budget of the House of Representatives to accompany H.R. 5652, ...*, p. 85.

mos dicha figura no sólo en el Estado de Texas, como ya hemos comentado antes, sino también en Alaska, California, Colorado, Florida, Hawaii, Idaho, Indiana, Kansas, Louisiana, Maine, Maryland, Massachusetts, Michigan, Mississippi, Missouri, Montana, Nebraska, Nevada, Nuevo México, Dakota del Norte, Ohio, Oklahoma, Carolina del Sur, Dakota del Sur, Utah, Virginia y West Virginia. En todo caso, tanto los supuestos a los que pueden aplicarse tales límites como los importes varían notablemente.

Otro ejemplo de esta posición favorable del Partido Republicano es el hecho de que tal alternativa ya fue propuesta a nivel federal durante el primer mandato presidencial de George W. Bush, habiéndose aprobado en la Cámara de Representantes una reforma en este sentido, bajo el título de *Help Efficient, Accessible, Low-Cost, Timely Healthcare Act*, 2003. Sin embargo, dicha proposición no pasó favorablemente el trámite de aprobación en el Senado<sup>139</sup>.

A nivel federal, y además de la propuesta hecha bajo el primer mandato del Presidente Bush, existe otra propuesta más reciente presentada por el Senador de Arizona, Jon Kyl, bajo el título de *Medical Liability Reform Act 2009* (ref. S. 1734) cuyas propuestas principales son muy similares a las que han presidido la reforma en el Estado de Texas. El 30 de septiembre de 2009 fue remitido el texto a la Comisión de Justicia del Senado sin que consten más trámites.

Para sus defensores, tal medida no afecta al derecho de los pacientes a reclamar: “*Caps on non-economic damages do not deny injured patients the ability to have their cases heard. States that have enacted caps have not seen a significant reduction in the number of claims, only in the number of unpredictable and unreasonably large awards for pain and suffering*”<sup>140</sup>.

Uno de los principales problemas jurídicos que presenta esta reforma es la posición que sobre la figura han mantenido algunos Tribunales Supremos estatales. Así, si algunos de ellos, encabezados por el Tribunal Supremo de California que ya en 1985 decla-

rara la constitucionalidad de la medida (*Fein v. Permanente Medical Group*)<sup>141</sup>, le han otorgado validez constitucional<sup>142</sup>, otros, por el contrario, han optado por su inconstitucionalidad. Este sería el caso reciente, por ejemplo, de Illinois y Georgia. En Illinois, el Tribunal Supremo declaró en *Lebron v. Gottlieb Memorial*, 2010, que una Ley que limitara el importe de la indemnización es contraria a la división de poderes en la medida que afecta a los poderes de los jueces acerca de la determinación del quantum indemnizatorio y, más concretamente, a su poder de *remittitur*, que como explicaremos más adelante, constituye, en esencia, una figura jurídica que habilita a los jueces para reducir el importe de la indemnización reconocida por un Jurado<sup>143</sup>.

En el caso de Georgia, el Tribunal declaró en *Atlanta Oculoplastic Surgery, P.C. v. Nestlehutt*, 2010, que la limitación de las indemnizaciones afecta a uno de los principios básicos del funcionamiento del Jurado, en virtud del cual, éste ostenta la facultad de establecer el quantum indemnizatorio atendiendo a los hechos objeto de enjuiciamiento<sup>144</sup>.

Ciertamente, tales decisiones de los Tribunales Supremos de Illinois y Georgia, solo afectan a la legislación de dichos Estados. Sin embargo, sí pueden tener en el futuro cierta influencia en otros Tribunales Supremos que deban enfrentarse a tal cuestión acerca de la constitucionalidad de la limitación de indemnizaciones. Además, en algunos Estados en los que también se han aprobado límites en las indemnizaciones, sus efectos no repercutan directamente en el precio de las primas de seguros ya que existen cierta inseguridad acerca de cómo se pronunciará en el futuro el correspondiente Tribunal Supremo estatal, vistos los antecedentes que acabamos de comentar<sup>145</sup>.

Otros Estados en los que tal medida no ha sido aceptada judicialmente son, además de los dos anteriores, Alabama, New Hampshire, Oregon y Wash-

141 Vid. 695 P.2d 665, 679 (Cal. 1985).

142 Veáanse, entre otros, el caso de Virginia (*Pulliam v. Coastal Emergency Services of Richmond Inc.*, 1999), Alaska (*Evans v. Alaska*, 2002) o West Virginia (*MacDonald v. City Hosp., Inc.*, 2011).

143 Vid. *Lebron*, 930 N.E.2d at 914. Sobre dicho caso, puede verse, NELSON, L., SWANSON, A. y BUCKLEY, M., “*Lebron v. Gottlieb Memorial Hospital: Capping medical practice reform in Illinois*”, *Annals of Health Law*, vol. 20, año 2011, pp. 1 a 13.

144 Vid. 691 S.E.2d at 223.

145 ROBERTI, R.A., “*The disappearing provision: Medical Liability Reform vanishes from the Patient Protection and Affordable Care Act despite State Court split*”, *cit.*, p. 159.

139 THORPE, K.E., “*The medical malpractice crisis: recent trends and the impact of the State Tort reforms*”, *cit.*, p. 21.

140 Esta es la posición que mantuvieron los miembros del Partido Republicano en las Comisión del Presupuesto de la Cámara de Representantes en mayo de 2012 con el fin de evitar el *precipicio fiscal*. Vid. Report of the Committee on the Budget of the House of Representatives to accompany H.R. 5652, ..., p. 55.

ington. Además, existen otros cinco Estados en los que dicha medida no se admite por encontrarse prohibida por disposición constitucional; sería el caso de Arizona, Arkansas, Kentucky, Pennsylvania y Wyoming. En el caso de Wisconsin, existe una regulación de limitación de las indemnizaciones de carácter general, pero la limitación para el ámbito de la responsabilidad médica fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema de dicho Estado<sup>146</sup>. Además, existen seis Estados en los que no se admiten los *punitive damages*: Louisiana, Nebraska, Washington, New Hampshire, Massachusetts y Michigan.

En todo caso, el mayor problema que presenta esta alternativa de reforma para que sea implantada a nivel federal es, más que jurídico, político, ya que no es del agrado, como ya hemos comentado antes, de la mayoría de miembros del Partido Demócrata. Así, como por ejemplo, el Presidente Obama, si bien es partidario de reformar el sistema de responsabilidad médica, no es, por el contrario, partidario de acudir a dicha alternativa de limitar las indemnizaciones<sup>147</sup>.

Para el análisis de esta propuesta, es conveniente recordar que en el sistema de responsabilidad sanitaria norteamericano se establecen tres modalidades de daños indemnizables, los *non-economic damages* (dolor, sufrimiento, angustia), los *economic damages* (pérdida de ganancias y gastos médicos) y, por último, los *punitive damages*, para aquellos casos en los que se considere que la conducta ha sido especialmente grave o se haya producido en grave perjuicio en los derechos del paciente. Estos últimos raramente son admitidos en el ámbito de la responsabilidad médica, de manera que parece que el problema se sitúa esencialmente en el ámbito de los *non-economic damages*, cuya determinación deja un amplio margen de decisión al Juez.

Por ello, las propuestas que incorporan la limitación de indemnizaciones se han centrado fundamentalmente en limitar el importe máximo admisible en

---

146 *Ferdon v. Wisconsin Patients Compensation Fund*, 701 N.W.2d. 440, (Wis. 2005).

147 En el trámite de aprobación de la reforma sanitaria impulsada por el Presidente Obama y dentro del texto inicialmente propuesto por la Cámara de Representantes se propuso que únicamente pudieran beneficiarse de los programas federales para promover proyectos relacionados con la reforma del sistema de responsabilidad médica aquellos Estados que no hubieran aprobado reformas que incluyeran limitaciones de indemnizaciones de honorarios de letrados. Vid. H.R. 3962, § 2531. Vid., también, ROBERTI, R.A., “The disappearing provision: Medical Liability Reform vanishes from the Patient Protection and Affordable Care Act despite State Court split”, *cit.*, p. 155.

el caso de los *non-economic damages*. Así, lo más común ha sido aprobar reformas que trataran de limitar estos últimos, lo que podía apreciarse en los primeros años del siglo XXI en diecinueve Estados. Sin embargo, otros cinco Estados tienen aprobados límites tanto para los *non-economic damages* como para los *economic damages*<sup>148</sup>.

Existe también otra modalidad de límite que viene referido a los honorarios de los abogados que defienden estos casos, los cuales habitualmente perciben por tal concepto un porcentaje del importe indemnizatorio reconocido. En este supuesto el límite actuaría como una forma de reducir el incentivo económico por iniciar un litigio<sup>149</sup>.

Por último, una última modalidad de *cap on damages* vendría constituida por aquellas propuestas que promueven que en los litigios de responsabilidad médica los demandados puedan tener acceso a la información que acredite si los reclamantes han visto o no compensados los daños por otra vía diferente, tal y como serían los seguros de vida, seguros laborales, o seguros de automóvil (*colateral source*).

Los estudios que se han realizado acerca del impacto que dichos límites en los importes indemnizatorios tienen sobre el sistema de responsabilidad muestran una reducción tanto del precio de las primas de seguro como del número de reclamaciones. Así, se ha concluido en algunos estudios que los límites en las indemnizaciones se asocian con índices de siniestralidad más bajos y primas más bajas. Por el contrario, en los Estados que han adoptado otras fórmulas de reforma de la responsabilidad ello no se aprecia con tanta claridad. Así, en los Estados con dichos límites, los índices de siniestralidad son un 11,7 por ciento más bajos<sup>150</sup>.

Un estudio del Departamento norteamericano de Salud ofrece los siguientes datos sobre el impacto que la limitación de indemnizaciones tiene en el incremento del precio de las primas en relación con aquellos Estados en los que no se ha aprobado una medida similar<sup>150</sup> (ver tabla página siguiente).

---

148 THORPE, K.E., “The medical malpractice crisis: recent trends and the impact of the State Tort reforms”, *cit.*, p. 25.

149 *Ibidem*, p. 26.

150 SCHMITT, R.A., “Tracking State Liability Reforms and their impact on the liability environment”, *Massachusetts College of Emergency Physicians*. Puede accederse a dicho trabajo a través de la página web del Colegio de Médicos de Urgencias de Massachusetts, en [www.macep.org](http://www.macep.org). Último acceso el 19 de mayo de 2013.

Estates with Caps < \$250,000		States without Caps	
California	20%	Arkansas	18%
Indiana	15%	Connecticut	50%
Montana	21%	Georgia	32%
Utah	5%	Nevada	35%
		New Jersey	24%
		Oregon	56%
		Pennsylvania	77%
		Washington	55%
		Ohio	60%
		West Virginia	30%
<b>AVERAGE</b>	<b>15%</b>	<b>AVERAGE</b>	<b>44%</b>
States with Caps < \$350,000		States without Caps	
California	20%	Arkansas	18%
Hawaii	0%	Connecticut	50%
Indiana	15%	Georgia	32%
Michigan	39%	Nevada	35%
Montana	21%	New Jersey	24%
New Mexico	13%	Oregon	56%
North Dakota	0%	Pennsylvania	77%
South Dakota	0%	Washington	55%
Utah	5%	Ohio	60%
Wisconsin	5%	West Virginia	30%
<b>AVERAGE</b>	<b>12%</b>	<b>AVERAGE</b>	<b>44%</b>

En otro estudio, se señala que, en el caso concreto de Texas, la aprobación de tales límites supone una reducción de más del setenta por ciento de la media de las indemnizaciones por daños inmateriales y de cerca del veinte por ciento en los pagos extrajudiciales<sup>151</sup>.

Sin embargo, también se ha planteado que, a medio o largo plazo, el efecto de las limitaciones de indemnizaciones en la reducción del precio de las primas no es tan evidente (“caps modestly constrain the growth of insurance premiums over time”)<sup>152</sup>.

También, se critica de dicha fórmula que no sirve como incentivo para que los médicos reduzcan los errores y que, además, impide que los daños de escasa cuantía sean reclamados<sup>153</sup>, aunque se ha apuntado

151 HYMAN, D.A. et al., “Estimating the effect of damages caps in medical malpractice cases: evidence from Texas”, *Journal of Legal Analysis*, vol. 1, núm. 1, año 2009, p. 358.

152 KACHALIA, A y MELLO, M.M., “New directions in medical liability reform”, *cit.*, p. 1566.

153 HELLINGER, F.J. y ENCINOSA, W.E., “Review

que dicho problema podría evitarse si se establece una limitación solo para los daños inmateriales pero no para los punitivos de manera que los médicos sabrían que si desatienden de manera grosera las exigencias de la *lex artis*, ello podría suponer tener que afrontar una importante indemnización<sup>154</sup>.

Además, varios estudios muestran que esta modalidad de reforma no tiene incidencia en la práctica de la medicina defensiva<sup>155</sup>. Se trataría de una reforma que afectaría, en principio, al precio de las primas

of the reforms to our medical liability system”, *Agency for Healthcare Research and Quality*, US Department of Health and Human Services, diciembre 2009, p. 5. Puede accederse a dicho trabajo a través de la página web de la Agency for Healthcare Research and Quality en [www.ahrq.gov](http://www.ahrq.gov). Último acceso el 19 de mayo de 2013.

154 ROBERTI, R.A., “The disappearing provision: Medical Liability Reform vanishes from the Patient Protection and Affordable Care Act despite State Court split”, *cit.*, p. 170.

155 CARRIER, E.R. et al, “Physicians’ fears of malpractice lawsuits are not assuaged by Tort reforms”, *cit.*, p. 1591. Vid., también, BAICKER, K. y CHANDRA, A., “Defensive medicine and disappearing doctors?”, *Health and Medicine*, otoño 2005, p. 31.

de seguro, aunque ello, según se ha sostenido, redundará también en beneficio de los pacientes que podrán tener acceso a mayor número de profesionales y a menor coste.

En definitiva, la reforma del sistema de indemnizaciones, tratando de limitar el importe máximo de éstas, sobre todo, en lo que se refiere a los daños inmateriales y morales puede que sea el principal ejemplo del camino seguido por las reformas a nivel estatal, aunque a nivel federal puede encontrar con el escollo principal que supone que el Partido Demócrata no apoye la misma.

### 3.2 Tribunales especializados (*Health Courts*)

La creación de Tribunales especializados en responsabilidad médica (*Health Courts*) no es una propuesta novedosa, ya que se trata de una fórmula ya planteada hace años como respuesta a las primeras crisis de la mal praxis (la AMA propuso ya crear unos Tribunales administrativos especializados en dicho ámbito de la responsabilidad en 1988)<sup>156</sup>. Sin embargo, ha sido recientemente cuando parece haber tomado mayor impulso, y ello, porque parece que cuenta ahora con el respaldo de los dos grandes Partidos, aunque el Partido Republicano cree que es insuficiente y que debiera completarse con otras medidas. Un ejemplo de este aparente consenso lo encontramos en la última campaña electoral en la que tanto el candidato Romney como el propio Obama se mostraron favorables a impulsar una reforma de la responsabilidad médica que promoviera la creación de estos Tribunales especializados en dicha materia.

Además, parece que la misma satisface también tanto a los profesionales sanitarios, como lo acredita la posición que al respecto ha mantenido la AMA, como a los propios pacientes a través de la opinión expresada por las asociaciones de consumidores. Así, algunas encuestas muestran que dos tercios de los ciudadanos encuestados consideran acertada tal propuesta (*Clarus Research Group*), sin que además haya diferencias entre la posición al respecto de los votantes del partido republicano y demócrata (68 por ciento de los republicanos y 67 por ciento de los demócratas apoyan la medida e, incluso, entre los que se proclaman independientes, un 61 por ciento la apoya también)<sup>157</sup>.

<sup>156</sup> NELSON, L.J., MORRISEY, M.A. y BECKER, D.J., "Medical liability and Health Care Reform", *cit.*, pp. 516 y 517.

<sup>157</sup> Vid. *The Wall Street Journal* en su edición de 4 de marzo de 2013.

La posición doctrinal que apoya esta solución se basa en la idea de que el principal problema que presenta el sistema de responsabilidad médica es la difícil previsibilidad acerca de los resultados de los procesos, de manera que los abogados no son capaces de desarrollar una correcta estrategia de defensa en la medida que les es difícil prever cuales son los criterios a los que va a atender el Juez o Jurado. Como ya pusimos de manifiesto anteriormente, diferentes estudios señalan que este es el principal problema que presenta la responsabilidad sanitaria en Estados Unidos<sup>158</sup>.

Por otro lado, se ha apuntado que formalmente no ha de existir ningún problema con dicha propuesta en la medida que la presencia de Tribunales especializados es ya una realidad en diferentes ámbitos, tales como el ámbito tributario, concursal, laboral, seguros sociales o, incluso, en el propio ámbito de la sanidad en el que encontramos ejemplos como los *Vaccine Liability Courts* o los *Mental Health Courts*<sup>159</sup>. Sin embargo, algunos autores consideran que la creación de dichos Tribunales podría constituir una vulneración del derecho constitucional de los ciudadanos a que sus reclamaciones sean resueltas por un jurado, conforme recogen las Constituciones estatales<sup>160</sup>.

La propuesta, en palabras de Philip K Howard es "not at stopping lawsuits but at delivering fair and reliable decisions. A special court would provide expedited proceedings with knowledgeable staff that would work to settle claims quickly. Trials would be conducted before a judge who is advised by a neutral expert, with written rulings on standards of care"<sup>161</sup>. Así pues, la propuesta no consiste tanto en reducir el número de litigios sobre responsabilidad médica, sino promover una resolución más rápida y profesio-

<sup>158</sup> STUDDERT, D.M y MELLO, M.M., "When Tort resolutions are "wrong": Predictors of discordant outcomes in medical malpractice litigation", *cit.*, p. 27.

<sup>159</sup> HOWARD, P.K., "The menu of malpractice reforms", *The Atlantic*, edición de junio de 2009. Puede accederse a dicho trabajo a través de la página web [www.theatlantic.com](http://www.theatlantic.com). Último acceso el 22 de abril de 2013.

<sup>160</sup> Vid. Comparecencia como experto en responsabilidad médica de Neil Vidmar, profesor de la Universidad de Duke, ante la Comisión de Salud, Educación, Trabajo y Pensiones del Senado (*The Senate Committee on Health, Education, Labor and Pensions*), 22 de junio de 2006. Puede accederse al documento que recoge dicha comparecencia a través de la página del Senado en [www.senate.gov](http://www.senate.gov). Último acceso el 2 de mayo de 2013.

<sup>161</sup> HOWARD, P.K., "Just medicine", *New York Times* en su edición del 2 de abril de 2009, en su página A27. Puede accederse a este trabajo a través de la página web [www.nytimes.com](http://www.nytimes.com). Último acceso el 22 de abril de 2013.

nal de los mismos, atendiendo a unos criterios comunes sobre los estándares de enjuiciamiento de estos casos: “A health court system would likely be faster, less adversarial, and more predictable than the current medical liability system”<sup>162</sup>.

Además, se considera que la creación de los Tribunales especializados en este campo puede suponer un avance en el empleo del concepto de evitabilidad en lugar del concepto de negligencia que habitualmente viene utilizándose para enjuiciar la actuación de los profesionales de la sanidad lo que afecta directamente a la disposición de los profesionales a comunicar sus errores. El término evitabilidad ha de jugar en favor de reducir el estigma personal que supone la responsabilidad sanitaria y promover una verdadera cultura de seguridad de los pacientes y de notificación de efectos adversos<sup>163</sup>. Como puede verse, se trataría de una propuesta que vendría a postular tanto la especialización del Tribunal como la incorporación de elementos de responsabilidad objetiva en el enjuiciamiento del caso a través de dicho concepto de evitabilidad.

Por otro lado, la creación de dichos Tribunales habría de reducir el coste de los litigios de manera que el coste principal se tradujera, en su caso, en indemnizaciones y no en costes procesales como ocurre ahora, cuando se estima que sesenta centavos por dólar gastado se destina a gastos.

También, la creación un sistema de justicia que por su especialización habría de basar sus decisiones en estándares de actuación médica consensuados incidiría necesariamente en la medicina defensiva<sup>164</sup>. A este respecto, hay que entender que la especialización habría de provocar mayor consenso en las decisiones y por ende mayor previsibilidad lo que evitaría determinadas prácticas de medicina defensiva que ya carecerían de fundamento por no tener que suponer, de acuerdo con dichos estándares jurisprudenciales de buena conducta, riesgo legal alguno. Ello también

162 MELLO, M.M. et al., “Who pays for medical errors? An analysis of adverse event costs, the medical liability system, and incentives for patient safety improvement”, *Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 4, núm. 4, diciembre 2007, p. 856.

163 BARRAND, N., “Health courts may provide an answer”, blog *Pioneering Ideas*, 7 de mayo de 2007. Puede accederse a dicho documento a través de la página web [http://www.rwjf.org/en/blogs/pioneering-ideas/2007/05/health\\_courts\\_m.html](http://www.rwjf.org/en/blogs/pioneering-ideas/2007/05/health_courts_m.html). Último acceso el 22 de abril de 2013.

164 HOWARD, P.K., “Just medicine”, *New York Times* en su edición del 2 de abril de 2009, en su página A27. Vid., también, BARRINGER, P.J., “A new prescription for America’s medical liability system”, *cit.*, pp. 245 y 246.

incidiría en las políticas de seguridad del paciente, ya que el corpus doctrinal más uniforme que resultaría de tales Tribunales permitiría desarrollarlas partiendo de cuáles son los criterios de enjuiciamiento de la *lex artis* exigida a los profesionales.

La principal crítica que se ha hecho a esta propuesta es el riesgo de que los integrantes de dicho Tribunal, al tener que ser elegidos por los ciudadanos en su condición de jueces estatales, podrían verse excesivamente influidos en su elección por los diferentes grupos de interés<sup>165</sup>. Dicho riesgo podría minorarse si tales jueces son nombrados y no elegidos por los ciudadanos, lo cual no es posible en algunos Estados<sup>166</sup>. También se ha mencionado como problema el papel que tendrían los expertos (peritos) en dichos Tribunales, de manera que sería hartamente difícil aceptar que vayan a valorar los casos con objetividad cuando diferentes estudios nuestros que es extraño que un médico acepte que otro compañero ha actuado en contra de la buena praxis<sup>167</sup>. Otros autores dudan de la eficacia de dicha medida al tratarse de una fórmula que prácticamente no se ha probado en ningún Estado<sup>168</sup>.

En 2011, un miembro de la Cámara de Representantes, el republicano por Texas, Marc Thornberry, presentó una proposición de ley que llevaba por título “Medical Liability Procedural Reform Act of 2011” (ref. HR 314), en virtud de la cual, se pretendía que por parte del Estado se proporcionaran ayudas económicas a los diferentes Estados para el desarrollo de Tribunales especializados en responsabilidad sanitaria (“To provide grants to States for health care tribunals”)<sup>169</sup>.

Bajo el término *Health Care Tribunal* habrá que entenderse, según dicha propuesta, aquellos Tribuna-

165 STRUVE, C.T., “Doctors, the adversary system, and procedural reform in medical liability litigation”, *cit.*, pp. 998 y 999. En similares términos, vid. PETERS, P.G., “Health Courts?”, *Legal Studies Research Paper Series Research Paper No. 2007-15*, University of Missouri-Columbia, p. 23; y CHOW, E., “Health Courts: An extreme makeover of medical malpractice with potentially fatal complications”, *Yale Journal of Health Policy, Law, and Ethics*, vol. VII, núm. 2, año 2007, p. 391.

166 STRUVE, C.T., “Doctors, the adversary system, and procedural reform in medical liability litigation”, *cit.*, p. 1000.

167 PETERS, P.G., “Health Courts?”, *cit.*, p. 26.

168 HELLINGER, F.J. y ENCINOSA, W.E., “Review of the reforms to our medical liability system”, *cit.*, p. 4.

169 Puede accederse al texto de dicha proposición a través de la página web del Congreso en [www.congress.gov](http://www.congress.gov). Último acceso el 23 de abril de 2013.



les de Justicia o Tribunales administrativos: a) Cuya única función sea la de resolver los litigios por daños ocasionados por proveedores de servicios de asistencia sanitaria; b) A los que todo o parte de dichas disputas esté asignado; c) Cuyas decisiones sean vinculantes y recurribles; y d) Cuyos Jueces estén especializados en temas de asistencia sanitaria y en resolver litigios sobre el estándar de cuidado.

La propuesta tuvo entrada en la Cámara de Representantes a principios de enero de 2011 y el 7 de febrero del mismo año fue remitida a la correspondiente Comisión de Justicia de la Cámara donde no consta que se haya tramitado nada al respecto.

También, hay alguna propuesta concreta que está tramitándose a nivel estatal. Así, en el Estado de Georgina se tramita en su Senado la denominada "Patient Injury Act", Senate Bill 141, que propone la creación de dichos Tribunales especializados.

### 3.3 Responsabilidad objetiva (*non-fault system*)

Esta es una propuesta que tiene algunos partidarios que se han fijado en los ejemplos que al respecto pueden encontrarse en otros países, entre los que destaca Suecia<sup>170</sup>, considerando algunos estudios que es la mejor alternativa para luchar contra la medicina defensiva<sup>171</sup>. Igualmente, se considera que es la fórmula más adecuada para promover una política de seguridad de los pacientes y luchar contra los efectos adversos en la medida que facilita la comunicación de éstos por parte de los profesionales al eliminarse las consecuencias negativas de dicha comunicación, es decir, la litigación<sup>172</sup>.

La alternativa parte principalmente de un estudio elaborado por la Universidad de Harvard a principios de los años noventa en el tras hacer un análisis del porcentaje de efectos adversos que se producían en cincuenta y un Hospitales del Estado de Nueva York y valorar cuáles de ellos derivaban de una conducta negligente de los profesionales,

170 Alan Daley propone avanzar hacia un modelo muy similar al sueco. Puede accederse a dicho trabajo a través de la página web de la American Consumers Institute, en [www.theamericanconsumer.org](http://www.theamericanconsumer.org). Último acceso el 24 de abril de 2013.

171 Vid. Informe "A costly defense: physicians sound off on the high price of defensive medicine in the US", *cit.*

172 HUANG, H. y SOLEIMANI, F., "What happened to no-fault? The role of error reporting in Healthcare Reform", *Houston Journal of Health Law & Policy*, vol. 10, año 2010, pp. 4 y 5.

proponía modificar el sistema de responsabilidad por un basada en la responsabilidad objetiva<sup>173</sup>.

Además, como ya hemos comentado, en algunos casos se conecta con la anterior alternativa, de manera que se propone no solo crear dichos Tribunales especializados en responsabilidad médica, sino que, además, tales Tribunales actúen en un modelo de responsabilidad objetiva. Este parece ser la propuesta que hemos comentado que se está precisamente tramitando ahora en Georgia, que contendría ambas ideas, un Tribunal especializado actuando conforme a un modelo de responsabilidad objetiva.

Sin embargo, existen ciertas dudas acerca de la viabilidad de este modelo y de cuál sería el impacto en el número anual de reclamaciones. Se trata de una fórmula que, si bien, disminuye notablemente los gastos procesales que, recordemos, suponen un porcentaje muy alto del gasto total del sistema de responsabilidad médica, y también la cuantía de las indemnizaciones, ya que el sistema se basaría en unos importes más o menos fijos por concepto, puede implicar incremento notable del número total de reclamaciones<sup>174</sup>. Así, se ha apuntado que puede suponer un incremento notable de las reclamaciones por daños de pequeña consideración, ya que, al rebajarse notablemente los gastos del litigio, para tales pacientes será ya rentable presentar la reclamación<sup>175</sup>. De este modo, si bien reduciría los costes procesales, el impacto económico final podría ser muy superior al incrementar el número de solicitudes de indemnización<sup>176</sup>.

Por otro lado, algún autor considera que se trata de una fórmula que no es realmente eficaz en la lucha por la seguridad del paciente ya que, a la postre,

173 Vid. *Harvard Medical Practice Study, Patients, doctors, and lawyers: Medical injury, malpractice litigation and patient compensation in New York*, The Report of the Harvard Medical Practice, Study To the State of New York, octubre 1990. Vid., también, más recientemente, BRENNAN, T.A., et al., "Incidence of adverse events and negligence in hospitalized patients: results of the Harvard Medical Practice Study I", *New England Journal of Medicine*, vol. 324, año 1991, Volume 324, pp. 370 a 376.

174 STRUVE, C.T., "Doctors, the adversary system, and procedural reform in medical liability litigation", *cit.*, p. 992. Vid., también, DANZON, P.M., *Frequency and severity of medical malpractice claims*, *Journal of Law and Economics*, vol. 27, núm. 1, abril 1984, p. 136.

175 STRUVE, C.T., "Doctors, the adversary system, and procedural reform in medical liability litigation", *cit.*, p. 992.

176 HUANG, H. y SOLEIMANI, F., "What happened to no-fault? The role of error reporting in Healthcare Reform", *cit.*, p. 7.

desincentiva al médico a la hora evitar errores. En un modelo basado en la culpa, el estigma que para la profesionalidad del médico supone el verse condenado juega como incentivo en orden a evitar los errores<sup>177</sup>. Y en este mismo sentido, los médicos que debieran ser apartados del sistema por sus conductas negligentes quedarían protegidos por el propio modelo<sup>178</sup>. Así, se ha propuesto que un sistema de responsabilidad objetiva debe incorporar también una fórmula disciplinaria que permita identificar a dichos profesionales y apartarlos de la actividad<sup>179</sup>.

También se ha señalado que dicha fórmula puede encontrar problemas en su desarrollo en la medida que en Estados Unidos, a diferencia de otros Estados (véase, los Estados de Europa), no existe una conciencia social de solidaridad, de manera que se acepte asumir colectivamente los daños sufridos por unos pocos<sup>180</sup>. En todo caso, tampoco debe olvidarse que dicho obstáculo se ha superado sin grandes problemas en algunas fórmulas de responsabilidad objetiva y, precisamente, en el ámbito sanitario como es el sistema objetivo de reparación de los daños derivados de las vacunas (*National Childhood Vaccine Injury Act*, 1986), al que ya nos hemos referido anteriormente.

Pese a ello, se trata de una alternativa que ya se ha probado, aunque veremos que muy limitadamente, en dos Estados, Florida (a través de la *Birth-Related Neurological Injury Compensation Act*, 1988) y Virginia (a través de la *Birth-Related Injury Compensation Act*, 1987). En ambos Estados se ha creado un sistema alternativo de compensación de los daños sufridos por recién nacidos como consecuencia de las maniobras de parto o de reanimación (*Birth-Related Neurological Injury Compensation System*). Se trata de sistemas voluntarios que pretenden garantizar una resolución de los casos más temprana y con menor coste<sup>181</sup>.

177 *Ibidem*, p. 8.

178 *Ibidem*, p. 8.

179 GELLHOM, W., "Medical malpractice litigation (U.S.)-Medical mishap compensation (N.Z.)", *Cornell Law Review*, vol. 73, año 1988, p. 207.

180 Así, Rodwin señala, literalmente, que "A key obstacle to the creation of no-fault insurance, or a system to compensate medical injuries without regard to fault, is that Americans have a weak sense of social solidarity. They disfavor social insurance and mutualizing risk. They do not believe that the public should take responsibility for covering such injuries. In contrast, France has a strong sense of social solidarity, as demonstrated by its public medical insurance system". Vid. RODWIN, M.A., "French medical malpractice Law and policy through american eyes: what it reflects about public and private aspects of American Law", *Legal Studies Research Paper Series Research Paper 11-53*, Suffolk University, noviembre 2011, p. 130.

181 BOVBJERG, R.R. y SLOAN, F.A., "No-fault for

Como características de dicho sistema, pueden destacarse las siguientes:

1. Solo pueden emplearse en los casos concretos de daños a recién nacidos con ocasión del parto o de las maniobras de reanimación. En concreto, los requisitos para acceder al mismo son los siguientes: que haya un daño cerebral o de la medula espinal, que el niño haya nacido con vida, que su peso al nacer sea de, al menos, dos quilos y medio o dos quilos en el caso de partos múltiples, que el daño haya sido ocasionado por hipoxia o por daño mecánico durante el parto o las maniobras de resucitación, que el nacimiento haya tenido lugar en un Hospital con la participación de un médico, que el niño se encuentre física y mentalmente impedido y que los daños no tengan causa en una anomalía genética o congénita.
2. El acceso a dicho procedimiento excluye la posibilidad de reclamar simultánea o posteriormente una indemnización ante los Tribunales.
3. Las indemnizaciones cubrirían las necesidades que dichos recién nacidos tendrían en cuanto a cuidados y asistencia sanitaria y permitirían obtener, por parte de los padres, una indemnización por *non-economic damages* de un máximo de cien mil dólares (en Virginia no hay un importe máximo establecido).
4. Para poder emplearse frente a un profesional es preciso que éste haya aceptado previamente incorporarse a un listado de profesionales que permiten el modelo<sup>182</sup>.
5. El plazo máximo de reclamación se establece hasta los cinco años de edad del niño.

Se trataría pues de un sistema de reparación del daño sobre la base de criterios de responsabilidad objetiva, siendo su ventaja principal que permite obtener una resolución del caso en un breve espacio de

medical injury: Theory and evidence", *University of Cincinnati Law Review*, vol. 67, año 1998, pp. 82 a 112.

182 Por ejemplo, a través de la página web de *Florida Birth-Related Neurological Injury Compensation Association*, [www.nica.com](http://www.nica.com), institución que se encarga de tramitar tales reclamaciones en el Estado de Florida, puede accederse a los listados anuales de los médicos que han aceptado someterse al modelo.

tiempo y evita los importes costes que habitualmente conlleva un litigio.

Los resultados de este sistema han sido algo modestos por el número de casos que han tramitado, pese a que un noventa por ciento de los obstetras se han incorporado al modelo, pero ello responde a que el ámbito de la actividad sanitaria que cubren es muy reducido<sup>183</sup>. Además, algunos estudios muestran que el sistema es muy favorable en lo que se refiere al concepto indemnizatorio de los gastos médicos, pero no cubre suficientemente el lucro cesante<sup>184</sup>. También, se ha apuntado que el modelo, en lo que a Virginia se refiere, no ha supuesto un cambio en la práctica de la medicina defensiva<sup>185</sup>.

En todo caso, no parece la alternativa más viable a nivel federal ya que, como hemos señalado antes, hay dudas acerca del efecto que pueda producir en cuanto al incremento del número total de reclamaciones anuales.

### 3.4 Reducción de los plazos de ejercicio de las acciones de responsabilidad médica (*Statute of limitations*)

Otra de las reformas propuestas pretende limitar el plazo de reclamación de los daños provocados en el ámbito de la responsabilidad médica a uno o, en su caso, tres años. Tal propuesta pretende que cuando los profesionales sanitarios hayan de enfrentarse a una reclamación puedan tener a su disposición todavía las correspondientes pruebas en su defensa (“*in order to protect defendants from the prejudice of stale claims by requiring trials while the best evidence is still available*”)<sup>186</sup>. Además, tal medida da cierta previsibilidad al mercado asegurador acerca de los importes que habrán de destinar a garantizar el pago

183 SLOAN, F.A., WHETTEN-GOLDSTEIN, K. y HICKSON, G.B., “The influence of obstetric no-fault compensation on obstetricians’ practice patterns”, *American Journal of Obstetrics and Gynecology*, vol. 179, núm. 3, año 1998, pp. 671 a 676. Vid., también, SLOAN, F.A. et al., “No-fault system of compensation for obstetric injury: winners and losers”, *American Journal of Obstetrics and Gynecology*, vol. 91, núm. 3, año 1998, pp. 437 a 434.

184 WHETTEN-GOLDSTEIN, K. et al., “Compensation for birth-related injury: no-fault programs compared with tort system”, *Archives of Pediatrics and Adolescent Medicine*, vol. 153, núm. 1, enero 1999, pp. 41 a 48.

185 EDWARDS, C.T., “The impact of a no-fault tort reform on physician decision-making: A look at Virginia’s birth injury program”, *cit.*, pp. 306 y 307.

186 Vid. Report of the Committee on the Budget of the House of Representatives to accompany H.R. 5652, ..., p. 412.

de futuras reclamaciones<sup>187</sup>. Sin embargo, no es una propuesta que presida ninguna de las reformas estatales, al menos como propuesta principal.

### 3.5 Regulación de la prueba pericial

Algunos Estados han optado por una reforma cuya principal fundamento consiste en la regulación de los requisitos para poder actuar como perito en los procesos de responsabilidad médica. Entre los requisitos que vendrán ahora a exigirse destacan el de ostentar experiencia práctica y ejercer la misma especialidad que el profesional cuya conducta es objeto de enjuiciamiento. Se exige, por ejemplo, que al menos un sesenta por ciento de su actividad clínica o docente se corresponda con la especialidad del médico cuya actividad es objeto de pericia<sup>188</sup>. A través de estos requisitos se pretende que los peritos tengan suficiente experiencia y puedan garantizar la veracidad de su testimonio.

A nivel federal, la propuesta a la que antes nos hemos referido y que fue presentada en 2009 por el Senador de Arizona, Jon Kyl, bajo el título de *Medical Liability Reform Act 2009* (ref. S. 1734), incluía junto a la limitación de las indemnizaciones una propuesta de regular determinados requisitos para actuar como perito en los litigios de responsabilidad médica y, entre ellos, se recogía la prohibición de que intervinieran peritos cuyos honorarios dependan del resultado del litigio.

Por otro lado, en algunos Estados también se exige que dicha prueba pericial se acompañe al escrito de demanda, incluso como requisito formal de admisibilidad de la misma (*certificate of merit*). Con ello, se quiere evitar que se tramiten casos de responsabilidad médica que carezcan de todo fundamento. De este modo, el Tribunal valorará, antes de admitir a trámite la reclamación, si esta viene apoyada pericialmente por la opinión de un experto. En similares términos, se exige que el caso sea evaluado previamente a su admisión por un grupo de expertos designados por el propio Tribunal<sup>189</sup>. Este sería el caso, por ejemplo, de Illinois en el que toda reclamación debe ir acompañada de un informe en el que un médico afirme que considera el caso razonablemente admisi-

187 BUDETTI, P.P. y WATERS, T.M., “Medical Malpractice Law in the United States”, *The Henry J Kaiser Foundation*, mayo 2005, p. 13.

188 Este sería el requisito principal de la reforma llevada a cabo en West Virginia. Vid. West Virginia Code §55.7B.7.

189 Vid. Alaska Statutes §09.55.536.

ble<sup>190</sup>. En Florida se recoge la misma exigencia pero también para el demandado, de manera que si éste no acepta la reclamación debe sustentar también su posición en el informe de un experto<sup>191</sup>.

### 3.6 Limitación de la responsabilidad solidaria (limitation on joint and several liability)

La responsabilidad solidaria constituye también una regla general del *common law*, de manera que en el ámbito de responsabilidad médica es habitual que cuando se condena a indemnizar los daños sufridos por los pacientes los diferentes aseguradores de las partes demandadas se vean en la tesitura de tener que afrontar el total del importe indemnizatorio. Por ello, se han propuesto reformas encaminadas a limitar tal principio de responsabilidad solidaria, de manera que cada parte haya de satisfacer únicamente el porcentaje de la condena total que le corresponda. En algunos Estados que ya han aprobado reformas en este sentido, tal límite no se recoge con carácter general, sino tan solo para los condenados que lo hayan sido a un porcentaje inferior al cincuenta por ciento o similar o solo respecto de la condena por daños inmateriales<sup>192</sup>. En otros Estados<sup>193</sup>, por el contrario, el límite juega sin excepciones<sup>194</sup>.

### 3.7 Medios alternativos de resolución de disputas (ADR systems)

En 2009 se presentó una proposición de Ley por parte del senador republicano Lindsey Graham, bajo el título de *Fair Resolution of Medical Liability Disputes Act of 2009* (ref. S. 2662), por la que se pretendía imponer un sistema de mediación previa obligatoria (ADR system) en los casos de daños derivados

de la responsabilidad médica. Tal propuesta señalaba que el mercado de la asistencia sanitaria y de los seguros de responsabilidad civil médica afectaba al comercio interestatal de manera que, al amparo de la *commerce clause doctrine*, el Congreso era competente para regular dicha norma como cauce para evitar el incremento de las primas de seguro y de los gastos de asistencia sanitaria. Tampoco consta que dicha propuesta se tramitara en el Senado más allá de su remisión a la Comisión de Justicia a principios de febrero de 2009.

Los que se muestran contrarios a esta propuesta alegan dos motivos<sup>195</sup>: en primer lugar, que tales órganos alternativos suelen habitualmente decidir en favor de los profesionales sanitarios, y ello, porque los organismos que suministran los correspondientes árbitros suelen tener mayor interés en satisfacer la posición de las instituciones sanitarias que les pagaran más que los pacientes individuales. En segundo lugar, se señala también que tal fórmula no resuelve aquellos casos en los que se produce un error en la decisión de los árbitros, al encontrarse mucho más limitadas las posibilidades de apelación<sup>196</sup>.

### 3.8 Evaluación previa de la reclamación por expertos (medical screening panels)

Otra propuesta es la de la evaluación previa de las reclamaciones por un comité de expertos (*medical screening panels*). Las modalidades de esta fórmula varían en los diferentes Estados en los que se ha implantado. Así, dichos paneles suelen estar integrados entre tres y siete miembros, encontrándose, entre ellos, al menos un Licenciado en Derecho y un profesional sanitario. El trámite de audiencia ante el panel es menos formal que el que se lleva a cabo ante un Tribunal, pero algunos Estados permiten la comparecencia de peritos y testigos.

Las competencias de estos paneles son diferentes según el Estado. Así, mientras en algunos Estados habrán de limitarse tan sólo a establecer si hay responsabilidad o no en el caso concreto, en otros pueden hacer una valoración acerca de cuáles son los daños producidos al paciente, pero sin poder valorarlos económicamente. Sin embargo, en algún Estado

190 Vid. 735 ILL. COMP. STAT. ANN. 5/2-622(A)(1).

191 Vid. FLA. STAT. ANN. § 766.203(2). Vid., también, HELLINGER, F.J. y ENCINOSA, W.E., "Review of the reforms to our medical liability system", *cit.*, p. 3.

192 En el caso de Pennsylvania, el condenado a un porcentaje inferior al sesenta por ciento de la condena total, solamente habría de abonar la parte proporcional que le corresponde. Vid. 42 Pa. Cons. Stat. § 7102(b.1). Por el contrario, el Ohio el porcentaje que determina si se aplica o no el límite es el del cincuenta por ciento, aunque en lo que se refiere a los daños inmateriales solo respondería por su porcentaje. Vid. Ohio Revised Code § 2307.22.

193 Sería, por ejemplo, el caso de Kansas. Vid. Kansas Statutes § 60-258a(d).

194 COHEN, H., "Medical malpractice liability reform: legal issues and Fifty-State survey of caps on punitive damages and noneconomic damages", *CRS Report for Congress*, enero 2006, p. 7.

195 Se recoge un análisis muy completo de esta fórmula y de sus diferentes alternativas en NELSON, L.J., "Medical malpractice and alternative dispute resolution", *American Journal of Trial Advocacy*, vol. 10, año 1986, pp. 345 a 363.

196 KESSLER, D.P., "The effects of the US malpractice system": A review of the empirical literature", *Working Paper*, p. 18.

sí se permite que el panel valore económicamente los daños, lo que equipara sus funciones prácticamente a las de un Tribunal de Justicia, como ocurre en el caso de Maryland, por ejemplo.

En algún Estado, como es el caso de Ohio, el Tribunal Supremo ha declarado inconstitucional esta fórmula por considerarla contraria al derecho al juicio por Jurado, ya que, aunque no afecta a la posibilidad de que alguna de las partes acuda ante el mismo, la opinión del panel es la que a la postre acaba por determinar la opinión de éste<sup>197</sup>. Sin embargo, en la mayoría de Estados los Tribunales han considerado esta fórmula respetuosa con el citado derecho.

Los principales beneficios de esta medida serían los de eliminar los litigios injustificados y promover los acuerdos prejudiciales<sup>198</sup>, evitando los costes que supone el proceso y que, como hemos visto anteriormente, constituyen el principal motivo de gasto en este ámbito y de incremento del precio de las primas<sup>199</sup>.

Sin embargo, algunos expertos consideran que esta medida no reduce el coste de los procesos, sino que, antes al contrario, los encarece y prolonga en el tiempo, ya que en muchos casos será indispensable desarrollar un trámite de audiencia a las partes<sup>200</sup>. Incluso, en algún Estado que implantó esta fórmula, como Pennsylvania, hubo una acumulación tal de asuntos sometidos a los paneles que provocó que muchos quedaran sin resolver por un largo espacio de tiempo<sup>201</sup>.

En definitiva, se trata de una alternativa ya probada en algunos Estados que no parece haber aportado resultados positivos, no habiendo supuesto una reducción ni de los costes, ni de las primas, ni de la medicina defensiva, por lo que no parece una fórmula que pudiera adoptarse a nivel federal.

197 Vid. *Simon v. St. Elizabeth Med. Ctr.*, 355 N.E.2d 903, 908 (Ohio 1976).

198 NATHANSON, M.J., "It's the economy (and combined ratio), stupid: examining the medical malpractice litigation crisis myth and the factors critical to reform", *cit.*, p. 9.

199 SORREL, A.L., "Litigation screening panels on trial: Are they working?", *American Medical News*, American Medical Association, Chicago, agosto, 2009. Puede accederse a dicho trabajo a través de la página web, [www.amednews.com](http://www.amednews.com).

200 STRUVE, C.T., "Doctors, the adversary system, and procedural reform in medical liability litigation", *cit.*, p. 993.

201 NATHANSON, M.J., "It's the economy (and combined ratio), stupid: examining the medical malpractice litigation crisis myth and the factors critical to reform", *cit.*, p. 10.

### 3.9. Modelos de comunicación de errores y disculpa médica (*I'm sorry Laws*)

Al amparo de esta fórmula, se establecen procedimientos de comunicación de los errores y petición de disculpa por parte de los profesionales e instituciones a los pacientes y familiares que hayan sufrido un efecto adverso. Así, se han desarrollado, por ejemplo, programas de formación de los profesionales en el manejo de estas situaciones<sup>202</sup>. Se considera que el ofrecimiento de disculpas seguida de una explicación de lo ocurrido dentro de los quince minutos siguientes a producirse el error reduce sustancialmente la posibilidad de que se produzca una reclamación<sup>203</sup>.

Sin embargo, esta alternativa exige, para tener virtualidad, que se acompañe de un procedimiento de compensación temprana del daño, ya que en muchos casos la mera explicación y disculpas no serán suficientes a fin de evitar que el paciente o sus familiares vean completamente reparado el daño sufrido y no acudan a la vía judicial<sup>204</sup>. Tal posibilidad, salvo que se fundamente en un modelo de responsabilidad objetiva, puede mostrarse poco eficaz, ya que fuera de los supuestos en los que la relación de causalidad entre la decisión médica y el daño sea evidente o en los que se trate de daños de poca importancia, la determinación de en qué medida la disculpa ha de ir seguida de una compensación puede exigir un periodo de tiempo algo extenso.

Igualmente, para que esta alternativa pueda tener virtualidad en la práctica, debe ir acompañada de una regulación que impida emplear en sede judicial tal petición de disculpas. En su defecto, difícilmente aceptarán los profesionales sanitarios participar en dicha propuesta si dudan de que la disculpa pueda ser empleada posteriormente como prueba de la existencia de un error no disculpable<sup>205</sup>.

202 WALTERS, A., "Medical liability reform and the States", *cit.*, p. 29. Vid. también, KACHALIA, A. et al., "Liability claims and costs before and after implementation of a medical error disclosure program", *Annals of Internal Medicine*, vol. 153, núm. 4, año 2010, pp. 213 a 221.

203 LANGEL, S., "Averting medical malpractice lawsuits: effective medicine— or inadequate cure?", *Health Affairs*, vol. 29, núm. 9, 2010, p. 1567.

204 NELSON, L.J., MORRISEY, M.A. y BECKER, D.J., "Medical liability and Health Care Reform", *cit.*, p. 511.

205 HO, B. y LIU, E., "Does sorry work? The impact of Apology Laws on medical malpractice", *Johnson School Research Paper Series* 04-2011, diciembre 2010, p. 2. Vid. también, NOVACK, D.H. et al., "Physicians' attitudes toward using deception to resolve difficult ethical problems", *Journal of the American Medical Association*, vol. 261, núm. 20, año 1998, pp. 2980 a 2985.

Se ha señalado como uno de los problemas principales de esta fórmula cómo puede compaginarse con el deber que tienen los profesionales al amparo del contrato de seguro de responsabilidad civil de no declarar unilateralmente su responsabilidad y colaborar con la compañía aseguradora<sup>206</sup>.

Algunos estudios apuntan que esta fórmula de explicación y disculpa acompañado de un mecanismo de ofrecimiento rápido de compensación del daño pueden reducir el coste de los gastos judiciales entre cien mil y doscientos mil dólares por caso, aunque es un debate que está precisamente abierto<sup>207</sup>.

Esta fórmula ha sido desarrollada en diferentes Estados y concretamente en Arizona, California, Colorado, Connecticut, Delaware, Georgia, Florida, Hawaii, Idaho, Illinois, Indiana, Iowa, Louisiana, Maine, Maryland, Massachusetts, Missouri, Montana, Nebraska, New Hampshire, Carolina del Norte, Dakota del Norte, Ohio, Oklahoma, Oregon, Carolina del Sur, Dakota del Sur, Tennessee, Texas, Utah, Vermont, Virginia, Washington, West Virginia y Wyoming<sup>208</sup>. Todas estas normas son prácticamente idénticas en su contenido, pudiendo recogerse la regulación de Connecticut como ejemplo de todas ellas: “*In any civil action brought by an alleged victim of an unanticipated outcome of medical care, or in any arbitration proceeding related to such civil action, any and all statements, affirmations, gestures or conduct expressing apology, fault, sympathy, commiseration, condolence, compassion or a general sense of benevolence that are made by a health care provider or an employee of a health care provider to the alleged victim, a relative of the alleged victim or a representative of the alleged victim and that relate to the discomfort, pain, suffering, injury or death of the alleged victim as a result of the unanticipated outcome*”

206 RAPER, S.E., “No role for apology: Remedial work and the problem of medical injury”, *Yale Journal of Health Policy, Law, and Ethics*, vol. XI, núm. 2, año 2011, pp. 296 y 297.

207 HERSCH, J., O’CONNELL, J. y VISCUSI, W.K., “An empirical assessment of early offer reform for medical malpractice”, *The Journal of Legal Studies*, vol. 36, núm. S2, junio 2007, pp. S256. Sin embargo, estos estudios consideran que tal fórmula solo provoca una reducción de los gastos procesales en el caso de daños de pequeño importe económico. Vid. BLACK, B., HYMAN, D.A. y SILVER C., “The effects of “early offers” in medical malpractice cases: Evidence from Texas”, *Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 6, año 2009, pp. 758 y 759.

208 Véase el programa “Sorry Works”. En California, Massachusetts, Florida, Tennessee, Texas y Washington el programa tiene virtualidad para todo tipo de actividad industrial y no solo para la actividad sanitaria. En el resto de Estados se recoge tan solo para daños derivados de responsabilidad médica.

*of medical care shall be inadmissible as evidence of an admission of liability or as evidence of an admission against interest”*<sup>209</sup>.

Los resultados de estos programas parecen muy positivos. Así, ya desde 1987, el Veteran Affairs Hospital de Lexington, en el Estado de Kentucky, implantó un programa de comunicación de errores que ha supuesto una importante reducción de los pagos anuales por reclamaciones de responsabilidad médica. Si la media de coste de la responsabilidad médica alcanza un importe cercano a los cien mil dólares por caso en otros Hospitales de características similares, en el citado se ha reducido a quince mil<sup>210</sup>.

En la Universidad de Michigan que implantó también en los años noventa un programa similar al anterior y se aprecia igualmente una reducción del número de reclamaciones, pasando de ciento treinta y nueve en 1999 a sesenta y una en 2006<sup>211</sup>. Lo mismo ocurre en Illinois en el que se ha conseguido reducir los litigios un cuarenta por ciento<sup>212</sup>.

### 3.10. Evaluación judicial del impacto de la condena (*remittitur standard*)

La figura del *remittitur* es una figura norteamericana que permite al Tribunal moderar la cantidad reconocida como indemnización cuando considere que esta no es proporcional o es extraordinaria o groseramente excesiva (*grossly excessive*). Se trata de una figura que se aplica principalmente a los daños punitivos y en relación a las cuantías reconocidas por los jurados.

En 2002 y 2004 el Estado de Pennsylvania aprobó sendas reformas legales, a través de *The Medical Care Availability and Reduction of Error (MCARE) Act*, en virtud de las cuales los Tribunales estarían facultados para valorar en los casos de responsabilidad médica el impacto de sus decisiones en el acceso de

209 Conn. Gen. Stat. § 52-184d (2005). Vid. HO, B. y LIU, E., “Does sorry work? the impact of Apology Laws on medical malpractice”, *cit.*, p. 6.

210 HELLINGER, F.J. y ENCINOSA, W.E., “Review of the reforms to our medical liability system”, *cit.*, p. 5.

211 BOOTHMAN, R.C. et al., “A better approach to medical malpractice claims? The University of Michigan experience”, *Journal of Health and Life Science Law*, vol. 2, núm. 2, año 2009, p. 143.

212 HELLINGER, F.J. y ENCINOSA, W.E., “Review of the reforms to our medical liability system”, *cit.*, p. 5.

los ciudadanos a los servicios sanitarios<sup>213</sup>. Se trataría de una fórmula que permite, pues, al Tribunal reducir la indemnización si se considera que esta pone en riesgo tal acceso. Véanse, por ejemplo, aquellos casos en los que población únicamente cuente con uno o pocos centros hospitalarios y el importe indemnizatorio reconocido al reclamante ponga en riesgo la continuidad de alguno de los centros afectando a la asistencia sanitaria de la comunidad.

Sin embargo, el 17 de octubre de 2012, el Tribunal Supremo de Pennsylvania dictó una orden por la que revocaba parcialmente la virtualidad de dicha figura en el ámbito de los daños inmateriales<sup>214</sup>. En todo caso, se trata de una figura que ha tenido escasa trascendencia en la práctica judicial<sup>215</sup>.

## IX. CONCLUSIONES

1. La reforma de la responsabilidad médica constituye una asignatura pendiente del sistema legal norteamericano a nivel federal, cuya necesidad se ha visto acrecentada por la reciente reforma del sistema de asistencia sanitaria aprobada por el Congreso a propuesta del Presidente Obama.
2. Esta reforma vendría exigida por las constantes crisis a las que se ve sometido el sector del aseguramiento de la responsabilidad médica, con un incremento notable de las primas del seguro y la ausencia de compañías en régimen de competencia.
3. Se considera, además, que el sistema actual de responsabilidad médica no cumple con su fin principal que no ha de ser otro que compensar

---

213 Vid. 40 Pa. Cons. Stat. Ann. & 1303.515(a) (West Supp. 2003). Vid., también, &1042.72. Los términos literales en los que se expresa la primera de las normas son: “*In any case in which a defendant health care provider challenges a verdict on grounds of excessiveness, the trial court shall, in deciding a motion for remittitur, consider evidence of the impact, if any, upon availability or access to health care in the community if the defendant health care provider is required to satisfy the verdict rendered by the jury*”.

214 Orden núm. 567. Puede accederse a dicha decisión a través de la página web del Tribunal Supremo de Pensilvania, en [www.pacourts.us](http://www.pacourts.us).

215 Se cita un único caso en el que el Tribunal acudió a la figura del remittitur en el ámbito de la responsabilidad médica, *Michele Vogelsberger v Magee-womens Hospital of UPMC Health System and Anthony F. Gentile, MD*, 2006. También, la figura aparece en *Teresa A. Mcmanamon v. Edward L. Washko and Greater*, 2006, aunque en este caso el Tribunal no admitió su aplicación por tratarse de un caso de responsabilidad ajeno al ámbito sanitario (vid., en especial, apartados 53 y 54).

económicamente los daños sufridos por los pacientes. Un alto porcentaje de las cantidades se destinan, no a indemnizaciones, sino a gastos procesales.

4. Un importe sector doctrinal norteamericano, cuyas ideas vienen recientemente apoyadas por gran parte del Partido Demócrata, considera, sin embargo, que la reforma de la responsabilidad médica ha de ir necesariamente orientada a resolver el principal problema que no es otro que el impacto que en el incremento del gasto sanitario tiene la medicina defensiva.
5. Algunos autores sostienen, incluso, criterio que comparten también algunos miembros del Partido Demócrata, que la presunta crisis de la mal praxis no responde a un incremento notable ni de los litigios contra los médicos y demás profesionales sanitarios ni de la cuantía de las indemnizaciones reconocidas a los pacientes y familiares, sino que consideran que dicha crisis la genera el propio sector asegurador que en tiempos de crisis económica prefiere incrementar el precio de las primas al no obtener retornos importantes de las inversiones que realiza con aquéllas. De este modo, la presunta crisis de la mal praxis habrá de resolverse cuando se supere el actual contexto de crisis económica sin necesidad de introducir cambios legislativos o, al menos, éstos habrán de centrarse exclusivamente en la reforma del sector asegurador.
6. La posición de ambos Partidos, aunque coincide en la necesidad de reformar el sistema, es decir, comparte el diagnóstico, no comparte cuáles han de ser los principales elementos de dicha reforma. Incluso, se aprecian discursos absolutamente contradictorios por ambos partidos en relación a algunas cuestiones. Así, si bien el Partido Demócrata ha venido defendiendo la constitucionalidad de la reforma federal del sistema de asistencia sanitaria al no vulnerar el reparto de competencias entre la Federación y los Estados, a la hora de abordar la reforma del sistema de responsabilidad médica mantiene precisamente lo contrario. La misma contradicción apreciamos en el Partido Republicano que no encuentra obstáculos para una reforma federal del sistema de responsabilidad médica al amparo, fundamentalmente, de la cláusula de comercio (*commerce clause*), pero que sí los encuentra respecto de la reforma del sistema de asistencia sanitaria.

7. Se han probado ya varios modelos de reforma a nivel estatal, destacando en los últimos años la experiencia del Estado de Texas que desarrolló una reforma integral del modelo presidida por la limitación de la cuantía de las indemnizaciones.
8. La limitación de las cuantías indemnizatorias parece que es la principal propuesta que pudiera triunfar a nivel federal, aunque cuenta con el problema de que es rechazada, en principio, por el Partido Demócrata que considera que la reforma debería incluir otras propuestas y no precisamente dicha limitación de las indemnizaciones. Para dicho Partido, así como para parte de la doctrina, tal limitación sólo incide en el precio de las primas, por tanto, beneficia a las aseguradoras, sin que tenga efectos directos sobre la calidad de la asistencia o la medicina defensiva. Además, en algunos Estados es harto complicado que pueda tener efectos la limitación por prohibir dicha figura la Constitución estatal o por haberla declarado inconstitucional el correspondiente Tribunal Supremo del Estado.
9. La creación de Tribunales especializados es otra de las propuestas que cuenta con mayor aceptación por parte tanto de los Partidos como de los profesionales y los consumidores. Sin embargo, el Partido Republicano considera que dicha alternativa no debe ser única, sino completarse con otras, tales como la anteriormente mencionada, la limitación de las indemnizaciones.
10. Los países europeos no deberían desatender este debate que se viene planteando al otro lado del Atlántico. Si bien es cierto que tanto el contexto jurídico como el social y sanitario europeo no es equiparable al norteamericano, no es menos cierto que la crisis económica pone en cuestión la sostenibilidad del sistema sanitario. Ello pasa inexorablemente por la adopción de nuevas reformas de las que el sistema de responsabilidad médica necesariamente no puede quedar fuera.

## X. BIBLIOGRAFÍA

• ANDERSON, R.E., “Effective legal reform and the malpractice insurance crisis”, *Yale Journal Of Health Policy, Law, And Ethics*, vol. 1, año 2005, pp. 343 a 456.

- AVRAHAM, R., “Database of State Tort Law Reforms”, *Law and Economics Research Papers No. 184*, The University of Texas, septiembre 2011.
- BAICKER, K. y CHANDRA, A., “Defensive medicine and disappearing doctors?”, *Health and Medicine*, otoño 2005, pp. 24 a 31.
- BAICKER, K., FISHER, E.S. y CHANDRA, A., “Malpractice liability costs and the practice of medicine in the Medicare Program.” *Health Affairs*, vol. 26, num. 3, 2007, pp. 841a 852.
- BAKER, T., *The medical malpractice myth*, University of Chicago Press, Chicago, 2007.
- BAKER, T., “Liability insurance as Tort regulation: six ways that liability insurance shapes Tort Law in action”, *Connecticut Insurance Law Journal*, vol. 12, num. 1, año 2005, pp. 1 a 16.
- BAKER, T., “Health insurance, risk, and responsibility after the Patient Protection and Affordable Care Act”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 159, num. 6, junio 2011, pp. 1577 a 1622.
- BAKER, T., KRITZER, H. y VIDMAR, N., “Jackpot Justice and the American Tort System: Thinking beyond junk science”, *Legal Studies Research Paper Series*, Paper num. 95, William Mitchell College of Law, año 2008.
- BAKER, T. y LYTTON, T.D., “Allowing patients to waive the right to sue for medical malpractice: a response to Thaler and Sunstein”, *Northwestern University Law Review*, vol. 104, num. 1, año 2010, pp. 233 a 252.
- BARRINGER, P.J., “A new prescription for America’s medical liability system”, *Journal of Health Care Law & Policy*, vol. 9, año 2006, pp. 235 a 251.
- BAYER, A.S., “Looking beyond the easy fix and delving into the roots of the real medical malpractice crisis”, *Houston Journal of Health Law & Policy*, vol. 5, año 2004-2005, pp. 111 a 144.
- BEHRENS, M.A., “The constitutional foundation for federal medical liability reform”, *American Tort Reform Association (ATRA)*, mayo 2011.



- BEHRENS, M.A. y SILVERMAN, C., “The constitutional foundation for federal medical liability reform”, *Journal of Health Care Law & Policy*, vol. 15, año 2012, pp. 173 a 195.
- BISHOP, T.F., FEDERMAN, A.D. y KEYHANI, S., “Physicians’ views on defensive medicine: A national survey”, *Archives of Internal Medicine*, vol. 170, num. 12, junio 2010, pp. 1081 a 1083.
- BLACK, B., HYMAN, D.A. y SILVER C., “The effects of “early offers” in medical malpractice cases: Evidence from Texas”, *Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 6, año 2009, pp. 723 a 767.
- BOEHM, G., “Debunking medical malpractice myths: Unraveling the false premises Behind “Tort Reform””, *Yale Journal Of Health Policy, Law, And Ethics*, vol. 1, año 2005, pp. 357 a 370.
- BOOTHMAN, R.C. et al., “A better approach to medical malpractice claims? The University of Michigan experience”, *Journal of Health and Life Science Law*, vol. 2, núm. 2, año 2009, pp. 125 a 139.
- BOVBJERG, R.R., “Beyond Tort Reform: fixing real problems”, *Indiana Health Law Review*, vol. 3, año 2006, pp. 3 a 26.
- BOVBJERG, R.R. y SLOAN, F.A., “No-fault for medical injury: Theory and evidence”, *University of Cincinnati Law Review*, vol. 67, año 1998, pp. 54 a 123.
- BOVBJERG, R.R., MILLER, R.H. y SHAPIRO, D.W., “Paths to reducing medical injury: Professional liability and discipline vs. patient safety - and the need for a third way”, *Journal of Law, Medicine & Ethics*, vol. 29, año 2001, pp. 369 a 380.
- BRENNAN, T.A., et al., “Incidence of adverse events and negligence in hospitalized patients: results of the Harvard Medical Practice Study I”, *New England Journal of Medicine*, vol. 324, año 1991, Volume 324, pp. 370 a 376.
- BUDETTI, P.P. y WATERS, T.M., “Medical Malpractice Law in the United States”, *The Henry J Kaiser Foundation*, mayo 2005.
- CARRIER, E.R. et al, “Physicians’ fears of malpractice lawsuits are not assuaged by Tort reforms”, *Health Affairs*, vol. 29, num. 9, año 2010, pp. 1585 a 1592.
- CHARLES, S.C., “Coping with a medical malpractice suit”, *Western Journal of Medicine*, vol. 174, enero 2001, pp. 55 a 58.
- CHEN, B.K., “Defensive medicine under enterprise insurance: Do physicians practice defensive medicine, and can enterprise insurance mitigate its effect?”, *Preliminary paper*, Stanford University.
- CHOW, E., “Health Courts: An extreme makeover of medical malpractice with potentially fatal complications”, *Yale Journal of Health Policy, Law, and Ethics*, vol. VII, núm. 2, año 2007, pp. 387 a 427.
- CIOFU, C., “The frequency and severity of medical malpractice claims: high risk and low risk specialties”, *Maedica a Journal of Clinical Medicine*, vol. 6, num. 3, 2011, pp. 230 y 231.
- CLINTON, H.R. y OBAMA, B., “Making patient safety the centerpiece of medical liability reform”, *New England Journal of Medicine*, vol. 354, num. 21, mayo 2006, p. 2205 a 2208.
- COHEN, H., “Medical malpractice liability reform: legal issues and Fifty-State survey of caps on punitive damages and noneconomic damages”, *CRS Report for Congress*, enero 2006.
- COHEN, J.R., “Apology and organizations: exploring an example from medical practice”, *Fordham Urban Law Journal*, vol. 27, junio 2000, pp. 1447 a 1482.
- DANZON, P.M., *Frequency and severity of medical malpractice claims*, *Journal of Law and Economics*, vol. 27, num. 1, abril 1984, pp. 115 a 148.
- DEWEES, D.N., TREBILCOCK, M.J. y COYTE, P.C., “The medical malpractice crisis: a comparative empirical perspective”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 54, num. 1, 1991, pp. 217 a 251.
- EDWARDS, C.T., “The impact of a no-fault tort reform on physician decision-making: A look at Virginia’s birth injury program”, *Revista Jurídica*

dica de la Universidad de Puerto Rico, vol. 80, num. 1, año 2010, pp. 285 a 310.

- FRENKEL, M., “Consensual medicine and the therapeutic partnership: Reducing the costs of defensive medicine and litigation”, *The Journal of Medical Practice Management*, num. 25, año 2009, pp. 78 y 79.

- GELLHOM, W., “Medical malpractice litigation (U.S.)-Medical mishap compensation (N.Z.)”, *Cornell Law Review*, vol. 73, año 1988, pp. 170 a 212.

- GREENBERG, M.D. et al., “Is better patient safety associated with less malpractice activity? Evidence from California”, Institute for Civil Justice, Rand Corporation, Santa Monica, 2010.

- GUNNAR, W.P., “Is there an acceptable answer to rising medical malpractice premiums?”, *Annals of Health Law*, vol. 13, año 2004, pp. 465 a 500.

- HALL, M.A., ELLMAN, I.M. y ORENTLICHER, D., *Health care, Law and Ethics*, 3 ed., Nutshell Series, West, St Paul, 2011.

- HELLINGER, F.J. y ENCINOSA, W.E., “Review of the reforms to our medical liability system”, *Agency for Healthcare Research and Quality*, US Department of Health and Human Services, diciembre 2009.

- HERSCH, J., O’CONNELL, J. y VISCUSI, W.K., “An empirical assessment of early offer reform for medical malpractice”, *The Journal of Legal Studies*, vol. 36, num. S2, junio 2007, pp. S231 a S259.

- HO, B. y LIU, E., “Does sorry work? the impact of Apology Laws on medical malpractice”, *Johnson School Research Paper Series 04-2011*, diciembre 2010.

- HUANG, H. y SOLEIMANI, F., “What happened to no-fault? The role of error reporting in Healthcare Reform”, *Houston Journal of Health Law & Policy*, vol. 10, año 2010, pp. 1 a 34.

- HYMAN, D.A. et al., “Estimating the effect of damages caps in medical malpractice cases: evidence from Texas”, *Journal of Legal Analysis*, vol. 1, num. 1, año 2009, pp. 355 a 409.

- JENA, A.B., SEABURY, S, LAKDAWALLA, D. y CHANDRA, A., “Malpractice risk attending to physician specialty”, *The New England Journal of Medicine*, vol. 7, num. 365, agosto 2011, p. 629 a 636.

- JOHNSON, S.H., “Regulating physician behavior: Taking Doctors’ Bad Law claims seriously”, *Saint Louis Law Journal*, vol. 53, año 2009, pp. 973 a 1032.

- JOST, T.S., “Health courts and malpractice claims adjudication through Medicare: Some questions”, *Journal of Health Care Law & Policy*, vol. 9, año 2006, pp. 280 a 290.

- KACHALIA, A y MELLO, M.M., “New directions in medical liability reform”, *The New England Journal of Medicine*, vol. 16, num. 364, abril 2011, pp. 1564 a 1572.

- KACHALIA, A. et al., “Liability claims and costs before and after implementation of a medical error disclosure program”, *Annals of Internal Medicine*, vol. 153, num. 4, año 2010, pp. 213 a 221.

- KANE, K. C., “Medical liability claim frequency: A 2007-2008 snapshot of physicians”, *Policy Research Perspectives*, AMA, Chicago, 2010.

- KAPP, M.B., “Medical error versus malpractice”, *De Paul Journal of Health Care Law*, vol. 1, año 1997, pp. 751 a 772.

- KESSLER, D.P., “The effects of the US malpractice system”: A review of the empirical literature”, *Working Paper*.

- KESSLER, D. Y MCCLELLAN, M., “Do doctors practice defensive medicine?”, *Quarterly Journal of Economics*, vol. 111, num. 2, 1996, pp. 354 a 380.

- KLICK, J. y STRATMANN, T., “Medical malpractice Reform and physicians in high-risk specialties”, *Journal of Legal Studies*, vol. 36, num. 2, junio 2007, pp. S121 a 142.

- LAKDAWALLA, D. N. y SEABURY, S.A., “The welfare effects of medical malpractice liability”, Working Paper w15383, National Bureau of Economic Research, Cambridge, Massachusetts, septiembre 2009.

- LANGEL, S., “Averting medical malpractice lawsuits: effective medicine— or inadequate cure?”, *Health Affairs*, vol. 29, num. 9, 2010, pp. 1565 a 1568.
- LOCALIO, A.R. et al., “Relation between malpractice claims and adverse events due to negligence: Results of the Harvard Medical Malpractice Study”, *New England Journal of Medicine*, vol. 325, num. 4, Julio 1991, pp. 245 a 251.
- MELLO, M.M. et al, “National costs of the medical liability system”, *Health Affairs*, vol. 9, num. 29, septiembre 2010, pp. 1569 a 1577.
- MELLO, M.M. et al., “Who pays for medical errors? An analysis of adverse event costs, the medical liability system, and incentives for patient safety improvement”, *Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 4, num. 4, diciembre 2007, p. 835 a 860.
- MELLO, M.M., KELLY, C.N. y BRENNAN, T.A., “Fostering rational regulation of patient safety”, *Journal of Health Politics, Policy and Law*, vol. 30, num. 3, junio 2005, pp. 375 a 426.
- MELLO, M.M., KELLY, C.N. y BRENNAN, T.A., “The role of medical liability reform in Federal Health Care Reform”, *The New England Journal of Medicine*, vol. 361, num. 1, año 2009, pp. 1 y 2.
- METZLER, I.S. y MEARA, J.G., “Medical liability reform: evidence for legislative and alternative approaches”, *Bulletin of the American College of Surgeons*, vol. 97, num. 1, enero 2012, pp. 6 a 11.
- NATHANSON, M.J., “It’s the economy (and combined ratio), stupid: examining the medical malpractice litigation crisis myth and the factors critical to reform”, *Penn State Law Review*, vol. 108, año 2004.
- NELSON, L.J., “Medical malpractice and alternative dispute resolution”, *American Journal of Trial Advocacy*, vol. 10, año 1986, pp. 345 a 363.
- NELSON, L., SWANSON, A. y BUCKLEY, M., “Lebron v. Gottlieb Memorial Hospital: Capping medical practice reform in Illinois”, *Annals of Health Law*, vol. 20, año 2011, pp. 1 a 13.
- NELSON, L.J., MORRISEY, M.A. y BECKER, D.J., “Medical liability and Health Care Reform”, *Health Matrix*, vol. 21, año 2011, p. 443 a 519.
- NOVACK, D.H. et al., “Physicians’ attitudes toward using deception to resolve difficult ethical problems”, *Journal of the American Medical Association*, vol. 261, num. 20, año 1998, pp. 2980 a 2985.
- PAIK, M. et al., “Will Tort Reform bend the cost curve? Evidence from Texas”, *Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 9, num. 2, junio 2012, pp. 173 a 216.
- PALMISANO, D.J., “Health care in crisis: The need for Medical Liability Reform”, *Yale Journal Of Health Policy, Law, And Ethics*, vol. 1, año 2005, pp. 371 a 384.
- PATTERSON, M., “The medical malpractice crisis: The product of insurance companies and a threat to women’s health”, *Quinnipiac Health Law*, vol. 8, año 2004-2005, pp. 109 a 139.
- PETERS, P.G., “Health Courts?”, *Legal Studies Research Paper Series Research Paper No. 2007-15*, University of Missouri-Columbia.
- PRIEST, G.L., “Punitive damages reform: The case of Alabama”, *Louisiana Law Review*, vol. 56, núm. 4, 1996, pp. 825 a 840.
- RAPER, S.E., “No role for apology: Remedial work and the problem of medical injury”, *Yale Journal of Health Policy, Law, and Ethics*, vol. XI, núm. 2, año 2011, pp. 267 a 330.
- RICHARDS, E.P. y McLEAN, T.R., “Administrative compensation for medical malpractice injuries: Reconciling the brave new world of patient safety and the Torts System”, *Saint Louis University Law Journal*, vol. 49, año 2004-2005, pp. 73 a 104.
- ROBERTI, R.A., “The disappearing provision: Medical Liability Reform vanishes from the Patient Protection and Affordable Care Act despite State Court split”, *Legislation and Policy Brief*, vol. 8, num. 2, año 2012, pp. 145 a 172.
- RODWIN, M.A., “French medical malpractice Law and policy through american eyes: what it reflects about public and private aspects of Ame-

ican Law”, *Legal Studies Research Paper Series Research Paper 11-53*, Suffolk University, noviembre 2011, pp. 101 a 131.

- ROTER, D., “The patient-physician relationship and its implications for malpractice litigation”, *Journal of Health Care Law & Policy*, vol. 9, año 2006, pp. 304 a 314.

- ROTHSTEIN, M.A., “Health Care Reform and medical malpractice claims”, *Journal of Law, Medicine and Ethics*, Conundrums and controversies in mental health and illness, invierno 2010, pp. 871 a 874.

- SAGE, W.M. y HYMAN, D.A., “Do Health Reform and Malpractice Reform fit together?”, *Law and Economics Research Paper No. 203*, University of Texas Law School.

- SCHMITT, R.A., “Tracking State Liability Reforms and their impact on the liability environment”, *Massachusetts College of Emergency Physicians*.

- SCHOENBAUM, S.C. y BOVBJERG, R.R., “Malpractice reform must include steps to prevent medical injury”, *Annals of Internal Medicine*, num. 140, año 2004, pp. 51 a 53.

- SEINER, J.A., “The failure of punitive damages in employment discrimination cases: A call for change”, *William and Mey Law Review*, vol. 50, num. 3, año 2008, pp. 735 a 796.

- SLOAN, F. A. y SHADLE, J.H., “Is there empirical evidence for ‘defensive medicine’? A reassessment”, *Journal of Health Economics*, vol. 28, num. 2, 2009, pp. 481 a 491.

- SLOAN, F.A., WHETTEN-GOLDSTEIN, K. y HICKSON, G.B., “The influence of obstetric no-fault compensation on obstetricians’ practice patterns”, *American Journal of Obstetrics and Gynecology*, vol. 179, num. 3, año 1998, pp. 671 a 676.

- SLOAN, F.A. et al., “No-fault system of compensation for obstetric injury: winners and losers”, *American Journal of Obstetrics and Gynecology*, vol. 91, num. 3, año 1998, pp. 437 a 434.

- SORREL, A.L., “Litigation screening panels on trial: Are they working?”, *American Medical News*, American Medical Association, Chicago, agosto, 2009.

- STRUVE, C.T., “Doctors, the adversary system, and procedural reform in medical liability litigation”, *Fordham Law Review*, vol. 72, año 2004, pp. 943 a 1016.

- STUDDERT, D.M y MELLO, M.M., “When Tort resolutions are “wrong”: Predictors of discordant outcomes in medical malpractice litigation”, *The Journal of Legal Studies*, vol. 36, num. 2, junio 2007, pp. 1 a 39.

- STUDDERT, D.M, MELLO, M.M. y BRENNAN, T.A., “Medical malpractice”, *New England Journal of Medicine*, vol. 3, num. 350, enero 2004, pp. 283 a 292.

- STUDDERT, D.M et al., “Claims, Errors, and Compensation Payments in Medical Malpractice Litigation”, *The Journal of Legal Studies*, vol. 19, num. 354, mayo 2006, pp. 2024 a 2033.

- STUDDERT, D. et al., “Defensive medicine among high-risk specialist physicians in a volatile malpractice environment”, *Journal of American Medical Association JAMA*, 1 de junio 2005, pp. 2609 a 2617.

- STEWART, L.S., “Constitutional requirements for punitive damages”, *The Florida Bar Journal*, marzo 2004, pp. 34 a 38.

- THALER y SUNSTEIN, C., *Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness*, Yale University Press, New Haven, 2008.

- THOMAS, J., “The effect of medical malpractice”, *Annals of Health Law*, vol. 19, Primavera 2010, pp. 306 a 315.

- THOMAS, J.W., ZILLER, E.C. y THAYER, D.A., “Low costs of defensive medicine, small savings from Tort Reform”, *Health Affairs*, vol. 29, num. 9, año 2010, pp. 1578 a 1584.

- THORP, J. et al., “Workplace Engagement and Workers’ Compensation Claims as Predictors for Patient Safety Culture”, *Journal of Patient Safety*, vol. 8, núm. 4, agosto 2012, pp. 194 a 201.

- THORPE, K.E., “The medical malpractice crisis: recent trends and the impact of the State Tort reforms”, *Health Affairs*, 21 de enero 2004, pp. 20 a 30.

- VIDMAR, N., GROSS, F. y ROSE, M., “Jury awards for medical malpractice and post-verdict adjustments of those awards”, *De Paul Law Review*, vol. 48, año 1998, pp. 265 a 300.
- VIDMAR, N. y MACKILLOP, K., “Judicial hellholes: Medical malpractice claims, verdicts and the “doctor exodus” in Illinois”, *Vanderbilt Law Review*, vol. 59, num. 4, año 2006, pp. 1309 a 1342.
- WALTERS, A., “Medical liability reform and the States”, *Bulletin of the American College of Surgeons*, marzo 2010, pp. 29 y 30.
- WEBEL, B., CHU, V.S. y SARATA, A.K., “Medical malpractice: Overview and Legislation in the 112th Congress”, *Congressional Research Service*, 18 de junio de 2012.
- WHEELER, M.E., “The Constitutional case for reforming punitive damages procedures”, *Virginia Law Review*, vol. 69, num. 2, marzo 1983, pp. 269 a 351.
- WITT, J.F., “The long story of the State Constitutions and American Tort Law”, *Rutgers Law Journal*, vol. 36, año 2005, pp. 1159 a 1199.
- ZEILER, K., “Turning from damage caps to information disclosure: An alternative to Tort Reform”, *Yale Journal Of Health Policy, Law, And Ethics*, vol. 1, año 2005, pp. 385 a 398.
- ZEILER, K., “Medical malpractice liability crisis or patient compensation crisis?”, *De Paul Law Review*, vol. 59, año 2010, pp. 675 a 696.
- VV. AA., “Liability for medical malpractice: issues and evidence. A joint economic committee study”, Joint Economic Committee, United States Congress, mayo 2003.
- VV.AA., “Bending the Curve: Person-Centered Health Care Reform: A Framework for Improving Care and Slowing Health Care Cost Growth”, Engelberg Center for Health Care Reform, The Brookings Institution, 2013.
- VV.AA., “Liability limits in Texas fail to curb medical costs”, Public Citizen, diciembre 2009.
- VV.AA., “Limiting Tort Liability for Medical Malpractice”, *Economic and Budget Issue Brief 1*, Congressional Budget Office, 8 de enero de 2004.

