

DERECHO SANITARIO LA TESIS DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

Su aplicación procesal
y unas obligadas
reflexiones



Juan Siso Martín

*Doctor en Derecho Público
Profesor honorario de la Universidad
Rey Juan Carlos
Director Académico del Instituto
Superior de Derecho y Economía
en el Área Big Data de Derecho
Sanitario
Docente en Derecho Sanitario
www.juansiso.es*

Resumen

La pérdida de oportunidad es una tesis invocada ocasionalmente como fundamento de la responsabilidad en muy variados campos de la medicina. El campo más frecuente de invocación de la pérdida de oportunidad es en aquellos casos en los que se omitió una prueba que pudo ser decisiva para evitar el daño, aunque a veces, en su formulación más excesiva, se aplica a aquellos casos en los que, aun teniendo elementos de juicio suficientes para colegir que el daño podía ser inevitable, debió de haberse procurado esa oportunidad al paciente.

Palabras clave: responsabilidad sanitaria; tesis de la oportunidad perdida; relación causal; aplicación procesal; daño moral; *lex artis*; medicina, obstetricia.

Abstract

La pérdid

Palabras clave: resp

Introducción

Cada uno somos hijos de nuestros propios actos, se dice. Existen, sin embargo, numerosas situaciones en las que alguien tiene la probabilidad de obtener una ventaja o evitar una pérdida, pero por hechos provenientes de un tercero, y este último con su conducta hace que esa oportunidad se malogre. En definitiva, su destino estuvo en manos de ese tercero. ¿Será ese tercero responsable, por su conducta activa u omisiva, de la frustración de la esperanza positiva mencionada? Siguiendo este criterio, ¿debería indemnizarse a una de las partes de un proceso judicial que en segunda instancia no tuvo la oportunidad de revocar una decisión adversa porque su abogado no interpuso el respectivo recurso?, ¿o a una persona candidata en un concurso de belleza

que, posicionada para ganarlo, no fue informada de haber quedado entre las semifinalistas y por tal razón no siguió participando?, ¿o la persona injustamente suspendida en un examen de conducir, de cuyo resultado positivo dependía su oportunidad de empleo?, ¿o al oferente de una licitación en un concurso público, que no pudo seguir participando por un infundado rechazo de su propuesta?

En qué consiste esta construcción jurídica

El llamado "caso Perruche" abrió una controvertida teoría, asumida en principio por la Corte Francesa de Casación, que afirmaba la responsabilidad de la Administración Sanitaria por la no detección de malformaciones en un feto. Es criterio

jurisprudencial asentado, desde hace tiempo en España, que el hecho de no haber realizado un barrido integral durante el embarazo puede llevar a la declaración de responsabilidad de la Administración Sanitaria y de su personal por no detectar las malformaciones del feto, si tienen lugar, y haber podido informar a sus progenitores. La clave es que la falta de información genera responsabilidad, sobre todo si esta carencia motiva la imposibilidad de ejercer derechos en la esfera de la autonomía de la voluntad, concretamente el decidir si se interrumpe, o no, el embarazo con un feto bajo esas condiciones. Lo que se arrebató no es la posibilidad de abortar, en definitiva, sino la de decidir si se lleva a cabo o no dicha conducta, que puede, finalmente, no llevarse a cabo por variadas razones morales, creenciales, éticas, antropológicas, sociales, familiares, etc.

El mecanismo ordinario de declaración de responsabilidad sanitaria supone que se produzca un daño y pueda probarse una relación causal entre esta lesión jurídica y la acción u omisión del medio sanitario o de los profesionales integrados en el mismo. El fundamento de la atribución de responsabilidad al medio asistencial, sin embargo, conforme a la tesis que ahora analizamos, reside en que no se le dieron acceso, al paciente, a posibilidades diagnósticas o terapéuticas con cuya concurrencia pudo no haberse producido el daño. No se trata de la constatación del daño y de la relación de causalidad mencionados, sino de no haber puesto en escena ciertas condiciones favorables al paciente. Basta con que pueda determinarse cierta probabilidad de que la intervención asistencial hubiese podido evitar el daño, para que se declare la responsabilidad, aun cuando esa probabilidad no pueda valorarse más que como tal y no como una certeza. Este planteamiento de *la perte d'une chance*, importado de la doctrina francesa, ha supuesto un giro importante en el análisis del siempre complejo asunto de las llamadas negligencias sanitarias. Supone orientar la atención (y la valoración) no a la existencia del daño probado, sino a una mera presunción de hecho de que existieron posibilidades de haberlo evitado y no se utilizaron.

Una visión en los tribunales del complejo escenario de la Obstetricia

Quiero traer a colación, en este sentido, una sentencia del Tribunal Supremo cuyo fallo obligaba a indemnizar a una mujer gestante por un retraso en la práctica de una ecografía, que podría haber detectado la acondroplasia de la que era portador el feto. La condena, de 62.000 euros, se fundamentó, precisamente, en la pérdida de oportunidad de decidir que se le ocasionó a la madre, por la falta de información a tiempo, respecto de la continuidad, o no, del embarazo. Proceso que podría, de haberlo querido así, haber continuado (si era esa su decisión) pero en cuya decisión se le impidió situarse. La causa material directa, en este asunto, fue un error en la apreciación de la ecografía tardía, practicada a

una mujer con obesidad mórbida y deficiente visualización fetal, que no detectó la antes mencionada malformación en el fruto de la gestación ni advirtió, consiguientemente de ello, a la mujer gestante.

En este mismo campo de la Obstetricia, la Audiencia Nacional, había valorado la tesis de la pérdida de oportunidad cuando declaró la responsabilidad por el fallecimiento de una criatura a causa de una *abruptio placentae* grave. Ingresó la mujer en la unidad de urgencias de un centro sanitario a causa de molestias propias de su estado de gestación. Una vez reconocida fue enviada a su domicilio, del que volvió horas más tarde ante la persistencia de las molestias. Fue trasladada a la sala de dilatación y tras el parto el feto nació muerto por la causa antes expresada. El motivo de la condena residió, según la resolución judicial, en el hecho de que no estuvo monitorizada durante la dilatación y, por tanto, no pudo ser detectada la patología que presentaba. Recoge la sentencia que un seguimiento más cercano de la paciente durante el lapso de tiempo indicado, incluso un diagnóstico correcto, no garantizaban la vida del feto, pero es evidente que hubieran situado al feto ante la posibilidad de nacer con vida, al menos en el porcentaje probable manejado por las estadísticas para estas patologías (mortalidad del 50%). Quedó recogido, también, que a la mujer gestante no se le realizaron auscultación, por estetoscopio o ultrasonidos, ni se le hizo palpación alguna, pues tales operaciones no constan documentadas. Declara, la citada Audiencia Nacional, en otro orden de cosas, de esta forma la extrema importancia de registrar documentalmente todas las actuaciones, pues de no hacerse así pueden ser estimadas como no realizadas, con lo cual a la imputación de responsabilidad por pérdida de oportunidad podrían los demandantes añadir un argumentario de praxis deficiente, con la expedita vía que abre este título a la defensa de la parte perjudicada.

Otros testimonios de nuestra jurisprudencia

La concurrencia de esta mera probabilidad de aprovechamiento de la actuación médica, que no se dio y cuya ausencia motiva la condena, es el argumento básico de una sentencia del Tribunal Supremo de España, que analizó el caso de un paciente que tras sufrir una contusión en la región lumbar y ser atendido en un servicio de urgencias, acudió al médico de la mutua que debía atenderle. Comprobaron que, aunque había disminuido el dolor lumbar y el hematoma, el paciente presentaba equimosis en la cara interna del muslo y nalga izquierdos. Ingresó, ese mismo día, en el hospital en donde, ante la inestabilidad del paciente, el médico de urgencias consideró que se estaba produciendo un shock de origen infeccioso, por lo que ordenó el ingreso en UCI doce horas después. El paciente falleció en dicha unidad por fracaso multiorgánico. La condena a la Administración Sanitaria fue por el retraso en ingresar al enfermo en la UCI, puesto

que si bien no había garantía de que un ingreso inmediato garantizase la salud del paciente, sí que aumentaba las posibilidades de protección de aquella, aun contando con escasas probabilidades de supervivencia.

Una matización curiosa de la aplicación de esta teoría fue la efectuada por la Audiencia Provincial de Álava en una sentencia en la que se condenó al medio sanitario por el daño moral que se ocasionó al enfermo a indemnizarle porque, aunque no ha quedado probado que el paciente hubiese podido recibir un tratamiento diferente o que su vida pudiera alargarse con un diagnóstico correcto, lo cierto es que por el hecho de no conocer, en el momento en que acude a la consulta, su verdadera enfermedad causó un trauma psíquico al enfermo y a su familia que confiaron en la opinión y diagnóstico del médico. Se valoró el caso de un paciente que acudió al médico por las molestias que le ocasionaba un lunar en la espalda, que presentó un crecimiento notable y emanaciones ocasionales de sangre. Fue diagnosticado de fibroma péndulo en región dorso-lumbar izquierda y fibromas en el cuello y se le realizó una electrocoagulación de la lesión con buena cicatrización. Dos meses después acudió de nuevo al hospital por presentar bultos en la axila izquierda. La biopsia determinó que se trataba de una metástasis de melanoma epiteloide, procediéndose a su extirpación. El estudio histológico de la zona añadió el diagnóstico de infiltración de melanoma epiteloide amelanótico. Se propuso tratamiento con interferón, que fue desechado al comprobar metástasis vertebrales. El enfermo falleció un mes después. Se condena al medio sanitario por el retraso en la práctica de la biopsia, que hubiera permitido conocer la realidad de la situación. Dicho retraso supuso un quebranto de la *lex artis ad hoc* por no haber agotado todos los medios disponibles para un diagnóstico correcto. La clave es que, aunque con un diagnóstico en esas condiciones no se le hubiera alargado la vida, se causó un daño moral al paciente por no utilizar los medios clínicos necesarios.

Se condenó, en otra ocasión, al Servicio Gallego de Salud al pago de 90.000 euros al esposo de una enferma de cáncer de mama por el retraso diagnóstico de nueve meses que condiciona, según establece el fallo, una importante pérdida de posibilidades de supervivencia motivada por la fatal evolución de su enfermedad. Tras ser detectado un bulto en la mama derecha fue remitida a una unidad de patología mamaria en donde se confirmó la presencia de un nódulo. Solamente se acordaron pruebas consistentes en la ecografía y mamografía, adecuada para un nódulo inferior en tamaño a un centímetro de diámetro, pero insuficientes dado el tamaño de 1'6 centímetros que presentaba. La prueba correcta, conforme declara la citada resolución judicial, hubiera sido una punción-aspiración con una aguja fina para un estudio citológico o biopsia y así determinar con precisión la naturaleza del bultoma. Debe de culminarse, ante la aparición de un signo inespecífico como es el tumor palpable de mama, el protocolo objeto de consenso científico, integrado por

tres pasos sucesivos: exploración clínica, técnica de imagen (mamografía, ecografía), punción aspiración con aguja fina (estudio citológico) y punción aspiración con aguja gruesa (estudio histológico). Debido a la falta de práctica de este test, el nódulo de la paciente progresó de 1'6 a 3'5 centímetros en nueve meses y con ello disminuyeron sus posibilidades de supervivencia. No ordenar estas pruebas privó a la paciente de la oportunidad de aprovechar los beneficios de la asistencia hacia su enfermedad.

En otras ocasiones, sin embargo, conviene apuntar, para concluir este asunto, que se declara la no concurrencia de responsabilidad de la Administración Sanitaria por el fallecimiento de un paciente, sin aplicarse la pérdida de oportunidad. Es el caso de un sujeto atendido en una unidad de urgencias. El fallecido había ingresado en dicho servicio tras presentar un desvanecimiento en la calle muriendo días después a causa de una hemorragia intracraneal, probablemente secundaria a un aneurisma con invasión ventricular. La parte apelante sostuvo que el fallecimiento se produjo por el fallo de diagnóstico y retraso en la obtención de una TAC craneal. El tribunal aceptó la tesis del perito judicial según la cual cualquier actuación sanitaria no hubiera sido capaz de evitar el derrame masivo que ocasionó el óbito del paciente. No se acoge, por tanto, que concurriera en este caso una pérdida de oportunidad, puesto que esta no hubiera concurrido en ningún caso.

Peculiaridades de la perspectiva penal

La tesis de la pérdida de oportunidad había venido aplicándose, desde su introducción en España, en los ámbitos civil y contencioso administrativo, espacios que hemos analizado con anterioridad, pero no en lo penal, hasta que un juzgado de este orden jurisdiccional lo hizo en Valencia. Analizó el caso de un paciente que ingresó en la unidad de urgencias de un centro sanitario, con dolor en el torso y abdomen, rostro pálido y mal aspecto general. Remitido al médico de triaje y examinado el paciente por este, entendió que no concurría urgencia vital y decidió remitirlo a la sala de espera para su posterior consulta con medicina interna.

Media hora después el paciente sufrió un desvanecimiento y falleció por un infarto agudo de miocardio. Entendió el tribunal que no concurría en este caso la imprudencia penal grave, con resultado de muerte, pues no se dio infracción del deber de cuidado. Declaró que el sujeto presentaba un dolor abdominal más dolor torácico, pero sin una clínica sugestiva de urgencia vital, elementos que conducían a interpretar que la actuación del médico de triaje fue correcta. No presentaba dolor precordial opresivo e irradiado al brazo izquierdo, rostro pálido y sudoración, circunstancias que de haber concurrido no hay duda de que determinarían la responsabilidad del acusado, pues ni el menos formado de los médicos permanecería pasivo ante un cuadro como el descrito. Pudo haber actuación negligente, pero no se dio el requisito

indispensable en el ámbito penal cual es la relación causal entre la negligencia y el daño. Sin esta relación la conducta es atípica y, por tanto, queda fuera del espacio penal.

El giro de esta sentencia, respecto de los ámbitos civil y contencioso, es total pues aquí se considera que si no está claro que la conducta del médico hubiera podido evitar el daño producido, y existe una pequeña probabilidad de que se produjese idéntico desenlace, no se condena

Cuál es el fundamento de la responsabilidad

La pérdida de oportunidad es una tesis invocada ocasionalmente como fundamento de la responsabilidad en muy variados campos de la medicina. Se aplica, a veces, en su formulación más excesiva, en aquellos en los que aun teniendo elementos de juicio suficientes para colegir que el daño podía ser inevitable, debió de haberse procurado esa oportunidad al paciente. El campo más frecuente, sin embargo, de invocación de la pérdida de oportunidad es en aquellos casos en los que se omitió una prueba que pudo ser decisiva para evitar el daño, como se ha referido en la jurisprudencia comentada. Es el caso, también, de la condena por la muerte de un paciente que pasa largas horas en la espera de la urgencia de un hospital, con sintomatología de crisis cardíaca, sin que se le practique una prueba rápida, fiable, accesible y económica, como es un electrocardiograma en dicho centro. Podría haber muerto, aun realizada la prueba, pero al no serle practicada no se tomaron decisiones que podían haber sido llevadas a cabo tras aquella. Incluso podía haber fallecido, también, tras las acciones sanitarias subsiguientes a la prueba, pero podía haber aprovechado todo ello y no tuvo esa oportunidad. Puede apreciarse en este ejemplo, perfectamente, el sentido posibilista de esta tesis.

Una reflexión obligada

Acoger esta tesis, por los tribunales, por el Consejo de Estado o por la propia Administración Sanitaria, de darse el caso, puede suponer llegar a indemnizar al paciente por la mera concurrencia de un daño moral, consistente, precisamente, en que pudo haber tenido oportunidades de las que se le ha privado. Es una tesis indudablemente favorable a los pa-

cientes, pero que precisa de una aplicación ponderada, pues roza los límites de una responsabilidad objetiva pura y se encuentra próxima al terreno de las llamadas presunciones de falta, según las cuales se declara responsabilidad sin poderse probar actuación irregular ni nexo causal, pero "dadas las circunstancias y los resultados, debió de producirse alguna irregularidad". Es difícil, muchas veces, fijar el límite cuando se trata de adoptar posturas garantistas para el ciudadano perjudicado por la Administración, Sanitaria en este caso.

Ha habido asuntos, objeto de decisión judicial, como se ha mostrado anteriormente, en los que se ha debido de absolver al medio sanitario en la consideración de que, aun concurrendo una pérdida de oportunidad, la situación era irreversible para el paciente y ninguna actuación sanitaria hubiera variado el resultado. Es fácil aplicar la teoría de la presunción de falta a asuntos como aquellos en los que se aprecie culpa *in vigilando*, pero extenderla con carácter general tiene el evidente riesgo de entrar en la consideración de la medicina como obligación de resultados y eso, salvo en campos asistenciales muy concretos (de medicina satisfactiva, con garantía de resultado, precisamente), no es correcto. La Administración es condenada cuando ocasiona a un ciudadano un daño antijurídico por el funcionamiento del servicio público. Es evidente la concurrencia de responsabilidad por funcionamiento anormal del servicio, pero existe responsabilidad, también, cuando el daño antijurídico se produce en el seno de funcionamiento normal, simplemente por su carácter de antijurídico (sin obligación de soportarlo), aunque no cabe duda de que habrá que encontrar alguna "anomalía" dentro de un servicio normal. Condenar por simple presunción de que se debió dar esa anomalía es peligroso para la seguridad jurídica y convierte a la Administración Sanitaria en una aseguradora "todo riesgo", desnaturalizando su auténtico papel que es el de garante de la salud, en dispensación del cuidados debidos. Distorsiona la responsabilidad de la Administración sanitaria y la delimitación de las responsabilidades de sus profesionales en el ejercicio de la práctica asistencial, sujeta a numerosas variables y en la cual, lejos de trabajarse en condiciones de certeza, se hace muchas veces en el terreno de la probabilidad e incluso de la incertidumbre.