

PRUEBA PERICIAL

José ENRIQUE VÁZQUEZ LÓPEZ

Abogado. Sevilla

"El Derecho riguroso es una especie de injusticia"

Marco Tulio Cicerón. (106 a. C. - 43 a. C.)

DE LA IMPORTANCIA Y TRASCENDENCIA DE LA PRUEBA DE PERITOS EN LOS PROCESOS SOBRE RESPONSABILIDAD SANITARIA. ANÁLISIS DE UN CASO

A estas alturas, a nadie se le escapa el hecho incuestionable de que en los procesos en los que se ha de determinar si ha existido en el supuesto en cuestión algún tipo de responsabilidad sanitaria, resulta imprescindible para quien alega la presunta negligencia o mala praxis, el probar en juicio lo alegado. Por ello, cualquier tipo de argumentación queda vacía de contenido si no viene acompañada y trae bajo el brazo su correspondiente actividad probatoria. Así, este tipo de juicios han sido llamados por los profesionales "juicios de peritos", porque en ellos, la labor del abogado consiste fundamentalmente en exponer lo que ha ocurrido para que luego, a posteriori, el técnico en la materia –el perito, claro– remate el tema e ilustre al Tribunal tirando de saber, experiencia y bibliografía variada sobre el caso en concreto, sin olvidar ni los protocolos ni las estadísticas en supuestos similares. No obstante, y como ya dice el refrán, "siempre hay un roto para un descosido", con lo cual, muchas veces nos encontramos con que las opiniones vertidas en juicio por los peritos, no sólo no coinciden, sino que casi siempre son abiertamente opuestas. Razón de más –dirán Vds.– para que en un juicio de peritos, ni éstos falten, ni el Juzgador niegue la práctica de la prueba pericial por motivo alguno, aunque fuere de peso. En estos casos, más ha de prevalecer el interés de la Justicia que los tecnicismos jurídicos, que si me apuran, únicamente garantizan un proceso justo y con todas las garantías cuando no se pierde el fin de las normas, que no es otro que el de servir a la justicia, y no al revés.

Y dicho lo anterior, pasamos directamente a analizar un caso que ilustra perfectamente lo comentado.

LA SENTENCIA

Es del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, Sección Sexta. Su Ponente es D. Octavio Juan Herrero Pina. La fecha, **30 de Octubre de 2007**. Conoce del asunto mediante recurso de casación interpuesto por la familia de la víctima.

El recurso de casación, se interpone contra la **Sentencia de fecha 22 de enero de 2003** de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, que desestima el recurso interpuesto contra la desestimación presunta por silencio administrativo de la **reclamación efectuada en fecha 12 de abril de 2000 frente al Insalud, por responsabilidad patrimonial de la Administración**, y confirma dicha resolución sin expresa imposición de costas.

¿Cuáles son los antecedentes de hecho del caso? Sin duda, hemos de conocerlos para entender los razonamientos que posteriormente realiza al respecto el Tribunal Supremo, por lo que pasamos a reflejarlos tomándolos de la propia Sentencia de casación.

EL SUPUESTO DE HECHO

Como se ha dicho, los antecedentes los hemos copiado de la propia Sentencia de casación, y ocupan casi todo el fundamento de derecho primero de la misma.

"Mónica, de 34 años de edad, con obesidad mórbida, el día 18 de abril de 1999 se personó en el Servicio de Urgencias del Hospital Universitario de Salamanca, porque -folio 35- "en el día de ayer notó un tirón muscular en pierna derecha, que hoy ha ido aumentando". En la exploración se objetivó contractura muscular en la masa gemelar de la pierna derecha que aumentaba con la flexión dorsal del pie, resultando el resto de la exploración sin hallazgos significativos. Se solicitó radiografía simple de la pierna derecha que no evidenció ninguna patología. Se diagnosticó de contractura muscular masa gemelar derecha. Como tratamiento se prescribió: reposo 3-4 días, calor local, Valium y Voltaren.

El 26 de abril de 1999 -8 días después- la paciente acudió nuevamente al Servicio de Urgencias porque presentaba edema y no cedía el dolor a pesar del tratamiento instaurado -folio 34-. En los antecedentes clínicos se hacía referencia al tratamiento con anticonceptivos, al igual que se reseñó en el informe del día 18. En la exploración clínica se objetiva dolor a la palpación de la masa gemelar y en la espina tibial anterior, dolor a flexión plantar del pie, no presenta calor, enrojecimiento, empastamiento ni cordones venosos, se palpaban los pulsos periféricos y la maniobra de Hoffman negativa. Se diagnosticó de contractura muscular y de tendinitis de los peroneos y como tratamiento se pautó reposo relativo, calor local, seguir con Voltaren, suspender el Valium. Control por su médico de Atención Primaria.

El 29 de abril de 1999, a las 0:10 horas fue llevada por la Cruz Roja al Servicio de Urgencias del Hospital, presentando parada cardiorespiratoria, llega con una vía intravenosa periférica canalizada, ventilando con ambú y mascarilla, sin intubar, con masaje cardíaco y tras haberle puesto Urbasón, varias adrenalinas y atropinas, señalando Cruz Roja que tras la toma de Dolo Voltaren había presentado un cuadro de dificultad respiratoria. Al monitorizarla el ritmo de la paciente era Asistolia. Se iniciaron maniobras de resucitación cardio pulmonar avanzada, se realizó un ECG en el que se evidenció solo una sobrecarga derecha, la paciente volvió a perder pulso siendo su ritmo el de actividad eléctrica sin pulso. Se consultó con Cardiología que practicó una ecocardiografía de urgencia, evidenciando dilatación importante de cavidades derechas con insuficiencia tricuspídea, acinesia del ventrículo derecho sugerente de fracaso derecho agudo por sobrecarga aguda secundaria a embolismo pulmonar. Tras una hora y cuarenta minutos de maniobras de resucitación, la paciente falleció.

Practicada la autopsia por el médico forense, se apreció en los pulmones un trombo de gran dimensión en el hilio pulmonar, entrando por la arteria pulmonar. Como causa de la muerte se estableció: fallo cardiorrespiratorio por "tromboembolismo pulmonar masivo" -folios 49 a 51-."

Hasta aquí, los hechos incontrovertidos.

Con posterioridad, y como consecuencia de la muerte de Mónica, se plantea **reclamación administrativa patrimonial contra el INSALUD**, reclamación que al parecer, se desestima por silencio administrativo, en este caso negativo. Y como la actividad de la administración –inactividad en este caso– ha dejado abierto el caso, se plantea reclamación judicial contra esta resolución presunta, en este caso contra el INSALUD, y también contra la entidad aseguradora MAPFRE INDUSTRIAL, entidad que cubría el riesgo. Ahora pasemos a analizar qué suerte corrió la reclamación en la instancia judicial.

LA PRIMERA SENTENCIA

De la reclamación conoce la **Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional**, y resuelve el asunto mediante **Sentencia desestimatoria de fecha 22 de enero de 2003**, en cuyo fallo se dice literalmente lo siguiente:

“Que desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Procuradora Doña ..., en nombre y representación de D. ... contra la desestimación presunta por silencio administrativo de la reclamación efectuada en fecha 12 de abril de 2000 frente al INSALUD, por responsabilidad patrimonial de la Administración CONFIRMAMOS dicha resolución, sin expresa imposición de costas”.

MOTIVACIÓN DE LA PRIMERA SENTENCIA

¿Qué tuvo en cuenta la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional a la hora de analizar el caso, y cuáles fueron los motivos por los cuales finalmente se desestima la reclamación? Pues para responder a estas lógicas preguntas, nada mejor –de nuevo– que acudir a la propia Sentencia de casación, que nos resuelve la cuestión en el mismo fundamento de derecho primero, texto que para mejor comprensión copiamos literalmente y reza así: (Las negritas y subrayado son nuestros).

*“La Sala de instancia toma en consideración los informes médicos emitidos por los facultativos que atendieron a la paciente los días 18, 26 y 29 de abril de 1999 y el informe de la Inspección médica, efectuando la siguiente valoración: **“A la vista de los términos en que viene planteada la litis, lo relevante es determinar si con los síntomas clínicos que presentaba la paciente y los factores de riesgo predisponente que convergían en ella (su obesidad mórbida y la toma de anticonceptivos orales) debía contemplarse como hipótesis diagnóstica, la trombosis venosa profunda, en cualquiera de las dos ocasiones (18 y 26 de abril de 1999) en que acudió al Servicio de Urgencias del Hospital Clínico Universitario de Salamanca y si en su caso, tenían que haberse llevado a cabo otras pruebas diagnósticas complementarias.***

En la primera exploración y a la vista de los síntomas que refería la paciente “tirón muscular en pierna derecha” y del resultado de la exploración en el que se constató una contractura en pierna, no se pensó en otra patología que no fuera la muscular, lo que sí se hizo en cambio en la segunda de las ocasiones, el 26 de abril de 1999, como informa la Inspección Médica, a la vista del contenido de la exploración realizada. En esta segunda ocasión los dolores no habían cedido a pesar del tratamiento prescrito y además apareció un edema en la pierna, factores que sin duda llevaron a considerar dicha posibilidad

diagnostica a la facultativa que atendió a la paciente, descartándose esa posibilidad entre otras, a la vista del resultado de la exploración clínica realizada.

No se discute por la Inspección Médica la existencia de factores de riesgo predisponente de padecer una enfermedad tromboembólica venosa, como son la obesidad mórbida y la toma de anticonceptivos, pero este riesgo, se califica como bajo al otorgar 2 puntos por el primer concepto y 1 punto por el restante. A ello añade la Inspección otros 2 puntos por un factor de riesgo desencadenante, el reposo de 3-4 días que le fue impuesto a la paciente (según consta en dicho informe, la familia refirió que no estuvo inmovilizada) por lo que se sigue considerando el riesgo -5 puntos- como bajo, lo que viene a servir de base para justificar el diagnóstico realizado en esa segunda ocasión y descartar implícitamente la necesidad de practicar otras pruebas complementarias y de pautar otro tipo de tratamiento.

La Sala no cuenta con conocimientos médicos suficientes para poder determinar si la puntuación establecida por esos factores de riesgo es correcta o no, ni si a la vista de los síntomas clínicos que presentaba la paciente unidos a esos factores de riesgo, y teniendo en cuenta que la mitad, aproximadamente, de los individuos afectados de TVP no presenta ninguno de los síntomas ni signos clásicos: observación de tumefacción, aumento de temperatura local, rubefacción y circulación colateral evidente, estaba aconsejada o no la realización de otras pruebas complementarias, como podía ser una angiografía, que permitieran descartar o confirmar la trombosis venosa profunda.

Lo relevante no es dilucidar si con una angiografía se podía haber diagnosticado dicho padecimiento, sino si estaba indicada la realización de dicha prueba o cualquier otra, o no lo estaba, a la vista de las concretas circunstancias concurrentes. **Para ello, considera la Sala que hubiera sido necesario practicar una prueba pericial médica, que rebatiera las consideraciones efectuadas por la Inspección Médica, correspondiendo a la parte actora la desvirtuación de dichas consideraciones y la acreditación en suma de sus pretensiones, al amparo del artículo 1214 de la LEC de 1881 aquí aplicable.**

La parte recurrente propuso en el escrito de proposición de pruebas una **prueba pericial a realizar por el médico forense Dr. Javier que fue el que realizó la autopsia**. Por resolución de 23 de octubre de 2001, se denegó la admisión de dicha prueba en la forma propuesta, al deberse practicar por el procedimiento de insaculación, concediéndole a la parte actora 3 días para que manifieste si le interesa mediante tal procedimiento y señale la especialidad y objeto, dejando transcurrir dicho plazo sin efectuar alegación alguna, lo que implicaba que no le interesaba la práctica de dicha prueba.

Uno de los puntos objeto de pericia que se señalaba en la prueba a realizar por el médico forense, el 3º, se refería precisamente a **si con base en los datos obrantes en el expediente administrativo y los conocimientos científicos del médico forense, hacían aconsejable haberse practicado o no a Mónica otras pruebas distintas a las realizadas. Éste era el núcleo de la cuestión a dilucidar en este procedimiento, pero como ya hemos dicho, al no efectuarse dicha pericia por las razones expuestas, no se ha acreditado que estuviera aconsejada la realización de otras pruebas complementarias como podía ser la angiografía (se desconoce el riesgo que su práctica podría entrañar) o cualquier otra.**

La prestación sanitaria no genera una obligación de resultado, sino de actividad, por lo que, a la vista de lo más arriba expuesto, procede desestimar la demanda interpuesta."

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Contra la anterior resolución de la Audiencia Nacional, la parte reclamante interpone recurso de casación por dos motivos, el primero de ellos referido a la **denegación de la prueba pericial en su día solicitada**, con existencia por consiguiente de indefensión. En síntesis, se denuncia la infracción del derecho a la utilización de los medios de prueba indicados para la defensa que garantiza el artículo 24 de la Constitución. Ante esto, la Sala del Tribunal Supremo argumenta que el motivo que habilitaría la casación por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales está condicionado por una doble exigencia:

- a) Que se haya solicitado la subsanación en la primera instancia, de existir momento procesal oportuno para ello.
- b) Que se haya producido efectivamente indefensión.

Continúa argumentando el Tribunal que ambos requisitos, se cumplen en el caso examinado, ya que la parte reclamante recurrió en súplica al ver denegada su petición de prueba, con lo cual efectivamente, se produjo indefensión, mayormente porque esa misma denegación de prueba, propició (¿?) la desestimación que posteriormente el Tribunal efectuó en la Sentencia de fecha 22 de enero de 2003, en la que, inexplicablemente, hacía hincapié en que hubiera sido necesario practicar otra prueba pericial médica para llegar al fondo del asunto.

EL FALLO DE LA SENTENCIA DE CASACIÓN

Tal y como era de esperar, el fallo de la Sentencia es del tenor literal siguiente:

“Que estimando el primer motivo de casación invocado, debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación nº 2943/03, interpuesto por la representación procesal de D. ... contra la sentencia de 22 de enero de 2003, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso nº 705/00, y en su virtud: casamos y anulamos la citada sentencia, con reposición de las actuaciones al momento procesal de práctica de la prueba pericial en los extremos propuestos por el recurrente y admitidos por la Sala de instancia, continuando las actuaciones hasta dictarse la sentencia que corresponda. Sin que haya lugar a la expresa condena en costas en la instancia ni respecto de este recurso de casación.”

VARIAS CUESTIONES QUE SE NOS PLANTEAN

A la vista de los hechos, y teniendo en consideración ambas Sentencias, se nos presentan los siguientes interrogantes:

- A) La parte recurrente propone inicialmente como prueba la **pericial del Médico Forense que realizó la autopsia a la víctima**. La Sala deniega esta prueba, argumentando que **los peritos deben nombrarse por insaculación**, concediendo a la parte tres días para que manifieste si le interesa el nombramiento mediante tal procedimiento y en su caso, señale la especialidad del nuevo perito y el objeto de la pericia. Por ello, la pregunta es clara: **¿Siguen siendo los Médicos Forenses los peritos judiciales por excelencia, o actualmente los Tribunales ven la prueba pericial más como una prueba a instancia de parte?**

B) Teniendo en cuenta la fecha en la que ocurren los hechos (La muerte se produce el día 29 de abril de 1999), la fecha de la primera Sentencia (22 de enero de 2003), y la fecha de la segunda Sentencia (30 de octubre de 2007, esto es, más de **OCHO AÑOS DESPUÉS** de ocurrir los hechos), resulta evidente que el asunto no se cerró con esta segunda Sentencia, sino que volvió al punto de la práctica de la prueba pericial, luego la pregunta es clara: ¿es justo que un proceso dure tantísimo tiempo?

No pretendemos como es lógico dar respuesta a ninguna de las dos cuestiones, ya que ello excedería con mucho la humilde pretensión de estas líneas, pero quede de todas formas la reflexión hecha, y que cada cual la dilucide como quiera.

CONCLUSIÓN FINAL

Los requisitos procesales no deben ser tan rígidos que nos impidan obtener Justicia. Si bien es lógico que el proceso se articule en torno a unos principios básicos, sin los cuales las partes estarían desequilibradas con respecto a su posición ante el Juzgador, no resulta de recibo que en un juicio sobre aspectos médicos, se deniegue una prueba que pudiera ser definitiva. Bien es verdad que muchas veces, y como ya se ha dicho, la abundancia de pruebas tampoco garantiza la obtención de la verdad material, habida cuenta la disparidad de criterios que pueden existir respecto a cuestiones médicas, pero al menos, los Tribunales deben no sólo amparar, sino sobre todo garantizar –en su función de defensores del orden público– que la prueba en el proceso de que se trate, y la prueba pericial en concreto, se practique con más largueza que rigor, y con todas las garantías. Y en esto al menos, Cicerón estaría de acuerdo con nosotros. □