

# LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA SANITARIA POR RETRASO EN PRUEBAS DIAGNOSTICAS

AURELIA MARIA ROMERO COLOMA  
ABOGADA

## INTRODUCCION AL TEMA

Hoy en día, uno de los temas, sin duda más polémicos, desde el punto de vista jurídico, viene constituido por la problemática que plantea la responsabilidad de la Administración Pública Sanitaria.

Efectivamente; el carácter marcadamente objetivo que se asigna a este tipo de responsabilidad puede parecer duro en muchos sentidos, pero, al fin y al cabo, no hay que olvidar que la Ciencia de la Medicina, como otras Ciencias, no es exacta, tiene unos riesgos importantes y, en función de ello, los profesionales de esta Ciencia vienen compelidos a actuar siguiendo las líneas y directrices que marca la denominada “Lex artis” y, en cada caso concreto, la “Lex artis ad hoc”.

El artículo 106.2 de nuestra Constitución, así como el artículo 139.1 de la Ley de Régimen Jurídico del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC, en adelante) no limitan el derecho de indemnización a aquellos supuestos de daños causados por el funcionamiento anormal de los servicios públicos, sino que lo extienden, asimismo, a los ocasionados por su funcionamiento normal, por lo que no parece quepa duda que, en nuestro país, hoy por hoy, impera el régimen de responsabilidad extracontractual de tipo objetivo, que no hace más que dar continuidad a una línea única en Europa, iniciada en el año 1.954, cuando se aprobó la Ley de Expropiación Forzosa, y continuada en el año 1.957 con la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (LRJAE, en adelante).

A la hora de delimitar este tipo de responsabilidad de la Administración Pública Sanitaria, cobra, sin duda, especial relieve, nuestra Jurisprudencia, y a una Sentencia dictada por la Sala 4ª de lo Contencioso-Administrativo, de 14 de Mayo de 2.002 muy reciente, como puede comprobarse, voy a referirme, ya que es esclarecedora en lo que respecta a una cuestión que es de las más importantes en esta problemática: El retraso, la demora en efectuar una prueba médica, al objeto de poder establecer, en función de ella, un diagnóstico acertado e instaurar el tratamiento oportuno en orden a la curación o, al menos, al alivio de los síntomas del paciente.

## EL RETRASO EN LAS PRUEBAS MEDICAS Y LA RESPONSABILIDAD POR ESTE RETRASO: EN TORNO A LA SENTENCIA DE 14 DE MAYO DE 2.002

El supuesto de hecho que va a ser objeto de análisis y comentario, a propósito del tema, controvertido, de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública Sanitaria por el retraso, indebido, de una prueba médica, se reconduce a lo siguiente:

PRIMERO. – “Se interpone el presente contencioso contra la desestimación presunta del Ministerio de Sanidad y Consumo de la reclamación de indemnización por importe de 30.000.000 pesetas, en concepto de daños y perjuicios por responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, deducida por don Antonio Sixto G.G., por mal funcionamiento de la asistencia sanitaria que le fue prestada a su hijo Guillermo G.G.” “...”

SEGUNDO. – A los efectos de la litis, resulta relevante introducir la Exposición de los Hechos que recoge el Informe de la Inspección Médica ..., referidos al menor Guillermo G.G. y la niña Clara G.G., hermana del anterior, y que aparecen corroborados por la documental aparecida en el expresado expediente.

Se realiza un examen cronológico de los datos objetivos y presentes en las Historias Clínicas del Centro de Salud "Plaza de Argel" de Cáceres, Hospital "San Pedro de Alcántara" de Cáceres (evolución médica y de enfermería); Hospital "Doce de Octubre" de Madrid, e Informes diversos presentados por los demandantes, todos ellos pertenecientes al niño Guillermo G.G. y la niña Clara G.G.

Se hizo constar que las Hojas Evolutivas correspondientes a la Historia Clínica del Centro de Salud de Guillermo G.G., desde el día 5 de Junio de 1.995 al día 4 de Octubre de 1.995, han desaparecido del original sin el consentimiento de la Pediatra actuante.

Los hechos se recondujeron a lo siguiente: El día 4 de Julio de 1.995, el niño Guillermo G.G. fue atendido en el Centro de Salud, presentando síntomas, como fiebre, vómito con flema, faringe y tímpano derecho algo enrojecidos, resto de la exploración prácticamente normal. Se le prescribieron antitérmicos y se le remitió a su domicilio.

En la Hoja de Evolución consta que su hermana estaba en fase de convalecencia de la varicela, de la que fue diagnosticada el día 22 de Junio del 95.

El día 5 de Julio, el niño Guillermo G.G. fue atendido nuevamente en el Centro de Salud, por la Doctora G.M., que lo derivó al Hospital de San Pedro de Alcántara, en Cáceres, con los siguientes síntomas y datos de exploración: Fiebre de 36 horas de evolución. Vómitos alimenticios con flemas, biliosos, hemáticos en las últimas horas. Regular estado general. Palidez de piel, menor de mucosas. Taquicardia febril. Dudosa rigidez de nuca, aunque impresiona de dolor en adenopatías cervicales. Rinorrea, signo del trago en oído derecho. Faringe y tímpano derecho enrojecido.

Se emitió el siguiente juicio clínico: “Síndrome febril con cuadro catarla y otalgia. Signos meníngeos dudosos. Antecedentes personales: Leoucomalacia periventricular, con encefalopatía en tratamiento de estimulación precoz.”

En el Servicio de Urgencias del Hospital, fue atendido por el Dr. B., el cual confirmó los datos de la Dra. G.M., añadiendo que el niño mantenía la tolerancia general aceptable, conservaba la hidratación, y está algo irritable al explorársele, con tendencia al sueño en cuanto la exploración finaliza, refiriendo su madre que aquella noche no había dormido. El niño presentaba una mancha hiporoma en tórax y otra café con leche en ESD.

Se constató, asimismo, que tenía una dudosa rigidez de nuca, hiperreflexia en EEII al explorar R.O.T. La impresión diagnóstica fue la siguiente: Síndrome febril con estado general regular. Clínica de IVA y dudosa rigidez de nuca. Diagnóstico de base: Síndrome de Sotos.

Se solicitaron las siguientes pruebas complementarias: Radiografía de tórax. Hemocultivo: Hemograma y coagulación. Bioquímica. Sistemático y sedimento de orina. Gasometría.

Una vez ingresado en la planta (habitación 101), el paciente fue atendido por el Dr. Romero, el cual hizo constar, tras sueroterapia y antitérmicos: “Mejor aspecto, buena

perfusión, síndromes meníngeos negativos. No irritable.”

A la vez, con los resultados de las pruebas complementarias, estableció el diagnóstico de: “Neumonía de las bases”. Inició, entonces, tratamiento con Cefuroxima (Curoxima), 450 miligramos cada ocho horas, por vía intravenosa. Ampicilina, 350 miligramos cada seis horas por vía intravenosa. Antitérmicos, analgésicos, sueroterapia, fisioterapia respiratoria. Dieta absoluta.

Según consta en las hojas de Evolución de Enfermería, el niño inició un período afebril, que se extendió desde las 24 horas del día 5 d2 Julio del 95 (temperatura 36,7°, hasta las 13 horas del día 7 de Julio del 95 (temperatura 37,7°). Se constató que el día 6 de Julio del 95 el niño estaba afebril, según consta en las Hojas de Enfermería, sin rigidez de nuca, signo del trago estable, manteniéndose el tratamiento antes mencionado. A las 11,30 horas se inició tolerancia oral, para introducir alimentación por esta vía. Pero al día siguiente se le retiró, por oclusión de esta vía, reiniciándose la fiebre a las 13 horas. En la exploración se observó abundante mucosidad en Cavum bien hidratado Trago más o menos estable. Se retiró la Ampicilina y la fluidoterapia. A las 20 horas, dado el mantenimiento de la tolerancia oral y la evolución, se decidió cambiar de Cefuroxima intramuscular a Cefuroxima (Nivador) oral a dosis 15-30 mlgrs/kg./día, lo que implicaba, dado el peso del pequeño, 200 mlgrs. Cada doce horas.

El día 8 de Julio del 95 (quinto día), se mantenía la fiebre y se localizaron vesículas de EESS compatibles con varicela. La exploración no reveló cambios. Se ordenó aislamiento y se propuso tratamiento domiciliario si persistía la buena evolución. En las Hojas de Enfermería se detectaron vesículas en la parte izquierda del cuello y otra en la parte interna del párpado derecho. Continuó el mismo tratamiento antibiótico.

Al sexto día, la exploración detectaba fiebre alta y buena respuesta a antitérmicos, tos y secreciones cuantiosas. Nuevas lesiones dérmicas. El niño se quejaba del oído. Se cursó consulta a Otorrinolaringología. Control radiológico. Se pautó Aciclovir. Las Hojas de Enfermería apuntan aumento de vesículas en la cara. Secreciones abundantes. Se le dio un baño y la fiebre bajó. Pasó la noche con fiebre alta e intranquilo. Se mantuvo tratamiento antibiótico.

Al séptimo día, se cursan las peticiones del día anterior. Se inició tratamiento con Aciclovir. Se mantiene Nivador, además de antitérmicos, analgésicos, aerosoles, fisioterapia, aumento de vesículas en el cuerpo.

Octavo día: Continúa con fiebre. Come bien. NO signos de sobre infección. Afebril. Bien hidratado. NO rigidez de nuca. Abundante secreción amarillenta descendente desde Cavum. Lesiones dérmicas que afectan fundamentalmente a la cara. Ryos X. Imagen compatible con neumonía derecha. Impresiona de otitis media serosa. Se cambió vía de tratamiento. Aciclovir pomada oftálmica. Resto igual. Hoja de Enfermería: Turno de noche: Pasa afebril hasta las 6 horas, que comienza con hipertermia. Pasa la noche tranquilo.

Al noveno día, la exploración refleja fiebre. Lesiones dérmicas en fase de costra. El resultado de hemocultivo es positivo para pseudomona “X”. Se mantiene el tratamiento y se añade Gentamicina contra la pseudomona y pomada contra lesiones dérmicas. Se solicita nueva Radiografía. Cultivo de esputo. Hemocultivo. Urocultivo. Sistemático de sangre. Inmunoglobulina.

Al décimo día, presenta mejoría en el estado de las lesiones cutáneas, come bien y continúa con secreciones. Se encuentra “molesto”. Resto de exploración sin cambios respecto a las previas.

Se solicitó consulta de Neurología y electroencefalograma. Se mantiene tratamiento antibiótico, aerosoles y antitérmicos. A las 14 horas se le realizó una nueva exploración: Fiebre, hipertonia de eje, tendencia al opistotono. Se realiza punción lumbar y Resonancia Magnética Nuclear para valorar posibles complicaciones meningo-mielitis postvaricela y nuevo control radiológico. Con los resultados, se llega a los diagnósticos siguientes: Persiste zona neumónica en L.I.D. Punción lumbar: patológica, algunos gérmenes compatibles con Haemophilus influenzae. Se inicia tratamiento con Cefotaxina. La Historia Clínica recoge un resumen de la Neuróloga de todo el proceso.

Al día undécimo, continúa con fiebre con dos picos febriles. Come aceptablemente bien. Mucha y continuada secreción orofaríngea. Menor rigidez de nuca. El Servicio de Microbiología confirma infección por Hemophilus I. Tipo B, sensible a Cerotaxina. Se pauta tratamiento.

Se le practica exploración por oftalmólogo e impresiona de paresia VI par.

Al duodécimo día, está afebril, aceptable estado general, irritable, rigidez de nuca sin opistotonos. No tiene vómitos. Sigue con flemas. Reflejos musculares profundos, presentes, bilaterales y asimétricos. Lateralización del cuello a ambos lados espontáneamente. Se solicita nuevo control analítico y hemocultivo. Se realiza nueva punción lumbar. Se retira Aciclovir y se mantiene el resto.

Al decimotercer día se mantiene el tratamiento en sus líneas generales y la fiebre. Se repiten controles analíticos y cultivo de sangre y orina. Se efectúa TAC: área hipodensa bien delimitada con un cuadro de isquemia cerebral, que a veces sucede en meningitis. Atrofia cerebral con dilatación ventricular que habría que comparar con estudios previos.

Al decimocuarto día se observa intensa rigidez de piernas, brazos algo rígidos, automatismo de cuello y brazo izquierdo. Juicio diagnóstico: Crisis convulsiva. Se pauta Valium. Más tarde: Infarto cerebral y haemophilus con varicela.

Se decidió el traslado del niño al Hospital “Doce de Octubre” de Madrid. La asistencia que recibe en este Hospital no es objeto de la reclamación, por lo que hay que referirse a los Informes de Alta de dicho Hospital, con especial atención a las secuelas que presenta el niño en el momento del alta.

El Informe de la Unidad de Cuidados Intensivos Pediátricos del Hospital “Doce de Octubre”, resumidamente, es el siguiente: “Se confirman los diagnósticos del Hospital “San Pedro de Alcántara” de Cáceres y se mantiene el tratamiento antibiótico en dosis y vías de administración, durante catorce días, momento en que se realiza punción lumbar de control. El niño presenta dos nuevos episodios convulsivos. Nivel de conciencia disminuida, con evolución favorable. Espasticidad e hiperreflexia de las cuatro extremidades que ya presentaba el niño de base. No hemiparexia a pesar del infarto cerebral que se ve en el TAC. Parálisis VI que evoluciona favorablemente.

El Informe de Pediatría-Infeciosos amplía el anterior: Febrícula intercurrente. Gammagrafía ósea con TC 90. Captación difusa en calota craneal de difícil interpretación.

Informe de Pediatría-Neurología: Aumento de la espasticidad en cuatro miembros. Electroencefalograma lento y difuso. TAC: Lesión isquémica en territorio de arteria cerebral medio hemisferio izquierdo, sin efecto masa, que sugiera infarto cerebral. Hecho que se constata con R.M.N. Angiografía: Alteraciones vasculares compatibles con angiopatía tipo Moya-Moya, muy severos en hemisferio cerebral izquierdo y discreta en el derecho, que se consideran secundarias a meningitis por H-I a valorar en el futuro.

Este mismo Informe recoge los siguientes antecedentes personales: “Síndrome dismórfico (Síndrome de Sotos) e imágenes radiológicas compatibles con Leucomalacia periventricular que se traducen clínicamente por retraso psicomotor y espasticidad en los cuatro miembros, con buena evolución.

Del resto de la documentación aportada por la parte demandante, se puede destacar lo siguiente: “ a) Valoración de minusvalía del INSERSO de 6 de Mayo de 1.996, del 75%. B) Existe otra valoración de minusvalía (se deduce de la documentación) cuando el niño tenía cinco meses de edad. Desconocemos el grado de minusvalía que se determinó; c) Existen dos valoraciones de fecha: Una de 24 de Abril del 95 y otra de 9 de Octubre, que vienen a demostrar el agravamiento de la patología de base del niño; d) Los Informes – Instituto para el Desarrollo Pre y Postnatal de Zaragoza ASPACE de Cáceres. Vienen a ahondar sobre el agravamiento de la patología presente Universitaria de Navarra, confirman las lesiones y secuelas descritas en el Informe del Hospital “Doce de Octubre”, si bien ponen los hallazgos de la angiografía en relación. Proceso infeccioso. Meningo encefalitis. Accidentes isquémicos, etc.”

El Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia declara que el extenso escrito de demanda mantiene que hubo una asistencia médica deficiente, mala actuación. “Es un hecho evidente que Guillermo presentaba el día de su ingreso, 4 de Julio del 95, los síntomas clásicos de una meningitis, síntomas que se reflejaban en el volante de traslado (“Signos meníngeos dudosos”). El niño estaba febril, con importante afectación del estado general, cefalea, vómitos, rigidez de nuca y sensación de dolor a la palpación. Si la Pediatra remitente señala la dudosa y sospecha de meningitis, por las gravísimas consecuencias de la enfermedad, se necesita por parte de los médicos receptores una actuación urgente de aclaración y diagnóstico de la misma. Es una máxima realizar una punción lumbar ante la más mínima sospecha de una meningitis y esto fue ignorado por completo por los Médicos del Hospital San Pedro de Alcántara. Igualmente, en el Informe Médico de Urgencias, realizado en el momento del ingreso en el Hospital San Pedro de Alcántara, aparecen dichos síntomas y otros: irritabilidad, hiperreflexia en extremidades inferiores y tendencia al sueño cuando se le dejaba de explorar. Este conjunto de síntomas, bien en su conjunto, bien por sí solos, deberían haber hecho a los Médicos decidirse a realizar la prueba de la punción medular. El tratamiento antibiótico no fue tampoco correcto ni adecuado. No se administró al niño corticoides junto a los antibióticos para luchar con la bacteria *Haemophilus influenzae*. Uso abusivo y constante de antitérmicos en el menor. No se realizaron las analíticas, pruebas, controles, etc., pertinentes.”

A la vista de lo expuesto, conviene ya entrar en el análisis del tema que constituye el centro de atención de la problemática que estoy analizando: ¿Se produjo una omisión en el desarrollo de la actuación hospitalaria, omisión que, sin duda, causó un perjuicio o lesión al menor Guillermo? ¿Cómo hay que entrar a valorar y apreciar la omisión en el marco de la responsabilidad patrimonial sanitaria de la Administración? A estas dos cuestiones, determinantes, a mi juicio, de una posible responsabilidad de la Administración Sanitaria en el supuesto que me ocupa, hay que dar una respuesta jurídica.

La lesión de los derechos o intereses jurídicamente protegidos de los ciudadanos puede, en efecto, derivar de cualquier tipo de actividad administrativa – reglamentos, actos administrativos y actividades materiales -. Pero también, lógicamente, la inactividad, jurídica o material, se nos presenta como una modalidad más de las diversas formas en que el comportamiento de la Administración puede causar la lesión del derecho de un particular y ser, en consecuencia, fuente de responsabilidad.

Para que se produzca la lesión del derecho de un particular como consecuencia de la inactividad administrativa, se requiere, en todo caso, la existencia para la Administración de un previo deber jurídico de actuar y que tal deber no sea cumplido por la Administración sin mediar causas de fuerza mayor, según ha puesto de manifiesto un importante sector doctrinal en nuestro país (1). El deber de actuar conecta con el carácter irrenunciable de las competencias administrativas, que implica la obligación jurídica de ejercitarlas cuando se presenta el supuesto de hecho contemplado por las normas que las regulan. Si se produce la omisión de ese deber, y de tal omisión resulta la lesión de un derecho o de un bien jurídico protegido de un ciudadano concreto, o de un grupo de ellos, la Administración deberá reparar la lesión ocasionada, según De la Cruz Ferrer (2).

La Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Marzo de 1.998, en este sentido, declaró que “la jurisprudencia de este Tribunal Supremo ha declarado que el funcionamiento de los servicios públicos puede partir, no solamente de actos positivos que en su ejecución generan la existencia de un daño a terceros, sino también y a la inversa, por el incumplimiento de una obligación de hacer o la omisión de un deber de vigilancia, por mucho que los mismos no sean dolosos y siempre que pueda decirse que la Administración tenía el concreto deber de obrar o comportarse de un modo determinado.”

Hay que plantearse cómo se puede configurar esta tesis con el requisito de la relación o nexo de causalidad que debe existir entre una actuación administrativa y el perjuicio o lesión consiguiente, ya que estoy analizando, precisamente, el supuesto de “no actuación”. Hay que entender que la causalidad, como categoría del ser, requiere una fuerza real de energía que sea capaz de conllevar un despliegue de fuerzas y ello falta precisamente en la omisión, según Jescheck sostuvo en la doctrina alemana (3). Ello no supone ni significa, de ningún modo, que una omisión administrativa no pueda generar responsabilidad extracontractual del omitente. Pero ello será una cuestión no de causalidad, sino de imputación. Existirá imputación del resultado cuando el omitente tuviera el deber jurídico de evitar el resultado lesivo, poseyendo la acción debida omitida capacidad para evitarlo. En el momento de comprobar la capacidad evitadora de la acción omitida, se examina si existe relación de causalidad entre la acción omitida y el resultado producido. Pero, en todo caso, no es una relación de causalidad entre la omisión y el resultado, sino entre la acción no realizada y el resultado. Además, es una causalidad meramente hipotética, entre una acción imaginada que no ha llegado a producirse y un resultado efectivamente acontecido. Los problemas fundamentales que se plantean, en sede de omisión, que son problemas de imputación, son la determinación de cuándo existe el deber jurídico de evitar el resultado (en definitiva, la determinación de cuándo se encuentra la Administración en posición de garante de la víctima) y la concreción del grado de capacidad evitadora del resultado que se exige a la acción omitida, partiendo de valoraciones normativas, para imputar el resultado a la omisión.

Los elementos que caracterizan la omisión administrativa generadora de la responsabilidad patrimonial son: La existencia de un deber de actuar, la omisión por parte de la Administración de aquel deber y, finalmente, que la actividad debida sea materialmente posible.

Siguiendo la línea doctrinal de Francisco Javier de Ahumada Ramos (4), por lo que respecta a la existencia de un deber de actuar y, en relación con la responsabilidad por omisión, debe tenerse siempre presente que la existencia de un deber de actuar constituye un presupuesto necesario de la responsabilidad patrimonial administrativa. La Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Marzo de 1.993 declaró que “en los casos de meras inactividades de la Administración acaso sólo permita concluir que ni el puro deber abstracto de cumplir ciertos fines es suficiente para generar su responsabilidad cuando el proceso causal de los daños haya sido generado por un tercero, ni siempre la concurrencia de la actuación de éste exime de responsabilidad a la Administración cuando el deber abstracto de actuación se ha concretado e individualizado en un caso determinado.”

Según Martín Rebollo (5), debería ser el legislador quien, en la medida de lo posible, fije pautas, criterios, reglas, principios orientadores, parámetros de calidad o de frecuencia que, en caso de incumplimiento, omisión o tardanza – retraso - , y supuesta le existencia de lesión, pudieran constituir un punto de referencia para los Tribunales y, en todo caso, un punto de referencia que sería el criterio del legislador y no el subjetivo de cada Juez, a la hora de determinar, allí donde sea posible, si hubo o no retraso, omisión o mala actuación administrativa.

Al hilo de la Sentencia analizada, de 14 de Mayo de 2.002, su Fundamento Jurídico Cuarto declaró que “hallándonos ante un supuesto de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, conviene recordar como, dentro del principio general de responsabilidad de los poderes públicos recogido en el Título Preliminar de la Constitución, artículo 9.3 in fine, la responsabilidad del Poder Ejecutivo se concreta en el artículo 106.2 de la Constitución, al disponer que “los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea

consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.”

La remisión legal viene ahora cubierta por la Ley 30/1.992, de 20 de Noviembre, que en los dos primeros apartados de su artículo 139 establece que “los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.”

“La Jurisprudencia ha precisado que, para apreciar la existencia de esta responsabilidad, son precisos los siguientes requisitos: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupos de personas, b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal, c) Ausencia de fuerza mayor y d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño por su propia conducta.

A lo expuesto, cabe añadir, como viene significando esta Sala, la consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo ( y que resulta también de la doctrina del Consejo de Estado), según la cual, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión (que conduciría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la *Lex artis* como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la Ciencia ni a la administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente. Así pues, sólo en el caso de que se produzca una infracción de dicha *Lex artis* responde la Administración de los daños causados; en caso contrario, dichos perjuicios no son imputables a la Administración y no tendrían la consideración de antijurídicos por lo que deberán ser soportados por el perjudicado.”

El Fundamento Jurídico Cuarto de la Sentencia objeto de estudio se refiere a la “*Lex artis*”. ¿Cómo puede definirse la *Lex artis*? En un sentido literal, estrictamente, *Lex artis* quiere decir Ley del arte. Pero, en un sentido más amplio, al que ineludiblemente hay que hacer referencia ahora, significa aquel conjunto de reglas y preceptos útiles para hacer bien una cosa o para practicar una Ciencia. En la problemática, objeto de análisis, la Ciencia de la Medicina o Ciencia Médica, que no es exacta, como ya sabemos, sino que está sometida a probabilidades, riesgos e incertidumbres, como en otro momento tuve ocasión de exponer (6). Naturalmente, cada profesión, arte u oficio tiene sus propias reglas, es decir, su propia *Lex artis*, si bien el común denominador de todas las profesiones, artes y oficios es, precisamente, el hacer bien las cosas, con diligencia, pericia y técnica.

Luis Martínez Calcerrada hace una valoración, o más bien una definición, lo que ya tiene su mérito, de la *Lex artis*, afirmando que es el criterio valorativo de la concreción del correcto acto médico ejecutado por el profesional de la Medicina, que es una Ciencia o Arte, que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del acto y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos, como son el estado e intervención del paciente, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida, derivando de ello tanto el acervo de exigencias o requisitos de legitimación o actuación lícita, de la correspondiente eficacia de los servicios prestados y, en particular, de la posible responsabilidad de su autor, el Médico, por el resultado de su intervención o actos médicos ejecutados (7).

El concepto de Lex artis se ha venido manteniendo a lo largo del tiempo con algunas variaciones o modificaciones terminológicas, que no han hecho variar su núcleo esencial. Este núcleo esencial viene constituido por el requisito, enunciado por Hipócrates, de que el estudiante que se iba a formar en Medicina se reuniera alrededor de un Médico instructor, práctico y teórico, llevando previamente adquiridos importantes conocimientos de Gramática, Matemáticas y Astrología, entre otras Ciencias. La Medicina Hipocrática, por tanto, requería, para hacer bien las cosas, dos circunstancias o factores: Seguir a un maestro teórico-práctico y poseer conocimientos de otras Ciencias.

La Lex artis también puede ser definida como un conjunto de contenidos de carácter ético y técnico-científico que son de aplicación necesaria en el ámbito de la actividad profesional y que se despliegan de forma particular en cada caso concreto.

Tal como exponía Angel Pelayo González-Torres (8), pese a no adecuarse a la estructura tradicional de las normas jurídicas, motivado este hecho porque estamos ante un estándar jurídico, que permite la adaptación a los cambios técnicos, científicos y de la ética social y, por supuesto, al caso clínico concreto y a las peculiaridades que cada paciente presenta – en este sentido, convendría no olvidar que no hay enfermedades, sino enfermos, pues cada persona tiene su propia idiosincrasia -, la Lex artis tiene un carácter obligatorio, que se deriva del hecho de formar parte del contenido ineludible del contrato, tal como resulta de la aplicación del Código Civil que, en su artículo 1.255, establece la libertad de pactos siempre que éstos no sean contrarios a la Ley, la Moral y el orden público, y el artículo 1.258 del citado corpus legal, en virtud del cual los contratos obligan, además de a lo pactado expresamente, a las consecuencias que, según su naturaleza, sean conforme a la buena fe, los usos y la Ley. Obviamente, la infracción de estos preceptos va a generar la consiguiente responsabilidad ante los Tribunales de Justicia, como puso de relieve con agudeza Orozco Pardo (9).

Una concreción de la Lex artis es el de la Lex artis ad hoc, que puede ser definida como la forma particular que tiene el facultativo de tratar un caso clínico concreto. Es decir, la Lex artis ad hoc viene referida al Médico en relación con un paciente determinado y concreto, que, como ya he analizado anteriormente, es distinto a los demás pacientes, y que ha de ser tratado por el facultativo en función de la sintomatología que presenta y de acuerdo con las peculiaridades y características que se dan en ese paciente determinado. Como expresaba gráficamente Martínez Calcerrada (10), la Lex artis ad hoc la constituye la aplicación de las reglas y normas de actuación en Medicina a un paciente concreto y determinado. Es, por tanto, la personalización de cada acto médico. Según este último autor, “cada acto médico, una Lex”.

En nuestro país, la Jurisprudencia ha tratado este tema, refiriéndose con bastante frecuencia a la Lex artis. Así, por citar una Sentencia ya antigua, de 8 de Octubre de 1.963: “...lo que se incrimina y da origen a la responsabilidad criminal médica no son los errores de diagnóstico, ni aun la falta extraordinaria de pericia en el desempeño de las actividades quirúrgicas, al no ser exigible en éste ni en ningún aspecto de la vida social la infalibilidad, sino que la culpa estriba en un comportamiento inadecuado a determinadas exigencias y medios...”

Otra Sentencia, algo más moderna esta vez, de 26 de Junio de 1.980, declaró que “...la responsabilidad médica, que cuenta en la historia con antiguos y destacados supuestos que han llegado hasta nuestros días, ha de ser, en principio, proclamada cuando en el tratamiento médico o quirúrgico se incida en conductas descuidadas que, olvidando la Lex artis, provoquen resultados lesivos...”



Alude ya esta Sentencia a la noción de perjuicio, de lesión de un bien o derecho, en el supuesto que me ocupa del derecho a la salud, entendiendo este derecho, desde el punto de vista médico, como el estado normal de las funciones orgánicas e intelectuales, según el Diccionario Terminológico de Ciencias Médicas (11),, entendiendo “lo normal” como “aquello que se halla en su natural estado”, y por “natural” “lo que pertenece a la naturaleza o conforme a la calidad o propiedad de las cosas,” o “lo que se produce por solas las fuerzas de la naturaleza”.

Por su parte, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua proyecta la salud como “el estado en el que el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones”. La Constitución de la Organización Mundial de la Salud, en su preámbulo, la define como “la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.”

El derecho a la salud forma parte de los derechos sociales fundamentales (Derechos Humanos) recogidos en el Catálogo del Título I de la Constitución, lo que significa, a juicio de José María Martínez Val (12), que es un derecho humano, como manifestación de la categoría de facultades inherentes a la persona, que preexiste al Estado, pero sin cuya acción de positivación no son exigibles; es un derecho fundamental, al estar integrado en el Ordenamiento Jurídico de gran cantidad de Estados; es un derecho social, porque así se le ha concebido y madurado, formando parte del repertorio de derechos que nacen con la Constitución francesa de 1.793 y se amplían y desarrollan a lo largo del Siglo XIX, con las luchas reivindicatorias de las masas trabajadoras y, en el Siglo XX, con la aparición del Estado del Bienestar en el bloque occidental.

El Código de Ética y Deontología Médica de la OMC, de 1.990, no se refiere expresamente a la Lex artis, pero sí recoge una serie de preceptos y normas que, es indudable, intentan recoger el espíritu que ha de presidir la profesión médica: “La profesión médica está al servicio del hombre y de la sociedad. En consecuencia, respetar la dignidad de la persona y el cuidado de la salud del individuo y de la comunidad son los deberes primordiales del Médico.” (artículo 4)

El artículo 21, de una manera más explícita, declara que “todos los pacientes tienen derecho a una atención médica de calidad científica y humana. El Médico tiene la responsabilidad de prestarlo, cualquiera que sea la modalidad de su práctica profesional, comprometiéndose a emplear los recursos de la Ciencia Médica de manera adecuada a su paciente, según el arte médico del momento y las posibilidades a su alcance.”

En oposición a la Lex artis, cabe hablar de la denominada mal praxis, que, a la vista de la Sentencia que estoy analizando, constituyó la actuación que cabía reprochar a la Administración sanitaria y, en concreto, al Hospital que atendió a Guillermo. Efectivamente; si la Lex artis supone hacer bien las cosas en el ámbito de la Ciencia Médica, la mal praxis, en contrapartida, significa o supone no cumplir adecuadamente con las reglas y preceptos destinados a curar o, en otro caso, aliviar al paciente de sus síntomas y sufrimientos.

Algún autor, como Jorret (13), ha expresado que “desde el punto de vista jurídico, se entiende que ha existido negligencia profesional y, por lo tanto, deben pedirse responsabilidades, cuando el acto médico ha sido realizado bajo el concepto de mal praxis. Este término se refiere a aquellas circunstancias en las que los resultados del tratamiento han originado un perjuicio al enfermo, siempre y cuando estos resultados sean diferentes de los que hubieran conseguido la mayoría de los profesionales en las mismas circunstancias.”

En definitiva, la mal praxis significa no hacer bien las cosas, desviarse del buen hacer,

apartarse del camino que podría llevar a la curación o al alivio del paciente.

Por lo que respecta a la Sentencia que está siendo objeto de análisis y comentario, hay que pasar al Fundamento de Derecho Quinto de la misma, en el que se examinan los requisitos exigidos para dar lugar a la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Como la existencia del daño producido al menor Guillermo no ofrece dudas de ningún tipo, se entra a considerar si esos daños fueron producidos, en relación de causalidad, con la actividad, deficiente, de los Médicos del Hospital que le atendió. A este respecto, “el informe de la Inspección Médica sobre la asistencia prestada al menor, parte de los hechos que aparecen transcritos en el Fundamento segundo, y sobre ellos efectúa conclusión y propuesta (...), a cuyo texto nos remitimos, que concluye con el siguiente párrafo: Por lo que nos inclinamos porque el agravamiento de las lesiones neurológicas son debidas a la agresividad de la enfermedad sobre los tejidos cerebrales, en un niño con la patología base señalada, y no debida a la asistencia recibida, que reiteramos, fue la correcta.

La parte actora introduce múltiples cuestiones en su demanda, siempre partiendo de la idea de que la punción lumbar nada más acudir al centro asistencial era necesaria, entre estas cuestiones dedica atención a la cuestión de la disponibilidad de la historia clínica y que ésta debe formar parte del expediente administrativo. Pues bien; del contenido del expediente administrativo y documentos obrantes en autos se llega a la conclusión que obran todos los documentos relevantes, y la omisión de alguno de ellos no ha supuesto indefensión alguna, en cuanto a la finalidad de este proceso y la pretensión que en el mismo se sustancia.”

A mi juicio, el Informe que realizó la Inspección Médica en relación a este supuesto es incompleto, pues alude solamente a las lesiones neurológicas que el paciente presenta en la actualidad, olvidando que estas lesiones son, en realidad, secuelas no de la enfermedad en sí que el niño padecía, sino del retraso, manifiesto, en practicarle una prueba de punción lumbar, para, de este modo, averiguar cuál era la enfermedad que sufría. La agresividad de la enfermedad a la que hace referencia dicho Informe no viene más que a constatar, desde mi punto de vista, la necesidad, urgente, que el niño presentaba de ser diagnosticado e instaurar el oportuno tratamiento. Pero esto no se hizo así y, de ahí, las secuelas.

El Fundamento de Derecho Sexto entra ya a apreciar si se produjo un recto funcionamiento del servicio, tal como postula el Informe del INSALUD. Propuesta prueba pericial, se practican efectivamente dos periciales: “La primera, practicada por D<sup>a</sup> María Cruz Frades Herrero, Doctora en Medicina y Cirugía y Especialista en Microbiología Clínica, da respuesta a veinticinco cuestiones que plantea la parte actora, muchas de ellas de carácter teórico, de modo que conocemos la actuación que considera conveniente para un niño que presenta fiebre persistente y signos meníngeos, que para el caso de presentar signos meníngeos claros procede la punción lumbar para examinar los microorganismos aislados del líquido cefalorraquídeo, que esta punción, si hay sospecha, debe hacerse inmediatamente, rapidez en el resultado. Indica el perito las pruebas que le hicieron al niño cuando, al entrar en Urgencias y después en la Planta del Hospital San Pedro de Alcántara. Facilita tratamientos para el Haemophilus Influenzae, varicela y meningitis. En cuanto a las meningitis, facilita el dato estadístico que tienen un 8% de mortandad y hasta un 50% de secuelas neurológicas y psíquicas a pesar de la instauración del tratamiento.

En la pregunta 23<sup>a</sup>, responde que la elección de un antibiótico según el resultado del antibiograma, además de por la sensibilidad, se realiza en función de la patología a tratar, que todos los antibióticos no llegan o no se concentran por igual en los diferentes órganos y tejidos y que por esto, infecciones producidas por el mismo microorganismo en diferentes lugares del cuerpo se tratan con diferentes antibióticos, por ejemplo, diferentes cuadros producidos por Haemophilus Influenzae se deben tratar con diferentes antibióticos: (...) c) meningitis: Cefotaxima, ya que con las meninges inflamadas atraviesa bien la barrera

hematoencefálica y alcanza concentraciones terapéuticas en LCR.

La última cuestión planteada a la Perito, es la 24ª del siguiente tenor literal: Que el perito a la vista de la Historia Clínica del Hospital San Pedro de Alcántara indique o dictamine si cree que realmente el niño tuvo varicela, neumonía o cuadro infeccioso de ORL. En el momento del ingreso o posteriormente ya ingresado, o ninguna de ella, razonando la respuesta. La llegada de los microorganismos al Sistema Nervioso Central supone el fracaso defensivo sucesivo de varias barreras defensivas en el organismo: a) Infección local: Proceso catarral de vías respiratorias altas y bajas. Cuando falla el control local, se pasa al siguiente punto. B) Bacteriemia: Paso de los microorganismo a sangre. C) Septicemia tras fracaso de las defensas generales. D) Meningitis tras el fracaso de la barrera hematoencefálica. E) Lesiones tromboembólicas. Como podemos observar, esta sucesión que se produce en toda meningitis se puede seguir claramente en el caso de Guillermo G (...) La varicela se diagnostica habitualmente por la sintomatología del paciente y la forma de las vesículas.. También se pueden realizar pruebas virológicas del líquido vesicular, detección de antígenos y pruebas serológicas, pero no es habitual. La neumonía se diagnostica con una placa de tórax y la etiología se descubre realizando hemocultivos, cultivos de esputo y determinaciones serológicas. En cuanto al proceso infeccioso de ORL, tenemos el informe del especialista que diagnosticó una otitis media serosa. Esta patología está en relación y es la consecuencia de los frecuentes procesos catarrales de vías altas que el niño venía padeciendo y que están recogidos en la historia del Pediatra de su Centro de Salud. La última parte de la pregunta está contestada en la pregunta anterior.

En la ratificación, la perito da respuesta a las cuestiones que suscita la actora, y así respecto a si el diagnóstico precoz hubiese mejorado el pronóstico, tras responder que está contestado en el informe, aclara que ignora si en ese caso podría haber sanado.

Indica que la meningitis es secundaria, que no se instaura directamente, sino que hay cuadros previos catarrales, etc. Y en este caso tenía neumonía y varicela y se sospechaba la meningitis y una punción inmediata hubiera diagnosticado o descartado la meningitis. Respecto a aclarar si el cuadro abigarrado de neumonía, varicela, que menoscaba las defensas es inmediato en el tiempo o requiere días de evolución, la respuesta es que requiere días de evolución, y si se hubiese hecho la punción hubiera dado resultado positivo o negativo según se hubiera instaurado la meningitis.”

A la vista de lo expuesto, parece evidente que la omisión de la prueba de punción lumbar fue trascendental en orden a las secuelas posteriores que el niño sufrió. En este sentido, hay que poner de manifiesto que la responsabilidad surgida por la omisión en la Administración sanitaria de una obligación determinada, en este supuesto, la realización de la punción lumbar, que no se llevó a efecto en su momento oportuno, es decir, cuando existían sospechas de que el niño padeciera una meningitis, tiene lugar cuando se produce una verdadera omisión que lesione efectivamente los bienes o derechos jurídicamente protegidos de los ciudadanos. No cabe duda que el derecho a la salud es no sólo un bien, sino un derecho fundamental, esencial, yo diría que el más importante del que podemos gozar los seres humanos. Este incumplimiento, tal como ha destacado Ahumada Ramos (14), puede deberse tanto a la radical pasividad de la Administración, que constituye omisión absoluta, como al carácter deficiente o insuficiente del obrar administrativo, que constituye omisión relativa.

El Dictamen que fue emitido por la Perito Doña María Luisa Pallares de Morenas, especialista en Pediatría, mantuvo la sospecha de meningitis a la llegada del niño al Hospital, que se hizo constar “neurológico: dudosa rigidez de nuca”, pronunciándose sobre la conveniencia de efectuar la punción lumbar y sobre su práctica. El *Haemophilus* es agente frecuente de la meningitis bacteriana en los niños. La neumonía causa por el germen *haemophilus* puede derivar en meningitis o puede afectar las meninges si no es debidamente tratada. Todas las neumonías pueden causar signos meníngeos, por lo que sin

la punción lumbar no se podía descartar la presencia de una infección meníngea. Cabe la confusión entre neumonía y varicela., y entre una neumonía y una meningitis. La Perito admitió la hipótesis de que el menor tuviera, a su ingreso, un cuadro respiratorio junto a una posible meningitis, así como que estaba en el período de incubación de una varicela que había comenzado el 8 de Julio del 95.

Sobre la posibilidad de que la neumonía desapareciera totalmente el 7 de Julio del 95 y que, más tarde, el 11 de Julio, el niño presentase una nueva neumonía causada por haemophilus responde a lo siguiente: 1) Foco infeccioso de vías altas por haemophilus que provoca una rinitis y otitis durante 2 o 3 días. 2) Extensión de la infección a la sangre y resto de órganos con afectación pulmonar y meníngea. Se corresponde con una segunda visita efectuada al Centro de Salud; 3) Administración de antibióticos por vía intravenosa, al ingresar en el Hospital, que mejora la diseminación y crecimiento bacteriano a nivel pulmonar (mejoran las imágenes radiológicas) y sólo atenúan los síntomas meníngeos al ser una dosis insuficiente. Baja la fiebre y disminuyen los vómitos durante las 36 horas que se le administran, días 5 y 6 de Julio; 4) Disminución de los niveles de antibiótico en sangre al pasar a una vía oral, que condiciona un empeoramiento total del estado del niño, con fiebre elevada continua y decaimiento progresivo desde la noche del 7 al 8 de Julio, hasta que se inicia el tratamiento de la meningitis el 13 de Julio. En medio de este proceso patológico aparece una varicela, que aumenta la sintomatología y entorpece el diagnóstico correcto. La Perito consideró que existían datos contradictorios respecto a la existencia de signos meníngeos.

En el acto de ratificación, se pronunció sobre la obligatoriedad de realizar pruebas diagnósticas de meningitis, estimando que hubo mala praxis médica porque no se llevó a cabo la punción lumbar.

Se practicó prueba testifical de D. José Antonio García Andrade, a solicitud del Abogado del Estado, manifestando que el informe que obra en el expediente está hecho por él. En el informe, indica que el niño llegó, el 5 de Julio, al Hospital, que se recogió “signos meníngeos dudosos”, descartándose este síndrome meníngeo. La fiebre remitió el 7 de Julio, coincidiendo con la aparición de lesiones vesiculares, estableciéndose el diagnóstico de varicela, y que su hermana la había padecido días antes. Hasta el 13 de Julio prosigue la ausencia de signos meníngeos y, ante la sospecha de meningitis postvaricela, se realiza punción lumbar, confirmándose el diagnóstico clínico, por lo que el tratamiento se modifica ante esta nueva situación.

El Fundamento de Derecho Octavo de esta Sentencia recoge que “significa que ingresado el niño en el Hospital procedente del Centro de Salud con una valoración en la que se recoge, entre otra sintomatología poco específica, la existencia de signos meníngeos dudosos, varios especialistas consideran, tras sucesivas exploraciones y pruebas diagnósticas, que no existe sintomatología meníngea en la primera semana de hospitalización. Que las exploraciones eran negativas durante esta primera semana en cuanto a meningitis, y que la evolución del niño estaba más en relación con los diagnósticos establecidos en neumonía o varicela, después, que con un cuadro de meningitis. Como causas de las secuelas neurológicas del niño las sitúa en la gravedad del proceso sufrido y en el propio estado patológico cerebral del niño. Indica que antes del ingreso presentaba una encefalopatía en la que se obtenía un síndrome de Sotos (gigantismo y retraso mental), y describe la enfermedad de Moya-Moya. Se pronuncia por la corrección de la asistencia prestada por los diversos facultativos en los diversos centros sanitarios.

En el testimonio prestado, a instancia del Abogado del estado, insiste que cuando el niño ingresó en el hospital no tenía síntomas meníngeos, y por tanto no se le hicieron pruebas sobre ese extremo. Sobre las pruebas en las que se basó el diagnóstico de neumonía, que no

se precisan pruebas específicas sino sólo auscultación y percusión. Respecto a si el niño tenía un Síndrome de Sotos en franca recuperación, responde que sí.”

El Fundamento Jurídico Noveno hay que transcribirlo en su totalidad, pues contiene el núcleo base en el que hay que asentar la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria: “La Sala, tras examinar el expediente administrativo y valorar los informes obrantes en el expediente administrativo y periciales practicadas, considera que, a la llegada al Hospital, el niño es atendido adecuadamente, que no se minusvalora la posibilidad de que exista una meningitis, así se ordena vigilar petequias y en los días sucesivos se pondera la existencia de signos negativos. También se estima que la posposición de practicar la punción, intentado evitarla – prueba que no es inocua, y así la Perito D<sup>a</sup> María Luisa Pallarés nos señala que se practica en la zona L 3 y L 4 y que es difícil que se cause lesión – es asumible, cuando tras ella se está produciendo la observación y valoración diaria de los indicios, y en concreto el día 11 se advierte que no hay rigidez de nuca y meníngeos negativa. Este retraso en practicar la punción lumbar se propicia por la existencia constatada y sucesiva de la neumonía, otitis y varicela. Ya el 13 de Julio, y pese a la existencia de signos meníngeos, se practica la punción y se inicia el tratamiento específico de la meningitis.

Creemos que no es posible determinar si a la llegada al centro ya había aparecido la meningitis o bien surge posteriormente. En este punto ha de significarse la matización que formula el Abogado del Estado en su escrito de conclusiones, basado en la pericial. Podría haberse dado el caso de practicar la punción y resultar negativa, y posteriormente aparecer el episodio de meningitis.

Con todo el material disponible, llegamos a la conclusión que si bien a la entrada en el Hospital se justificó la omisión de la prueba, su práctica se retrasó indebidamente, pues razones de prudencia parecían aconsejar llevarla a efecto, ante los cambios que van produciéndose a partir del día 9 de Julio, sin esperar hasta el día 13, en que se practica. En este sentido aparece una relación de causa a efecto entre el modo de prestar la asistencia y la producción de ese daño.

Difícil resulta determinar el daño consecuencia de esa posposición en la práctica de la punción. Se nos da una descripción clara de la situación del niño y se nos hace en la demanda una cuantificación, que llega a la cifra de 329.371.920 pesetas. Más esta cuantificación comprende tanto la situación anterior del menor, y no hay que olvidar que padece el Síndrome de Sotos. También padecer meningitis conlleva los riesgos que han determinado las periciales, con un porcentaje de fallecimientos, y en los casos de superarla de que resten importantes secuelas. Por último, la desafortunada presentación de otros procesos cuyo diagnóstico fue correcto, así como los tratamientos adoptados, y en cuanto a la varicela el hecho de haberla pasado días antes la hermana del niño, justificaba pensar en esta enfermedad como causa de las modificaciones presentadas en la situación clínica de éste. Por todo ello, la Sala considera que el daño producido por dilatar la práctica de la punción lumbar y despejar con ello la existencia de meningitis ha de cifrarse en la cantidad de 150.253 euros (25 millones de pesetas), cifra que recoge al día de hoy la reparación integral de este matizado daño.”

A la vista de la Sentencia examinada, cabe concluir que se produjo, efectivamente, un daño, una lesión, al menor Guillermo, imputable al Hospital en el que fue ingresado, ya que, a pesar de los signos meníngeos – dudosos – que presentaba, no le fue practicada, con la urgencia requerida, la prueba de la punción lumbar, que, a mi juicio, hubiera sido determinante, pues hubiera dado como resultado la meningitis que padecía. Con su proceder – al retrasar indebidamente dicha prueba de punción lumbar -, la Administración creó, sin duda, un riesgo, entendido este riesgo en su sentido más amplio, como posibilidad

de producción de un resultado lesivo. Tal como expresa Oriol Mir Puigpelat (15), sólo aquellas conductas que constituyan un riesgo, que sean susceptibles de producir resultados lesivos, deberán ser tenidas en cuenta a efectos de responsabilidad. Pero, para que la Administración deba responder, es preciso que cree un riesgo jurídicamente relevante o, en otras palabras, es preciso que cree un riesgo relevante a efectos de responsabilidad, y lo creará cuando el funcionamiento del servicio público merezca una valoración negativa desde la perspectiva de la responsabilidad. Ello no ocurrirá sólo cuando el servicio haya funcionado anormalmente, en vulneración de las normas que lo disciplinan, sino también cuando el servicio haya funcionado de forma normal, aunque no siempre. El riesgo creado por el funcionamiento normal debe tener una cierta entidad, cuantitativa y cualitativa, para que merezca una valoración negativa. Tendrá entidad cuantitativa cuando no sea un riesgo insignificante, cuando parezca ex ante adecuado para producir un resultado lesivo. Sólo entonces podrá decirse, en puridad, que nos encontramos ante una conducta peligrosa. Esta conducta peligrosa cuantitativamente significativa, tiene que serlo también cualitativamente, pues, de lo contrario, nos encontraríamos ante un riesgo permitido. Aquí es, precisamente, donde entra en juego la circunstancia de que la responsabilidad patrimonial de la Administración es de tipo objetivo, radicando la clave en la corrección o incorrección de la actuación administrativa.

Para terminar, cabe resaltar, de nuevo, que, en el supuesto examinado, se produjo una inactividad del Hospital, por cuanto no se le efectuó al pequeño una prueba que era determinante a efectos de emitir el correspondiente diagnóstico e instaurar el oportuno tratamiento. Hay que decir que, en los supuestos de responsabilidad patrimonial por omisión, no cabe exigir ningún nexo de causalidad material entre el funcionamiento del servicio público y el daño material sufrido por quien reclama. En este caso, la responsabilidad ha de venir determinada por la reunión de unas circunstancias concretas: existencia por la Administración de un deber de comportamiento impuesto por el Ordenamiento Jurídico, omisión por parte de la Administración de dicho deber cuando podía haberse cumplido y, finalmente, que, como consecuencia de dicho incumplimiento, el particular que reclama haya visto lesionados sus derechos o bienes jurídicamente protegidos. En el supuesto analizado, el paciente, menor de edad, vio lesionada su salud, pues quedó con secuelas irreversibles debido al retraso en practicar la prueba de punción lumbar. Se produjo, por tanto, el perjuicio, el daño a su salud y, en consecuencia, el deber de indemnizar por parte de la Administración.

La Audiencia Nacional expuso los requisitos, como ya ha quedado examinado, que deben concurrir para el nacimiento de la responsabilidad, añadiendo que no basta con el resultado dañoso, sino que éste debe ser consecuencia de una infracción de la *lex artis*, o sea, de una mala práctica médica. Esta pauta de comportamiento profesional exigida – la *Lex artis* – fue infringida, porque una prueba indispensable para diagnosticar la presencia de una meningitis, como es la punción lumbar, fue retrasada, de modo que, cuando la enfermedad fue finalmente detectada, el proceso era ya irreversible para el pequeño, lo que le produjo unas importantes secuelas, viendo lesionado su derecho a la salud, que, como ya expuse anteriormente, es uno de los más preciosos que existen y de los que el ser humano puede gozar.

Se produjo, como fácilmente se deduce, un funcionamiento indebido del servicio público sanitario y, por tanto, indemnizable.

## NOTAS BIBLIOGRAFICAS

- (1)GARCIA DE ENTERRIA, EDUARDO Y TOMAS RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, EDITORIAL CIVITAS, MADRID, 1.998; GOMEZ PUENTE, M.: “RESPONSABILIDAD POR INACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN”, EN DA, ENERO-JUNIO, 1.994.
- (2)DE LA CRUZ FERRER, J.: “LAS FORMAS DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA”, EN MANUAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO II, MADRID, 1.98.
- (3)JESCHECK, HANS HEINRICH: TRATADO DE DERECHO PENAL. PARTE GENERAL, BARCELONA, 1.981.
- (4)DE AHUMADA RAMOS, FRANCISCO JAVIER: LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS. ELEMENTOS ESTRUCTURALES. LESION DE DERECHOS Y NEXO CAUSAL ENTRE LA LESION Y EL FUNCIONAMIENTO DE LOS SERVICIOS PUBLICOS, EDITORIAL ARANZADI, 2.000.
- (5)MARTÍN REBOLLO, L.: LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA, MADRID, 1.997.
- (6)ROMERO COLOMA, AURELIA MARIA: LA MEDICINA ANTE LOS DERECHOS DEL PACIENTE, EDITORIAL MONTECORVO, MADRID, 2.002.
- (7)MARTINEZ CALCERRADA, LUIS: LA RESPONSABILIDAD CIVIL MEDICO-SANITARIA, MADRID, 1.985.
- (8)PELAYO GONZALEZ TORRES, ANGEL: LA INTERVENCIÓN JURÍDICA DE LA ACTIVIDAD MEDICA Y EL CONSENTIMIENTO INFORMADO, EDICIONES DIKYNSON, MADRID, 1.997.
- (9)OROZCO PARDO: LA APLICACIÓN DEL CONCEPTO “LEX ARTIS” AL CAMPO DE LA ACTIVIDAD PROFESIONAL, UNIVERSIDAD DE GRANADA, 1.993.
- (10) MARTINEZ CALCERRADA, LUIS: LA RESPONSABILIDAD CIVIL MEDICO-SANITARIA, CITADO EN NOTA 7.
- (11)DICCIONARIO TERMINOLOGICO DE CIENCIAS MEDICAS, EDITORIAL SALVAT, BARCELONA, 1.968.
- (12)MARTINEZ VAL, JOSE MARIA, Y JUAN CARLOS CABAÑAS GARCIA: “LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DEL DERECHO A LA SALUD”, EN REVISTA GENERAL DE DERECHO, VALENCIA, SEPTIEMBRE, 1.989.
- (13)JORNET: MAL PRAXIS: ASPECTOS LEGALES EN LA RELACIÓN MEDICO ENFERMO, BARCELONA, 1.991.
- (14)AHUMADA RAMOS, FRANCISCO JAVIER: LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS, CITADO EN NOTA 4.
- (15) MIR PUIGPELAT, ORIOL: LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA. ORGANIZACIÓN, IMPUTACIÓN Y CAUSALIDAD, EDITORIAL CIVITAS, MADRID, 2.000.