

**SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE FEBRERO DE 2008, SALA CIVIL.****RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA.**

El Tribunal Supremo ha estudiado el caso de un paciente que sufría una hernia discal sobre L4-L5, siendo sometido a una intervención quirúrgica en la que se actuó únicamente sobre el disco sito en L3-L4, zona que también se encontraba dañada, según ha quedado acreditado en autos, por una protusión. Ante estos hechos que no resultan controvertidos, el Tribunal Supremo considera que *“si bien es cierto que la intervención llevada a cabo por el demandado en el Sanatorio Adaro en 20 de agosto de 1992 lo fue sobre el disco L3-L4 y no sobre el disco L4-L5, no lo es menos que tal disco L3-L4 no era, como se afirma por el actor, un disco sano”*. Además, añade que de haberse actuado sobre el disco para el que se programó la intervención *“no hubiera cambiado en nada la situación actual del demandante la cual sería la misma, al no traer causa la patología actual del paciente de ninguna de las intervenciones a las que éste fue sometido”*.

Por otro lado, considera que no debe modificar la Sentencia absolutoria dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo en vía de Recurso de Apelación, pues las pruebas periciales deben ser apreciadas por el Juzgador según las reglas de la sana crítica de acuerdo con el artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero sin estar obligado a sujetarse al dictamen pericial, y sin que se permita la impugnación casacional a menos que la misma sea contraria a la racionalidad y se conculquen las más elementales directrices de la lógica. Y en este caso estima que la Audiencia Provincial no ha incurrido en error ostensible, ni notorio, ni ha realizado conclusiones absurdas o arbitrarias, como tampoco ha omitido datos suficientemente demostrados de constatada y notoria influencia en el pleito; motivo más que suficiente para rechazar el recurso de casación por este motivo

Efectivamente, tiene dicho la Sala del Tribunal Supremo reiteradamente que no tiene acceso a la casación el error de hecho en que hubiera podido incurrir la Sala de instancia al apreciar las pruebas, salvo que se alegue y demuestre que hubiese procedido ilógica o arbitrariamente, o conculcase, al hacerlo, principios generales del derecho o las reglas de la prueba tasada. No obstante, debemos añadir que, por otro lado, el Tribunal Supremo viene sosteniendo que nada impide a un Tribunal de casación llevar a cabo una integración del factum cuando la sentencia de instancia omite y no entra a considerar datos suficientemente demostrados de constatada notoria influencia en el fallo, pues lo contrario impondría tolerar la vulneración del principio tutela judicial eficaz proclamado en los artículos 24.1 y 120.3 de la Constitución Española. Y no es menos cierto que el art. 9.3 CE prohíbe a todos los poderes públicos actuar arbitrariamente. Y un Tribunal de justicia actúa de modo arbitrario cuando prescinde - sin razonarlo de ninguna manera- de analizar aquella o aquellas pruebas que por sus características y por su directa relación con la cuestión debatida tendrían que haber sido analizadas de manera específica.

Pero el verdadero interés de la sentencia se centra en la desestimación que hace de los razonamientos del recurrente cuando alega falta de autorización para la realización de la intervención realizada sobre una zona de la anatomía para la cual el paciente no prestó consentimiento. En este punto la Sala argumenta que a través de esta pretensión el recurrente quiere introducir una cuestión totalmente nueva que no fue alegada en la demanda y que, por tanto, no ha sido debatida en el proceso, motivo por el que no cabe examinar este planteamiento porque, de lo contrario, se causaría indefensión al demandado. Y, evidentemente, es reiterada la doctrina jurisprudencial que impide conocer en casación las cuestiones nuevas, considerando como tales aquellas que no fueron aducidas por las partes en sus escritos iniciales. No obstante, en el supuesto estudiado y juzgado por el Tribunal Supremo concurren una serie de circunstancias que hacen realmente discutible este rechazo dado que, si partimos de un hecho probado e incuestionado – el demandante fue sometido a una intervención distinta de la que había sido programada, pues se intervino de patología aunque parecida, no idéntica y en zona anatómica diferente –, resulta palmario y carente de cualquier controversia que el paciente no prestó autorización para dicha cirugía finalmente practicada.

En consecuencia, siendo este el problema planteado y el estudiado por la Sala, resulta difícil aceptar la falta de autorización como un hecho novedoso y, menos aún, capaz de causar indefensión sobre la parte demandada, más todavía cuando al actor le basta, o le debería ser suficiente con cargo al principio *iura novit curia*, con la aportación de los hechos para que fuera la Sala quien se encargara de ofrecer el derecho o las normas a aplicar.

La Sala Penal del Tribunal Supremo, en Sentencia de 26 de febrero de 2001, ya se pronunció en un caso parecido al que nos ocupa en el que los acusados intervinieron la rodilla izquierda cuando deberían haber intervenido la derecha, defendiéndose los facultativos alegando que también la tenía dañada. Sin embargo, el Tribunal Supremo dictó Sentencia de condena con la sola aportación de los hechos y sin necesidad de entrar en consideración acerca de si suponía un hecho o alegación nueva la falta de autorización, pues dicha falta de autorización fue comprendida y juzgada como algo directamente desprendido del solo hecho de actuar sobre un órgano diferente al consentido por el paciente con carácter previo.

En efecto, ningún debate suscita que el hacer del demandado careció de autorización pues el consentimiento del paciente lo fue para intervención de hernia discal en L4-L5 y el médico actuó sobre una protusión en L3-L4, debiendo tener en cuenta que para identificar y preparar el campo quirúrgico realmente programado hubiera sido suficiente consultar el historial clínico del paciente que estaba a su inmediata disposición. No obstante, el pronunciamiento absolutorio se sustenta por el Tribunal sentenciador en la consideración de que no se ha producido el "desvalor del resultado" porque la intervención finalmente practicada constituye un tratamiento médico curativo sobre una zona patológica que no ha vulnerado la integridad física del paciente y, en consecuencia, no se ha producido el resultado dañoso que exigiría la condena.

Sin embargo, debemos tener presente que no solo debe protegerse el derecho a la salud física o mental de las personas, sino también, y de manera autónoma, el derecho a la integridad corporal de las mismas. Quiere ello decir que el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la integridad física no se reduce exclusivamente a aquellos casos en que exista un riesgo o daño para la salud, pues dicho derecho resulta afectado por toda clase de intervención en el cuerpo que carezca de consentimiento del titular. De hecho, la agresión física que soporta el cuerpo de una persona sometida a una intervención quirúrgica supone un objetivo y real quebranto de la integridad corporal. Por ello mismo, la antijuridicidad de tal acción quedará excluida siempre que tal agresión a la incolumidad corporal protegida constitucionalmente haya tenido lugar con observancia de las normas que configuran la "lex artis" que debe regir la actuación del sujeto activo, de suerte que cuando la intervención traumática y agresiva que sufre el ser humano se produce no sólo de espaldas a la "lex artis", sino en oposición frontal a la misma, la antijuridicidad de la acción aparece patente.

En estas circunstancias, pues, no podemos aceptar la tesis de la Sala acerca de que no existe el desvalor del resultado, es decir, que no existen lesiones re pues de lo anteriormente consignado parece claro que el resultado de la acción lo constituye la incuestionable agresión a la integridad corporal del paciente, que se vio notoriamente perturbada como consecuencia de una intervención quirúrgica huérfana de preparación, injustificada, e in consentida a tenor del art. 10.5 de la Ley General de Sanidad que, por lo mismo, no cabe calificar de "tratamiento médico curativo" como causa de justificación de la acción, máxime si tenemos en cuenta que, si como señala la sentencia, la operación estaba indicada objetivamente para curar al paciente, ello sólo se advirtió a posteriori de los hechos.

Finalmente, tiene también declarado el Tribunal Supremo y Tribunales Superiores de Justicia que la ausencia de consentimiento informado, configurado por amplios sectores doctrinales y jurisprudenciales como infracción de la *lex artis ad hoc*, es título bastante de atribución de responsabilidad; tal responsabilidad alcanzará tanto al daño moral derivado de soportar una intervención desinformada e in consentida como el daño corporal derivado de la intervención misma.