



RESPONSABILIDAD CIVIL DEL CIRUJANO ESTETICO

TRABAJO FINAL DE GRADUACION

ABOGACIA

Tutor: Magister Carlos VILLANUEVA

Daniel Alberto MONINA

2018

AGRADECIMIENTOS

“El Abogado es el mejor Medico, después de la autopsia”

Mi primer agradecimiento es para la **Universidad Siglo 21**, que brinda estas oportunidades de obtener un título de grado, en esta modalidad a distancia, sin la cual no es posible para personas con compromisos laborales y en cierta franja etaria, disponer de la misma.

En segundo lugar agradecer a todos mis tutores, pero en especial al **Magister Abogado Carlos Villanueva** mi conductor durante el Trabajo de Graduación Final, y al **Magister Abogado Carlos Bustos** co-evaluador de coloquio. Ardua tarea para el estudiante y más aún para los maestros.

Un especial agradecimiento a mi Asesora letrada, y amiga querida, **Abogada Pascuali Valeria Luciana**. Aguerriada litigante, de ella aprendí que primero debía escuchar y luego opinar. Espero con seguridad absoluta aprender aún más.

Agradezco al **Abogado Negritto Oscar**, por sus notas a fallo, de un valor inestimable. Al **Abogado Lezama Santiago**, también amigo, por su bibliografía.

Como final incluyo a mis familiares, a mis hijos **Gabriel, Daniela, Lucas, Leandro**, quienes siempre estuvieron siguiendo mi desempeño con el interés que el amor da.

Para Ana Clara

Daniel Monina

INDICE

1. Introducción General.....Pág. 8

Capítulo I

El Sujeto Medico

1. Introducción.....Pág. 14

2. El Profesional Médico. Características.....Pág. 14

3. Diferencias entre Cirujanos Estéticos y otro tipo de Cirujanos.....Pág. 15

4. Referencias a tipos de Cirugías en el Ámbito No Asistencial.....Pág. 16

5. Deberes Médicos.....Pág. 16

6. Deber-Obligación del médico de informar.....Pág. 18

6. Conclusiones.....Pág. 20

Capítulo II

Ámbito Normativo de Regulación

1. Introducción.....Pág. 21

2. Ámbito Normativo del Universo Medico en General.....Pág. 21

3. La Ley 17132 de Ejercicio de la Medicina, Odontología y actividades de colaboración....Pág. 29

4. Ley 26529. Derechos del Pte. En su Relación con los Profesionales e Inst. De Salud.....Pág. 31

5. Conclusiones.....Pág. 32

Capítulo III

La Responsabilidad Civil. Derecho de Daños

1. Introducción.....Pág. 34

2. La responsabilidad Civil en General.....Pág. 34

3. Principios Constitucionales de la Responsabilidad Civil.....Pág. 36

4. Factores de Atribución de la Responsabilidad Civil en General.....Pág. 37

 4.1. Daño.....Pág. 37

 4.2. Antijuricidad.....Pág. 37

 4.3. Relación de Causalidad.....Pág. 39

 4.3.1. Teoría de la Equivalencia de Condiciones.....Pág. 39

 4.3.2. Teoría de la Causa Próxima.....Pág. 39

 4.3.3. Teoría de la Condición Preponderante y la Condición Eficiente.....Pág. 39

 4.3.4. Teoría de la Causalidad Adecuada.....Pág. 39

 4.4. Factor de Atribución.....Pág. 40

5. Obligaciones de Medios y de Resultados.....Pág. 41

6. Conclusiones.....Pág. 42

Capítulo IV

La Responsabilidad Civil del Medico

1. Introducción.....	Pág. 44
2. Responsabilidad del médico.....	Pág. 44
3. La culpa medica.....	Pág. 45
4. Nexo de causalidad en medicina.....	Pág. 47
5. Régimen de Responsabilidad Contractual o Extracontractual.....	Pág. 48
3. Obligaciones en el Ámbito Medico. Importancia de la distinción.....	Pág. 51
4. Falsa distinción entre Obliga.s de Medios y de Resultados. La necesidad de Culpa...	Pág. 52
5. Alea.....	Pág. 54
6. Paciente enfermo o paciente o cliente sano.....	Pág. 55
7. Conclusiones.....	Pág. 56

Capítulo V

La Responsabilidad Civil del Cirujano Estético

1. Introducción.....	Pág. 58
2. Mala Praxis.....	Pág. 58
3. La responsabilidad civil del cirujano estético como obligación de medios.....	Pág. 59
4. Jurisprudencia.....	Pág. 62

4.1. Fallo: CNCiv., sala A, 21/09/2010, M., S. M. c M., E. R y otro.....	Pág. 62
4.2. Fallo: CApel.Civ., sala V, 05/4/2017, S, M. J vs. V. C., J.; SEGUROS MEDICO SA.....	Pág. 63
4.3. Fallo CApel. Civ. I Cir. Sala I. Neuquén, 1/10/2009. “R., G. D. c/ W., V. s/daños y perjuicios” (Exp. 285066 – Año 2002).....	Pág. 65
4.4. Fallo “B. de M. M. B. c/Medicus S.A. y otro s/daños y perjuicios. Expte. Libre N° 472151, 8/4/2008.....	Pág. 66
4.5. Fallo: CNApel. Civil, Gral. San Martin, Sala II, causa N° 54.741, 17/2/2005, “Muzupapa, Margarita Julia c/Rodriguez, Rolando Javier y otro s/daños y perjuicios”.....	Pág. 67
5. Conclusión.....	Pág. 68

Capítulo VI

Conclusión

1. Conclusiones generales.....	Pág. 71
2. Conclusión final.....	Pág. 75

Bibliografía

1. Legislación.....	Pág. 70
2. Doctrina.....	Pág. 70
3. Jurisprudencia.....	Pág. 72

RESPONSABILIDAD CIVIL DEL CIRUJANO ESTETICO

Resumen: el presente trabajo tiene por objeto identificar el tipo de responsabilidad civil que le compete al médico cirujano estético en el ejercicio de su especialidad profesional. En ese contexto se hará referencia a los conceptos y diferencias existentes entre la medicina tradicional, curativa, o asistencial y la medicina voluntaria o satisfactiva incluyendo dentro de estas últimas la cirugía estética. Y dentro del ámbito de las responsabilidades civiles en general y específicamente la correspondiente a los médicos cirujanos no esteticistas en contraposición a la de los cirujanos estéticos se demostrara que actualmente la responsabilidad asignada a estos últimos es de obligación de medios y no de resultados.

Palabras claves: cirugía estética, responsabilidad civil, obligación de medios.

Abstract: this work is intended to identify the type of civil responsibility that is competed to the aesthetic surgeon physician in the exercise of his professional specialty. In this context, reference to the existing concepts and differences between traditional, curative and assistance medicine and voluntary or satisfactory medicine including esthetic surgery within this last. And within the framework of civil responsibilities in general and specifically the corresponding to the non-estheticism surgeon physicians in contradiction to that of the aesthetic surgeons, it shall be demonstrated that currently the liability assigned to these last is obligation of means and not results.

Introducción General

La medicina actual a pesar de los comprobados avances tecnológicos siempre con miras a que sea cada día menos invasiva, sigue todavía necesitando de una especialidad vital para solucionar problemas de salud con perspectiva curativa: la cirugía. Pero también esta ha evolucionado y así como antiguamente y hasta hace poco existían enormes cirugías que aunque curativas tenían una consecuencia mutiladora, se ha ido aplicando este mismo concepto que aunque sea invasivo, que lo sea lo menos posible.

Y es en este evolucionar e identificar con mayor amplitud patologías hasta hace poco tiempo impensables de solucionar, y más recientemente como consecuencia de las grandes guerras, donde el uso de armas cada vez más lesivas para el cuerpo humano, es que se incluyó en este menú científico las correcciones a estas secuelas mutiladoras, y el concepto de que se debe tener en cuenta la estética tanto al intervenir pacientes con diversas patologías como al resolver aquellas que son consecuencia de otros traumas.

Entonces se comienzan a delimitar dos campos con una frontera incierta en principio: existe la cirugía tendiente a intervenir un paciente que padece una enfermedad, y que por consiguiente es pasible de abordar y solucionar por este medio, ya sea urológica, ginecológica, vascular etc. según sea la patología y existe por evolución otra cirugía destinada a otras personas que podrían ser consideradas sanas, o al menos carentes de una patología medible, con el concepto que se define los abordamientos quirúrgicos antes citados, y es con fines de embellecimiento o perfeccionamiento corporal a la que se ha denominado medicina satisfactoria o no asistencial siendo la cirugía estética plástica o cosmética, una especie dentro de este género.

Y dentro de la búsqueda mayor perfección corporal posible alentados desde la sociedad en general y el consumismo mediatizador que preconiza que una bella imagen corporal constituye una puerta de acceso al mercado de las oportunidades del éxito en la vida aun por sobre las condiciones

meritocráticas, es que los cirujanos estéticos han llegado a recorrer ese mundo corporal para transformarlo cual antiguos navegantes en un nuevo mundo. Hoy casi todo el cuerpo en su aspecto puede ser modificado en mayor o menor medida asumiendo a veces riesgos que podrían exceder el recomendado de acuerdo a la buena *lex artis ad hoc* de la especialidad.

Queda entre estas dos materias la cirugía reparadora, residual de aquel comienzo corrector que tiene como fin terapéutico la solución de defectos congénitos o adquiridos aunque conectados a un fin estético sumado a la corrección morfológica-funcional. Gómez Rufián (2015) nos relata que se entiende por *lex artis ad hoc*

Como aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina – ciencia o arte medica - que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos – estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria - ,para calificar dicho acto conforme o no con la técnica normal requerida(...). (Pág. 188).

Al ser el campo de la estética el sector con mayor crecimiento, tanto de profesionales dedicados a esta especialidad más la población de pacientes buscando conectarse con ellos, a lo que se sumó por lógica el incremento de las unidades de prestación dedicadas exclusivamente o no a tal fin, dirigidas por profesionales médicos o por empresarios que contratan a tales(interesados en el valor agregado al desarrollo de la misma) todos factores estos que llevaron a las universidades y colegios profesionales médicos a instaurar una política de formación y control de la actividad, regulándose la especialidad Cirugía Plástica.

Si tomamos en cuenta desde lo planteado más arriba, donde confluyen una nueva y joven (comparadas con otras) especialidad médica, un crecimiento exponencial de personas (pacientes/clientes?) buscando conectarse con estos profesionales, el incremento de áreas corporales probables de ser objeto de embellecimiento con nuevas técnicas quirúrgicas invasivas o semiinvasivas

con el consiguiente riesgo a la hora de exponerse en instituciones de diferente y a veces inexistente caudal de respuesta a la complicación es que se configura un universo de múltiples relaciones jurídicas que no escapan a la ley.

Por consiguiente el motivo del presente trabajo es dilucidar el siguiente interrogante: *¿qué tipo de responsabilidad civil le corresponder asumir al cirujano estético ante el daño?* Como resultado, se abordara como parte preliminar en el capítulo uno, el análisis de las características y requisitos del individuo médico y de la profesión, fundamental para comprender las diferencias entre los distintos tipos de especialidades y géneros. De especial importancia es el título referido a los deberes – obligaciones del profesional de la salud.

La antigua postura de distintos juristas que partía del hecho que la medicina no es una ciencia exacta, hecho fuera de discusión, con la consiguiente dificultad para aplicar la doctrina de la culpa o responsabilidad ha sido superada con argumentos donde ha quedado claro que tampoco es un arte conjetural y por consiguiente le competen las responsabilidades al médico que erro el diagnostico o fue imprudente o negligente según sea el caso. Así en el capítulo segundo se desarrollara todo lo referente al ámbito normativo que regula las profesiones liberales, entre las que por supuestos queda comprendida la actividad médica.

En el en el capítulo siguiente será indispensable un repaso al concepto de la responsabilidad civil en general, sus supuestos de atribución, donde se verá si la antijuricidad es considerada un elemento indispensable como factor de atribución y el concepto de obligaciones concomitantes a estos, que serán el pilar sobre el cual se plantearan los temas siguientes. No hay trabajo doctrinario relativo a cualquier profesión que esté integrada dentro de Código en el capítulo de profesiones liberales, sin que deba necesariamente vincularse a lo básico del derecho de daños. En consecuencia este trabajo a pesar de referirse al ámbito medico necesariamente en cada capítulo veremos cómo lo medico queda supeditado siempre al derecho.

No deja de ser curioso en contrasentido a la tradición milenaria donde el medico que dañaba a sus pacientes sin causa era sancionado con severísimos castigos y hasta con la muerte, se pasó en los albores de la modernidad al principio de irresponsabilidad del médico.

Dentro de esta etapa que Jorge Mosset Iturraspe bautizara perspicazmente como de la responsabilidad eufemística el medico solo respondía ante supuestos de culpa gravísima, pues los errores en el diagnostico o el tratamiento clínica o en las intervenciones quirúrgicas quedaban, en principio fuera del control judicial, por ser cuestiones conjeturables, opinables. (Prevot, 2009, pag1).

“La culpa gravísima en estos casos seria como ejemplo operar en estado de ebriedad, u olvidar cuerpos extraños dentro del paciente por citar algunas” (Prevot, 2009, pág. 1).

En los últimos años el cambio de mentalidad llevo este principio de irresponsabilidad al de responsabilidad del médico, y al grado de calidad exigible en la prestación de servicios de salud, y es muy interesante citar esta mutación en el tiempo sobre la visión referente al médico y su relación intersubjetiva en el desarrollo de su profesión.

A diferencia de otrora:

- i) El medico dejo de ser visto como un ser divino, todopoderoso, irresponsable, y el daño por el cometido de no de ser considerado como un acto de Dios (act of God).
- ii) La medicina abandono su primogénita calificación de artesanal y se erigió en quehacer científico.
- iii) De la “enfermedad = fatalidad del destino” se pasó a la “enfermedad = posible eximente causal –total o parcial- de responsabilidad”.
- iv) La superioridad del experto frente al profano se ciñó en aras de la equiparación jurídica.
- v) Se desechó de cuajo un tratamiento de privilegio para el profesional de la medicina.
- vi) Ya no se exige para responsabilizar al médico estar en presencia de una falta grosera , un grave error o una negligencia grotesca,

vii) El principio pro damnato comienza a perfilarse como máxima tendencial de la responsabilidad.

viii) La salud y la vida de las personas son revaloradas, en tanto bienes jurídicos supremos de raigambre constitucional. De allí que “cuando está en juego la vida de un hombre, la menor imprudencia, el menor descuido o la leve negligencia adquiere una dimensión especial que le confiere una singular gravedad. (Prevot, 2009, pp. 1-2).

En resumidas cuentas se pasó de la “casualidad a la causalidad” (Mosset Iturraspe, 2003, pág. 8). Desde la aceptación de la fatalidad, lo que debía suceder porque estaba escrito, la muerte del paciente porque debía ocurrir hasta el actual criterio doctrinal justiciero se avanzó mucho en el reemplazo de eso casual hasta la “relación de causalidad adecuada” (Mosset Iturraspe, 2003, pág. 8)

Es de relevancia relatar que cuando un enfermo sanaba la creencia popular atribuía la curación a la intervención divina o de algún santo o santa, curandero etc. Si bien lo jurídico avanzó hasta las teorías actuales modernas referidas a la responsabilidad del médico, esto último todavía se mantiene en algunos lugares.

Mosset Iturraspe (2003) refiere como complemento de la idea anteriormente expuesta que ni la muerte o el empeoramiento de la salud del enfermo se vinculaban con la actuación del profesional, ni tampoco la curación o la mejoría. Siempre el componente mágico o divino por encima de lo normal.

La construcción jurídica moderna que llevo su tiempo nos focaliza en el tema de la responsabilidad donde aún se debate cual es el tipo que corresponde aplicar al cirujano que interviene a un paciente portador de una enfermedad declarada, cual que se aplica a un paciente que en apariencia está sano, es decir no está enfermo al menos en el clásico concepto, y cuál será la asignada a un cirujano que interviene a un paciente con una afección pero que la misma tiene un fin relacionado a lo estético también.

Así en el capítulo cuarto, ya teniendo claro y entendida lo referente al individuo médico, sus características y requisitos, el ámbito normativo que regula la actividad y la concepción jurídica en que se basa el derecho de daños, se desarrollara la temática específica referida a qué tipo de

responsabilidad le compete asumir al médico, en el marco de diversas opiniones respecto a la falsa distinción entre obligación de medios o de resultados, la necesidad de culpa, el concepto de alea, la culpa médica, la necesidad de culpa etc. En el capítulo quinto previo al tratamiento del concepto de mala praxis, muy popular en el ambiente médico, se citara jurisprudencia suficiente para avalar el concepto de que la obligación del cirujano estético es de medios, pero se incluirán datos muy importantes respecto a que la responsabilidad el cirujano plástico puede mutar ante el solo hecho de no proveer la suficiente información a su paciente.

Este trabajo de investigación estará destinado a referenciar la discusión que mostrara que aunque todavía no hay una postura uniforme y concluyente referente a qué tipo de responsabilidad le compete asumir al cirujano estético, la conclusión en el capítulo final mostrara que la doctrina de la obligación de resultado ha sido superada, y por lo tanto la responsabilidad asignada a estos especialistas será la de obligación de medios como la de cualquier médico. El aprendizaje e intelectualización de este razonamiento será de enorme utilidad para el profesional vinculado al rubro y por transferencia hacia el paciente destinatario de una mejor y más completa comprensión de la relación surgida en la consulta y llevada a la prestación efectiva.

Capítulo I.

El Sujeto Medico

1-Introducción

Este capítulo tiene como fundamento que se comprenda las características generales y específicas de la profesión médica y los requisitos de exigencia para la actividad, las diferencias de género, y una breve referencia al ámbito normativo que será desarrollado más específicamente más adelante.

2-El profesional médico. Características.

Avalos Rodríguez (2011) explica que el profesional médico presenta determinadas características y ellas son:

- 1) Autonomía técnica debiendo obrar con discrecionalidad según las reglas de “*lex artis*” de la profesión.
- 2) Habitualidad: manifestada como un modo de vida.
- 3) Reglamentación: subordinación a un conjunto de normas regulatorias de la actividad.
- 4) Habilitación: por entidades con poder establecido para otorgar la misma.
- 5) Presunción de onerosidad. Al ser el modo de vida del profesional se presume onerosa la misma.
- 6) Sujeción a normas éticas: como todas las profesiones, en estén escritas o no, sientan la conducta moral a seguir.
- 7) Sometimiento a potestades disciplinarias que garantizan el correcto desempeño del profesional.

Actualmente la mayoría de las universidades de Argentina incluyen en sus carreras de grado la de medicina. Es así que quien concluye con éxito el tránsito por la misma recibe el título habilitante de médico, con diferencias entre las distintas universidades, dando como ejemplo el de la Universidad

Nacional de Córdoba (UNC) que emite el título de médico cirujano, pero otras solamente el título de médico. Sin embargo no existen diferencias entre ambos, puesto que a pesar de que el título emitido por la UNC incluya la diferenciación de cirujano, el médico egresado no tiene autorización para proceder como tal, es decir ejercer la especialidad quirúrgica. Las especializaciones se realizan luego en posgrados focalizados en la especialización elegida, y en todos los casos con habilitaciones por colegios profesionales destinados a tener el control último de estas, es decir el otorgamiento del certificado de especialización incluyendo las denominadas recertificaciones periódicas de control. De esta manera existen médicos especializados en diagnóstico por imágenes, otorrinolaringología, cirugía general por citar algunas incluyendo la que nos interesa: cirugía plástica.

Carlos Ghesi (2003) puntualiza:

Lo concreto es que el especialista en determinada rama de la medicina -cirugía- posee conocimientos específicos que hacen a su labor profesional y lo colocan en una situación de prevalencia en el conocimiento científico que nos permite señalar que su conducta y obligaciones deben ser analizadas con mayor rigurosidad que las del médico común o standard medio actualizado. (Pp. 172-173).

3-Diferencias entre cirujanos estéticos y otro tipo de cirujanos

Los cirujanos no esteticistas abordan pacientes con una patología vinculada a su especialidad, es decir en principio hay una enfermedad de algún sistema u órgano, que requiere una solución quirúrgica. Así una patología de ovarios será tratada por un cirujano ginecológico, una de arterias o venas por un cirujano vascular etc. En la contracara se encuentran los cirujanos plásticos, estéticos o cosméticos. En principio en apariencia no tratan patologías, salvo que hablemos de cirugía reparadora o correctiva, posicionada en el medio de estas dos materias. Pero este principio de ausencia de patología está en discusión y se verá más adelante, pero de todas maneras el fin último de esta especialidad es el embellecimiento físico, a través de la armonización de las proporciones físicas ajustadas a la regla de oro que también se verá más adelante.

4-Referencia a tipos cirugías en el ámbito no asistencial

Actualmente se esgrimen dos términos con sinónimos incluidos que deberemos diferenciar pues tienen que ver con la consiguiente exigencia de responsabilidad jurídica debatida. Por un lado tenemos la medicina asistencial, curativa, que indudablemente trata a un paciente, denominado así a quien padece una dolencia o enfermedad y que obligado por esta circunstancia debe concurrir a solucionar la misma. Por el otro existe la denominada llamada satisfactiva, voluntaria, no asistencial. Tal como se esgrime es de carácter voluntario y es donde el paciente o cliente (en este caso denominación citada esporádicamente) no se encuentra enfermo. Por lo tanto concurre voluntariamente no como obligado en el sentido de necesitado de ayuda médica sino “para la mejora de su aspecto físico o estético, o transformación de una actividad biológica” (Gómez Rufián, 2015, pág. 165).

Y es aquí donde tendremos una nueva división puesto que dentro de la medicina satisfactiva o voluntaria se presenta como un subgénero la cirugía estética. Es decir la medicina satisfactiva incluirá tratamiento tales como vasectomías o ligadura de trompas de Falopio por ejemplo, es decir pacientes sanos pero que no abordan un tratamiento estético, diferencia bien marcada sobre quien solicita una rinoplastia o un aumento de senos.

5-Deberes Médicos

Retomando el concepto de *lex artis*, se considera a la misma como

“usos o reglas, métodos y técnicas adoptados por la práctica médica, a los que debe ajustarse el ejercicio profesional. Conforman una verdadera normativa, esto es un conjunto de preceptos que regulan la conducta de los médicos consagrados por la tradición o práctica consuetudinaria aprobada por las más altas autoridades científicas. Como tal la *lex* implica una regla de medición o parámetro de conducta que indica cómo debe actuar el profesional frente a diversas situaciones. Algunas de ellas, al menos, están escritas, y son aquellas que establecen como se deben ejecutar ciertos actos médicos aunque la mayoría no consta en ningún texto de seguimiento obligatorio (Prevot, 2006, pág. 6)

Podemos decir resumiendo que en el concepto genérico de *lex artis* se incluyen dos criterios a saber:

- a) normas deontológicas.
- b) usos, técnicas y métodos.

Así la infracción del deber medico estará en la quebrantamiento de cualquiera de los dos supuestos expresados, aunque la mayoría de las veces el daño esta generado por la falta científica y no ética.

En principio, el juicio valorativo referente a la conducta del demandado a las normas del arte medico debería ser emitido por su par en la medicina. El error o falta técnica del médico es en principio un concepto científico, que luego necesariamente se transformara en jurídico cuando corresponda. Lamentablemente no es así y ante cualquier evento medico desfavorable para el paciente, lo habitual es que se empiece por lo jurídico y luego continuar con lo científico. La sospecha del error médico es una constante en las instituciones de prestación médica.

En definitiva el medico puede contravenir una norma deontológica, cometer una infracción técnica ya sea por elección o ejecución inadecuada o por omisión de diligencia debida.

Así es interesante lo que expresa Prevot (2006) sobre lo que considera algunos de los deberes del médico:

- i) La obligación de recabar el consentimiento del paciente o sus familiares.
- ii) La obligación de guardar el secreto familiar.
- iii) El deber de informar e indagar al paciente.
- iv) La obligación de asegurarse la verdad del diagnóstico.
- v) La obligación de actuar con ciencia y con prudencia.
- vi) El deber de actualizar los conocimientos científicos.
- vii) La obligación de contar con los medios técnicos suficientes (...).

- viii) La obligación de continuidad en el tratamiento.
- ix) El deber de requerir segundas opiniones.
- x) El deber de derivar en tiempo y forma al paciente.
- xi) Asistir a los enfermos cuando la gravedad de su estado así se lo imponga.
- xii) Fiscalizar y controlar el cumplimiento de las indicaciones a su personal auxiliar (...). (pág. 7)

6- Deber-obligación del médico de informar

De notoria importancia, más cuando se trate de cirugías del ámbito voluntario, satisfactiva o de embellecimiento. Si bien existe una ley referida a los Derechos del Paciente en su relación con los Profesionales e Instituciones de Salud N° 26529¹, que aunque no sea motivo de este trabajo, se podrá apreciar en capítulos siguientes cuan relevante es en el ámbito expuesto la información que se le dará al paciente, en virtud que, la ausencia, el inadecuado o insuficiente suministro de la misma constituirá un elemento que podría objetivizar la responsabilidad en tanto que subjetiva del cirujano estético. Por tal motivo es que conviene en este contexto conceptualizar al deber de informar, como una verdadera obligación con ribetes jurídicos de peso a la hora de ponderar por parte del Tribunal.

En esta ley es importante considerar el Capítulo II referente a la información sanitaria. Así el Art. 3° expresa: *“Definición. A los efectos de la presente ley, entiéndase por información sanitaria aquella que, de manera clara, suficiente y adecuada a la capacidad de comprensión del paciente, informe sobre su estado de salud, los estudios y tratamientos que fuera menester realizarle y la posible evolución, riesgos, complicaciones o secuelas de los mismos.”*² Se entiende que por tratamiento se encuentran incluidos los realizados como cirugía estética.

¹ Ley 26529. Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de salud.

² Art 3°. Ley 26529. Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de salud.

También es relevante considerar el Art. 5° *“Del Consentimiento Informado. Art 5°.- Definición. Entiendese por consentimiento informado, la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente información clara, precisa y adecuada con respecto a:*

a) Su estado de salud;

b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos;

c) Los beneficios esperados del procedimiento;

d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles;

e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto;

f) Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados”.

Jalil J (2011) opina:

La dicotomía en donde vacila la doctrina y jurisprudencia actual, posiciones antagónicas que confluyen en un mismo interrogante. ¿En la cirugía plástica pesa sobre el medico una obligación de medios o de resultados? La respuesta a este entresijo puede reposar en distintas fundamentaciones, pero adoptar una u otra tesitura es gravitante para sellar la suerte del galeno imputado de una mala praxis. Por su parte, el consentimiento informado cobra su matiz más saliente en este tipo de intervenciones, al configurarse como el documento en donde reposa un indubitable elemento de convicción del cual el magistrado debe valerse al momento de analizar y valorar el accionar del galeno. (pág. 1)

Está claro que el consentimiento informado ajustado a ley es de vital importancia para la salud jurídica del galeno, y es dable destacar que su completitud, implica no solo la exactitud de la información y no solamente la que el paciente quiera o esté dispuesto a escuchar, o el medico a brindar a los efectos de concretar el acto quirúrgico sino toda la precisa y veraz.

Se verá en algún fallo que eximido el cirujano de la culpa, dado un obrar diligente, la sola ausencia del consentimiento o la insuficiencia de este fueron causa de imputación bajo el régimen objetivo de responsabilidad.

7-Conclusiones

Podemos inferir que el sujeto medico es una persona que a través de estudios pertinentes en instituciones de formación, adquiere un título habilitante para desempeñarse como tal en distintas especialidades, y que le confieren la calificación de experto frente a quien al vincularse con este se considera profano. Por tal razón, está obligado a respetar la *lex artis* de su profesión, que lo conminan a una serie de deberes u obligaciones deontológicas sin perjuicio de las jurídicas en caso de infracción.

Capítulo II

Ámbito Normativo de Regulación

1-Introducción

En este capítulo se podrá comprender cuales son las normas que regulan la actividad de los médicos en general. Se hace salvedad que para la provincia de Córdoba rige en este ámbito la ley Provincial N° 6222/1973 del ejercicio de las profesiones y actividades relacionadas con la salud humana, debido a que la misma no se adhirió a la Ley Nacional N° 17132. No obstante se trataran ambas.

2-Ámbito normativo del universo médico en general

El derecho actual mantiene el desafío de atender en especial a los derechos humanos, de los cuales el derecho a la salud es uno de los principales. Ciuro Caldani (2014) expone que en el objeto de la Ciencia del Derecho dentro de la teoría trialista del mundo jurídico coexisten una dimensión sociológica, captada por normas que se constituyen en la dimensión normológica y justipreciadas por un conjunto de valores que culminan en la justicia, y es la dimensión dikelologica. Pero aun pese a la presencia común de las tres dimensiones, el mundo jurídico tiene especificidades materiales que son denominadas ramas jurídicas (pág. 284). Es de importancia considerar en este capítulo la dimensión normológica, o ámbito normativo que comprende al universo de los médicos en general.

La historia reciente cita como antecedente de la teoría de responder en medicina estética el primer caso en Francia, donde se condena a un médico que en un intento de alargar miembros inferiores concluye con la amputación de los mismos, se condenó a este a reparar estos daños dentro del marco de una intervención denominada como “no necesaria” en analogía a cirugía realizada a un paciente no enfermo como antecedente a los tratamientos quirúrgicos plásticos dentro del concepto de medicina estética.

Desde entonces la doctrina y jurisprudencia referente a la teoría de la responsabilidad ha sido errática migrando hasta la actual, donde la concepción objetivista rígida se ha equiparado para todos los médicos, es decir hacia una posición de carácter subjetivista incluyendo a los cirujanos estéticos dentro de esta última. Siempre se concluirá que los médicos están comprendidos dentro del universo de personas con responsabilidades jurídicas, es decir

Esta responsabilidad que forma parte integrante la de los profesionales, no constituye más que un capítulo dentro del vasto espectro de la responsabilidad civil en general, por lo que para su configuración se requiere la concurrencia de los mismos elementos que son comunes a cualquier acto ilícito (contractual o delictual). Esto es, de una conducta antijurídica, dañosa, en relación de causalidad y axiológicamente atribuible a un sujeto (...) (Prevot, 2009, pág. 1)

Tal como se cita la medicina no es una ciencia exacta pero el nivel de evolución actual permite afirmar que tampoco es un arte desprovisto de rigor científico. Los médicos también denominados profesionales en el arte de curar, están incluidos en nuestro CCyC bajo el artículo 1768 – Profesiones Liberales - Libro V - Capítulo I - Responsabilidad civil que expresa: *“Profesionales liberales. La actividad del profesional está sujeta a las reglas de las obligaciones de hacer. La responsabilidad es subjetiva excepto que se haya comprometido un resultado concreto...”*³.

La interpretación de este artículo toma en cuenta la especial relación que se entabla entre el experto y el profano, como nota tipificante de la misma y la especial responsabilidad en el caso que el profesional ocasione un daño a su acreedor en el desarrollo de su prestación. Del mentado artículo, se desglosa en primer lugar, que la responsabilidad surgida a la hora de reparar el daño que pesa sobre los profesionales liberales se rige por las reglas que se aplican a las obligaciones de hacer. Expresa el Art. 773 *“Concepto: la obligación de hacer es aquella cuyo objeto consiste en la prestación de un servicio o en la realización de un hecho (...)”*⁴ Asimismo el Art. 774 anuncia

³ Art. 1768.Código Civil y Comercial

⁴ Art 773. Código Civil y Comercial

“Prestación de un servicio. La prestación de un servicio puede consistir: inc a) en realizar una cierta actividad, con la diligencia apropiada, independiente de su éxito (...); inc b) en procurar al acreedor cierto resultado concreto, con independencia de su eficacia; inc c) en procurar al acreedor el resultado eficaz prometido(...).⁵

Estando así las cosas cobra relevancia fundamental cuando hablamos de prestación de servicios, en cuanto a que la prestación del experto pueda consistir por un lado en la realización de una cierta actividad con la diligencia apropiada, más allá del resultado de acuerdo al inc. a), o a la obtención de un resultado concreto perseguido por el acreedor. (Inc b y c) El incumplimiento del profesional liberal queda patentizado según sea la prestación a la que se comprometió.

Asimismo, el art. 1768 CCyC establece expresamente en su segundo párrafo que el deber de resarcir el daño generado por el experto profesional se rige en principio por las reglas aplicables a la responsabilidad subjetiva. Esta parte del art. en análisis, esta afianzada en el hecho de que, en general, en estos casos el incumplimiento de los profesionales liberales se concreta por su accionar negligente en la prestación prometida.

Sin embargo en el mismo párrafo que abierta la posibilidad de que el profesional se haya comprometido a obtener la satisfacción del resultado buscado por el acreedor. Herrera, Caramelo y Picasso, relatan que a pesar del principio general establecido en la norma lo real es que no es posible determinar *ex ante* la naturaleza de la obligación a que se comprometió el profesional liberal, que será de medio o de resultados según el caso (pág. 496).

Continúa el Art. 1768 *“Cuando la obligación de hacer se preste con cosas la responsabilidad no está comprendida en la sección 7^a, de este Capítulo, excepto que causen un daño derivado de su vicio(...)*⁶ La sección 7^a se refiere a la responsabilidad derivada de la intervención de cosas y ciertas

⁵ Art 774. Código Civil y Comercial

⁶ Art. 1768. Código Civil y Comercial.

actividades. Claramente se excluye a los profesionales liberales del sistema de responder por el hecho de cosas riesgosas y actividades peligrosas.

Esta previsión es fundamental y tiene en miras sobre todo el accionar de los médicos y sobre todo los cirujanos, quienes necesariamente utilizan cosas riesgosas en su prestación, caso de un bisturí o realizan actividades riesgosas, por ej. Una operación quirúrgica. Esta exclusión se vuelve indispensable, dado que si no fuera así los supuestos aplicables de daño caerían en un régimen de responsabilidad no adecuado y absurdo dado el contenido de la prestación que este tipo de profesional liberal debe aplicar. Sin embargo dicha exclusión no será aplicable, según concluye el art. en análisis, cuando el daño derive del vicio de la cosa utilizada para la prestación, por ej. Un electro bisturí que genere más quemaduras por función defectuosa.

Martínez (2016) explica que en definitiva la actividad del profesional-liberal, que es la de prestar o proveer servicios, está sujeta a tres tipos de reglas distintas, o mejor dicho, su comportamiento puede interpretarse de tres maneras distintas, es decir existe una “sujeción” a las obligaciones de hacer y que consisten en:

i) en el inc a) se palpita lo subjetivo, la labor profesional se limita a la “diligencia apropiada”, entendiéndose como la conducta debida, y no será responsable si no alcanza al desplegar su prestación el objetivo deseado. Así el interés del acreedor está anclado en el “medio” refiriéndose al comportamiento diligente pero cuyo “fin” que es el éxito en la actividad está al margen de la relación obligatoria, es decir de lo exigible por el acreedor con miras a satisfacer su interés. Lo que se espera es solamente la diligencia en la labor, y no más allá de eso aunque el acreedor desee-anhele algún resultado. Así mientras el profesional cumpla con su labor, sin culpa, esto es sin imprudencia, impericia o negligencia aun sin obtener el resultado satisfactorio aunque no exigible deseado por ambas partes, no habrá responsabilidad.

ii) en el inc b) se espera “cierto” resultado concreto, hay un resultado esperado, evidenciándose un desplazamiento de la conducta ya del “medio” al “fin”, es decir no solo incluye la labor diligente, sino una expectativa cierta de satisfacción por parte del acreedor, aunque de todas maneras esto pueda ser “ineficaz”. Esta expectativa integra la relación, aunque al final carezca de utilidades decir de eficacia

iii) en el último supuesto el resultado eficaz está integrado en la relación, donde el fin propuesto coincide con el interés del acreedor, desplazándose toda conducta hacia el “fin”. Si bien seguro que la labor diligente está presente, lo único que importa es el resultado, entendiéndose como tal la obtención del fin propuesto y no otra cosa. (págs. 1; 2)

En definitiva la “sujeción” manifestada en el art. 773 CCyC, a través de sus incisos, consiste en un progresivo desplazamiento de la expectativa de éxito desde solo los medios para obtenerlo hasta concluir con el fin asegurado.

No deja de ser muy interesante citar a Mosset Iturraspe (2003) quien brillantemente marca una diferencia en si la medicina es una profesión liberal o es una profesión social. Analizando la doctrina y al jurisprudencia esta nos muestra que en cuanto al ejercicio de la medicina, como ciencia o arte de curar, ha sido progresivamente día a día menos el resultado de una profesión liberal, es decir librado a ciencia y conciencia, sumado a la habilidad o destreza adquirida en los centros de formación, basado en honestidad y de un juramento hipocrático que lo ubica en la posición de obligado de hacer todo cuanto esté en sus manos para beneficio del paciente.

La cara a la otra realidad es en donde el ejercicio de la medicina visto como una función social, por la resonancia en todo el ámbito comunitario ,donde el medico ha visto limitado su libertad de actuación a exigencias que se desprenden de normas legales entendiéndose como contractuales y a veces restrictivas aunque no fuera del ámbito de la ley que la regulan, algunas en interés del mercado traducido en una población de pacientes cautivos de una obra social, de principios jurídicos o éticos

cuyo desarrollo o extensión va en aumento en el contexto de una medicina privatizada como actividad empresarial, siempre con afán de lucro, líder en prestaciones en contracara con la llamada estatal.

Se podrá apreciar que la liberalidad de la profesión es un término que deberá contemplar matices argumentales para ser verdadero.

También es interesante exponer el diferente encuadre de la relación médico-paciente en el ámbito de la salud pública como sujeto administrado a diferencia con respecto a la salud privada en este caso como contratación directa o a través de medicinas prepagas. Ghersi (2003) concluye que la primera de las cuestiones fue dirimida por la CSJN, que determinó que esa relación es de derecho constitucional de la salud y en ese ámbito los médicos revisten el carácter de funcionarios públicos así como las historias clínicas y demás estudios son documentos públicos y por lo tanto al no existir ni en el derecho Constitucional ni en el Administrativo una regulación de responsabilidad especial se aplica por similitud lo emanado en materia de responsabilidad extracontractual lo regulado en el CCyC vigente. (pág. 170) Sin embargo Cornet (2006) opina que el médico que se desempeña en un hospital público no es ni funcionario ni un empleado público en tanto y en cuanto se limite a realizar los trabajos que correspondan a su profesión (pág. 13). Concuera Prevot (2006) al referir “el médico no es un agente público” (pág. 2).

Asimismo Ghersi agrega que en el ámbito privado, desde la creación de la Ley 24240⁷ y aunque dicha normativa excluya expresamente la responsabilidad de los profesionales, al regular los contratos de adhesión, los contratos entre prestadores de salud incluidos en concepto de medicina prepaga se encuentran incluidos pues se trata de contratos de adhesión científicos. (Pág. 170)

Concuera Cornet (2005) y explica que la doctrina autorial es coincidente, considerando al contrato de atención o asistencia médica como un contrato de adhesión, en donde el establecimiento o el ente

⁷ Ley 24240. Defensa del Consumidor.

fija unilateralmente las condiciones a todas las cláusulas y el paciente se transforma en un consumidor para usar la terminología exacta, y se adhiere sin fijar ninguna condición o cláusula. (pág. 13).

En estos casos Lipari Nicolo citado por Ghersi expresa “faltaría en tales hipótesis, la formación de un verdadero y propio acuerdo en sentido técnico-jurídico”, dando a entender que de una de las partes hay solo un acto meramente cognoscitivo, típico de los contratos de adhesión. (pág. 171)

Martínez (2016) realiza una crítica a la exclusión, adjetivándola como “deliberada”, de las profesiones liberales del ámbito de la Ley de Defensa del Consumidor. (pág. 7).

Así lo expresa el art. 2 de LDC: “...*No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero si la publicidad que haga para su ofrecimiento...*”⁸. Está claro que con esta “injusta expulsión del paraíso protectorio (conf. Art. de la 42 CN) de un número significativo de consumidores y usuarios” (Martínez, 2006, pág. 7) lo que es profesión liberal se remite al régimen de las obligaciones de hacer del código vigente.

Es interesante considerar que aunque las normas precedentes no han remitido al régimen contractual este también resulta aplicable. Martínez (2016) comenta:

“no es necesario un tipo especial para regular el contrato de servicios profesionales... En primer lugar porque la diversidad de actividades hace difícil encuadrarlas en un solo tipo especial y existe mejor adaptabilidad con las normas ya propuestas en el resto de los textos (...) la discrecionalidad técnica, la diferenciación con el contrato dependiente, los efectos de la utilización de terceros, el modo de determinar la obligación del profesional, están contempladas en las disposiciones de obras y servicios. En la parte especial de servicios se remite a las obligaciones de hacer, donde claramente se distinguen los casos de mera actividad de los otros en los que se promete eficacia. También en obligaciones existen previsiones sobre la

⁸ Art 2º. Ley de Defensa del Consumidor.

utilización de terceros, la imputación basada en la estructura del vínculo obligatorio, la confianza especial, y los deberes secundarios de conducta” (pág. 6).

Estando así las cosas, en la realidad de que no existen contratos especiales para profesionales liberales como los médicos, la regulación contractual- extracontractual entre el profesional de la salud y el paciente debemos buscarla en el Código vigente.

Está claro que el régimen legal aplicable a la relación surgida entre el médico y el paciente es el correspondiente a la órbita contractual, por cuanto la mayoría de las veces se trata del incumplimiento del previo acuerdo de voluntades entre el paciente y el acreedor y al profesional. Esto no excluye otros supuestos de responsabilidad extracontractual en los que no media acuerdo de parte, por ej.: en atenciones de urgencia sobre personas accidentadas, o cuando la atención es solicitada por una persona distinta del paciente etc.

Queda por desentrañar cual es la relación obligacional surgida entre el paciente y el medico empleado del nosocomio, dado que con respecto al hospital público como institución estatal, el estado en cualquiera de sus estamentos responde de modo directo por los daños generados y de modo reflejo por el accionar de sus dependientes, en este caso refiriéndonos a los médicos que prestan su labor en la misma. De idéntica manera lo será para las instituciones de salud privadas. Así Prevot (2006) explica que se entiende que:

- a) no se justifica diferenciar la prestación médica según sea asumida por una entidad pública o privada
- b) no hay incompatibilidad entre el concepto por un lado y la noción de servicio público por el otro
- c) no hay una sujeción del paciente hacia el ente; por consiguiente, va de suyo que el médico no es un agente público y que la responsabilidad del estado como persona jurídica se rige por las normas del Derecho Privado, en especial las del Código Civil
- d) consecuentemente, la relación entablada entre el hospital y paciente es de índole contractual. (Pág. 2)

También que queda por definir si la relación entre el paciente y el médico que desempeña su labor en una institución pública o privada es contractual o aquiliana. Tanto doctrina como jurisprudencia debaten arribando a dos posiciones diferentes y contrapuestas a saber:

a) una está representada por quienes sin tener en cuenta el vínculo contractual que conforma la relación paciente-institución, pero considerando que este vínculo es contractual, niegan que quienes actúan como auxiliares o sustitutos que el ente utiliza para su desempeño quede succionado por este, y por lo tanto el vínculo será a título extracontractual.

b) la otra supone que entre el médico en este caso como dependiente de una institución y el paciente existe un vínculo obligacional de tipo contractual. Dentro de esta vertiente la teoría que sobresale y fundamenta la misma es la del contrato social.

Según los postulados trazados por esta última orientación, el médico no puede ser considerado como el autor del hecho ilícito sujeto al principio general de no dañar al prójimo. Su actividad está reglada y controlada por el poder estatal. Actúa sobre los bienes más preciados del ser humano; ergo, su ministerio no se agota en un simple non facere, es decir en el puro respeto de la esfera jurídica del otro. Sin duda hay un vínculo o contacto que asentado en la confianza, precedentemente al daño, se instaura entre paciente y profesional. Hay una cuestión social humanitaria de por medio. La ciencia médica por lo tanto es considerada un servicio de pública necesidad (Prevot, 2006, pág. 2).

Prevot (2006) adhiere a esta última postura, y sostiene que haciendo los cambios necesarios esta última postura es trasladable a nuestro derecho positivo.

3-La ley N° 17132 de Ejercicio de la Medicina y Actividades de Colaboración

Esta ley regula el ejercicio de la medicina, donde en el Título I – parte general comprende disposiciones para médicos odontólogos y colaboradores, y en el Título II se refiere específicamente a los médicos. Es relevante destacar que en Córdoba tenemos nuestra propia ley provincial de salud humana⁹ al que haremos breve referencia después. La primera en su Art. 2° conceptúa el ejercicio de

⁹ Ley Provincial N° 6222/1973. Del ejercicio de las profesiones y actividades relacionadas con la salud humana.

la medicina en su *“inc. a) de la medicina: anunciar prescribir, indicar o aplicar cualquier procedimiento directo o indirecto de uso de diagnóstico, pronóstico y/o tratamiento de las enfermedades de las personas o a la recuperación, conservación y preservación de la salud(...)”*¹⁰. Pero el artículo más relevante que nos vincula al tema tratado es el Art 20 que expresa:

“Queda prohibido a los profesionales que ejerzan la medicina:

1ª) anunciar o prometer la curación fijando plazos;

2ª) anunciar o prometer la conservación de la salud;

*3ª) prometer el alivio o la curación por medio de procedimientos secretos o milagrosos;(...)*¹¹

El médico ateniéndose a lo indicado por el legislador no se encuentra en situación de ninguna promesa, no podrá prometer el éxito de la prestación, sino solo el uso de las técnicas adecuadas disponibles para el intento. Esto también es congruente con la Ley 6222 que en su Art 7 prohíbe: *“inc. II) Anunciar o prometer la conservación de la salud o la curación mediante procedimientos secretos o infalibles o fijando plazos;(...)”*¹². Debemos recordar que la persona que se encuentra afectada por un problema estético, es un paciente enfermo según el concepto actual de salud, por lo tanto la relación médico-paciente se encuentra comprendida dentro del contexto de la misma.

Así Condomi (2001) considera que desde el punto de vista de la responsabilidad civil, está claro que nos encontramos ante una relación cirujano-paciente de índole contractual, por lo tanto la prohibición prevista por la ley 17132 invocada, implicaría en principio que la promesa de un resultado cualquiera sea, tornaría al objeto del contrato en ilícito (...).

¹⁰ Art. 2º. Ley 17132.

¹¹ Art.20. Inc. 1ª; Inc. 2ª; Inc. 3ª. Ley 17132.

¹² Art 7º. Inc. II

De mas esta decir que el profesional que comete un ilícito debe ser juzgado por esto “pero dicho ilícito no debe ser utilizado como argumento para cargar una responsabilidad de resultados sobre el buen profesional” (Patane Villalonga y Patane, 2001, pág. 1).

4- Ley 26529. Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud.

Este instituto fue explicitado en el capítulo anterior. Huelga decir que si bien la ley está referida a los derecho que el paciente dispone, hay una correspondiente obligación del médico de respetar las normas expresadas, y más en el contexto de una cirugía estética, donde la consideración de que la misma está dentro del entorno de la medicina satisfactiva y voluntaria, la omisión o insuficiencia del dato informativo puede generar una objetivación de la responsabilidad asignada al cirujano estético, en donde la doctrina opina que si bien obligación de medios, la misma será juzgada con mayor severidad.

Jalil (2011) citando a citando a Pizzetti, quien “afirma que dada la finalidad que tiene esta tipología de intervenciones quirúrgicas-o sea, las de mejorar el aspecto físico el paciente e incrementar la positividad de su vida de relación-incumbe al médico un deber particular de información va más allá de la simple enumeración y exposición de los riesgos, de las modalidades y las posibles elecciones” (Pág. 2).

Es de entender que la jurisprudencia es conteste en este sentido:

” Resulta comprometida la responsabilidad (...) por los perjuicios demostrados en cuanto derivada de la ejecución de la cirugía embellecedora (lifting manequen) sin observar el inexcusable recaudo del consentimiento informado de su paciente relativo a los riesgos que se corrían y los deméritos posibles que ella podía involucrar, los que de este modo pesan sobre el en el marco de un factor objetivo de imputación de responsabilidad por riesgo de la práctica”.¹³

¹³ Fallo: “R., G. C/W., V. S/Daños y perjuicios”. CNApel. Sala I. Neuquén. (Exp N° 285066/2) 1/10/2009.

Aunque se ampliara en el capítulo específico, el ejemplo es válido, en virtud que la no observancia del requisito del consentimiento informado, deriva en que el responsable quede encuadrado en el art. 1757¹⁴, en el punto “*actividades que sean riesgosas*”¹⁵ y que en su segundo párrafo reza “*La responsabilidad es objetiva*”¹⁶.

5-Conclusiones

Podemos concluir a esta altura del trabajo que la actividad del profesional liberal, entre quienes se incluyen los médicos está regulada de la siguiente manera:

1) en lo referente al Código Civil Vigente:

a) Se aplican las reglas de la obligación de hacer

b) La imputación es subjetiva excepto que se haya pactado un resultado concreto

c) Cuando la obligación de hacer se preste con cosas, la imputación no es objetiva salvo que el daño sea causado por su vicio.

d) La actividad del profesional liberal no está comprendida en la responsabilidad por actividades riesgosas o peligrosas.

e) El régimen de contratos existentes en el Código vigente es aplicable en razón de no existir dentro del mismo contratos especiales que diferencien entre si las distintas profesiones consideradas liberales a los efectos de que cada una tenga su propio diseño del vínculo obligacional.

¹⁴ Art. 1757. Código Civil y Comercial.

¹⁵ Art. 1757. Código Civil y Comercial.

¹⁶ Art. 1757. Código Civil y Comercial.

f) No existen diferencias entre el médico que actúa en el ámbito público o privado. Responderán bajo el Código de Rito de igual manera frente al ilícito o al incumplimiento.

g) Sin perjuicio de casos de relación extracontractual entre médico y paciente, la mayoría de los casos el medico responde desde el punto de vista contractual aun en su función como empleado de una institución pública o estatal.

2) En lo Referente a la Ley de Defensa del Consumidor:

a) No se incluyó en su regulación aunque si con respecto a la publicidad.

b) La doctrina considera que de todas maneras a pesar de la exclusión, a ciertos contratos de atención médica se los considera contratos de adhesión.

3) En lo referente a la Ley de Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividades de Colaboración y su par la Ley Provincial N° 6222 Del Ejercicio de las Profesiones y Actividades relacionadas con la Salud Humana en la Prov. de Córdoba:

a) Las mismas regulan el ejercicio de estas actividades y determinan el control estatal y reglamentación.

b) La violación de las normas expresadas por las mismas da lugar a sanciones, sin perjuicio de lo que corresponda por el Derecho de Daños.

4) En lo referente a la Ley de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales de Instituciones de la Salud:

a) Si bien la misma protege los derechos de los pacientes, la inobservancia de la misma por parte del médico puede ser causa generadora de responsabilidad civil aun en los casos en que el profesional haya desempeñado su actividad de acuerdo a la perfecta lex artis.

Capítulo III

Responsabilidad Civil. Derecho de Daños

1-Introducción.

En el presente capítulo se analizarán los supuestos de responsabilidad civil en general, conceptos básicos sobre el cual luego se desarrollará el tema específico y que sin ninguna duda son igualmente necesarios a la hora de asignar responsabilidad a un profesional médico.

2-La responsabilidad civil en general

Es interesante previo a las definiciones jurídicas descomponer el término responsabilidad civil en algunos enunciados que estén fuera de los presupuestos que luego se verán como constitutivos del deber de reparar. Brevemente que se entiende por responsabilidad: Cerutti (2011) transcribe un concepto concebido por Garzón Valdez:

Emitir un enunciado de responsabilidad significa emitir un enunciado de imputación a un agente moral susceptible de ser reprochado por sus actos y estableciendo una relación causal entre el acto del agente y el estado de cosas; el enunciado de responsabilidad es susceptible de ser ampliado o restringido y para formularlo es necesario presuponer libertad en el agente (rechazar el determinismo) y la relación de causalidad (aceptar la inducción). (Pág. 29).

En este contexto se deberá hacer breve referencia sin explayarnos demasiado en contextos filosóficos que no son el motivo del presente trabajo, donde determinismo se refiere a una corriente filosófica según la cual todo fenómeno está prefijado de una manera necesaria a las circunstancias o condiciones en que se produce y por consiguiente, ninguno de nuestros actos son voluntarios o libres sino previamente y necesariamente preestablecidos. Visto desde esa manera no hay responsabilidad adjudicable, concepto inimaginable socialmente.

Asimismo el termino inducción también hace alusión a formas de razonamiento que consiste en establecer una ley o conclusión general a partir de la observación de hechos o casos particulares ,o también un tipo de razonamiento en que la verdad de las premisas brinda apoyo a la verdad de la conclusión pero no la garantiza. Así la causalidad aceptando la inducción constituiría en “una actitud pragmática fundamental para poder conducirnos en sociedad siguiendo reglas cuya violación va acompañada de sanción”. (Cerutti, 2011, pág. 28).

Para Cerutti (2011) citando a Kelsen, “la responsabilidad es un término que se construye a partir de la noción primaria de sanción. Así solo será responsable un individuo a quien sea pasible de aplicarle una sanción”. (Pág. 45). Pizarro y Vallespinos citados por Cerutti (2011) aportan al origen etimológico de la palabra responsabilidad pero ya en un contexto más específico del derecho de daños y consideran que “la responsabilidad civil es la obligación de resarcir todo daño injustamente causado a otro. (Pag.51).

Ya hay definición de responsabilidad civil, agregando un término que es “obligación”, entendiendopor tal “la relación jurídica en virtud de la cual el acreedor tiene un derecho subjetivo a exigir del deudor una determinada prestación, orientada a satisfacer un interés lícito y ante el incumplimiento a obtener forzosamente la satisfacción de dicho interés”.(Cerutti, 2011, pág. 51) Aquí se vincula claramente el termino responsabilidad a obligación y daño, termino este último que veremos al estudiar los presupuestos de la responsabilidad civil.

Concluyendo se define la responsabilidad civil como “*la obligación de resarcir el daño injustamente causado a otro, en las condiciones que fija el ordenamiento jurídico*”. (Pizarro y Vallespinos, 2014, pág. 45). Por ordenamiento jurídico se entiende el sistema jurídico considerado como un todo, es decir completo.

Es interesante agregar que en lugar del termino responsabilidad civil, que tal como se expresó se refiere al deber genérico de reparar, actualmente alguna doctrina prefiere se referirse a la misma como

Derecho de Daños, concepto considerado más abarcativo y en ese sentido Cerutti citando a Pizarro y Vallespinos expone “que con estos términos se engloban todas las cuestiones vinculadas con la prevención, la reparación del daño y eventualmente con la punición y el pleno desmantelamiento del ilícito dañoso” (pág. 16).

3-Principios constitucionales de la responsabilidad civil.

Nuestra carta magna en su art.19 expresa:

Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan el honor y el orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”¹⁷

Tal artículo constituye uno de los principios fundamentales constitucionales y se denomina “*principio de reserva*”. En lo que nos interesa no habrá responsabilidad civil cuando nuestras acciones no perjudiquen a un tercero fundamentalmente sin perjuicio de los demás contenidos del artículo. Este principio esta apuntalado por otros tales como el “*alterum non laedere*” (CSJN. Aquino Isacio c/Cargo SA.) y el *neminem laedere*. Es interesante explayarse sobre tales términos que aunque parezcan similares tienen sus diferencias.

En este contexto Cerutti cita al Dr. Humberto Vázquez, Profesor Emérito de la UNC que explica “el principio *neminem laedere* significa exactamente: no dañar a nadie o a nadie dañar, o sea un principio muy general; mientras que el *alterum non laedere* significa no dañar a otro, o sea ya estamos pensado en una relación intersubjetiva” (Pág. 12-13). Cerruti agrega mencionando al Dr. Luis Felipe Aliaga Jofre que el origen de estos principios se encuentra en la filosofía griega estoica y se atribuye a Ulpiano la “*Tría Nomina Praecepta Iuris (sunt): Honeste vivere, Alterum non laedere y suum cuique*

¹⁷ Art. 19. Constitución Nacional.

tribuere". (Pag.13). Se conocen como los tres principios o postulados del derecho y significan vivir honestamente, no dañar a otro y dar a cada uno lo que corresponde o lo suyo.

4-Factores de atribución de la responsabilidad civil en general

También los podemos conceptualizar como los presupuestos necesarios de la responsabilidad civil o en su caso del deber de reparar configurada esta. Sería mejor denominarlos supuestos de configuración de la responsabilidad civil para diferenciarlos del factor de atribución integrante de estos supuestos. Son cuatro y son indispensables a saber:

4.1. Daño. "Es el primer presupuesto ya que sin la presencia de daño o perjuicio no hay acción de responsabilidad civil". (Cornet, 2005, Pág. 7)Alguna doctrina entiende que es el principal, pero de todas maneras no se puede concebir el deber resarcitorio sino concurren todos. "Si no hay daño no hay interés y como enseña la teoría general del proceso sin interés no hay acción" (Stiglitz, 1997, Pág. 181), en otra interesante definición citando el principio jurídico rector de las acciones: el principio de interés. Presente en nuestro CCyC: "*Concepto de daño. Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva*".¹⁸. Considero necesario citar concisamente los requisitos de existencia del mismo, que luego se traducirán en el deber de reparar expresados en nuestro código vigente: "*Requisitos: para la procedencia de la indemnización debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente (...)*"¹⁹

4.2. Antijuricidad: Es toda conducta humana comisiva u omisiva contraria al ordenamiento jurídico considerado en su totalidad. Es cualquier obrar contrario al derecho. Se regula en el Código: "*Antijuricidad. Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está*

¹⁸ Art.1737. Código Civil y Comercial.

¹⁹ Art.1739. Código Civil y Comercial.

justificada”²⁰. Cerutti citando a Alberto Bueres conceptualiza “La antijuricidad como concepto inicial supone un juicio de menosprecio hacia el ordenamiento, comprensivo este de las leyes, las costumbres, los principios jurídicos estrictos dimanantes del sistema y hasta el orden natural (...)”. (Pag.255). Sin embargo es interesante destacar brevemente en razón que no es el tema de este trabajo referir que parte de la doctrina nacional opina que la antijuricidad no es un presupuesto necesario del deber de reparar. Es decir que hay veces que hay resarcimiento sin antijuricidad, pues hay una juricidad del daño.

Nuevamente Cerutti citando a la prestigiosa jurista Zabala de González afirma que “La antijuricidad no es un presupuesto indispensable ni constante de la responsabilidad resarcitoria, son eventual y únicamente aplicable a obrar humano doloso (...)”. (Pág. 269). Claramente al exigir la acción del hombre, supone innecesario formular un juicio de ilicitud o licitud cuando el daño proviene del riesgo de las cosas por ej. La conclusión sería: “Causar daño a otro viola la norma implícita en el derecho argentino que establece la prohibición de dañar, por consiguiente estos deben ser reparados exceptuando que operen causas de justificación y como estas son conductas permitidas no se configura la antijuricidad y los daños son justificados” (Cerutti, 2011, pág. 274).

No menos importante es referirse a la distinción entre lo que llamamos antijuricidad formal y antijuricidad material. La distinción entre ambas surgió a partir de Von Litz, quien marco que “si la violación alcanza solo a la forma de la norma, esto es su apariencia, su exterioridad, habrá antijuricidad formal. Si lo que lesiona es la sustancia de la norma, el contenido mismo los valores que la ley quieren salvaguardar hay antijuricidad material” (Ossola, 1997, Pág. 71)

Así no será necesario que la prohibición del acto se encuentre expresamente consignado en la misma ley, alcanza que surja con claridad de su articulado. Ossola (1997) explica “La conducta materialmente antijurídica es tal, por cuanto tiene una determinada manera de ser que la vuelve contraria al derecho,

²⁰ Art.1717. Código Civil y Comercial.

aun cuando no pueda ser alcanzada formalmente por el sistema de prohibiciones que contempla el sistema normativo”(pág. 74).

4.3) Relación de Causalidad: también nexo de causalidad. Se la puede conceptualizar como la conexión fáctica, o nexo que vincula materialmente y de manera concreta la acción humana y el resultado, en este caso el daño producido. Brevemente se hará referencia a las teorías imperantes respecto de la relación de causalidad.

4.3.1) Teoría de la equivalencia de condiciones. Toda condición que contribuye a producir el daño tiene el mismo valor. Las críticas a esta devienen que es demasiada amplia.

4.3.2) Teoría de la causa próxima: esta sería la más cercana en orden cronológico al evento dañoso. Esta circunstancia es real pero no siempre certera.

4.3.3) Teoría de la condición preponderante y la condición eficiente: evaluado el daño se busca cual podría ser la causa con mayor poder intrínseco para producirlo.

Estas tres teorías hacen referencia a una condición, que no debe ser confundida con causa. La condición es un mero antecedente del resultado, no es la causa de este, aunque a veces la condición pueda asumir especial idoneidad y ser adecuada para calificarla de causa.

4.3.4) Teoría de la causalidad adecuada: la causa del daño es la que acostumbra ser en este tipo de daño, regularmente conforme al curso normal y ordinario de las cosas. Aquí causalidad significa regularidad: lo que acostumbra a suceder en la vida misma. De esta manera Goldemberg (1997) afirma “el agente solo debe responder de las consecuencias regulares de su acción; esta debe ser idónea para producir el efecto operado, tiene que determinarlo normalmente”. (pp. 113-114). Siempre son juicios retrospectivos, y sin extenderme es interesante citar el concepto de “prognosis póstuma”: en doctrina se denomina así al procedimiento consistente en determinar ex post facto

(pronóstico objetivo-retrospectivo) las posibilidades de un resultado en función de las condiciones precedentes. (Goldemberg, 1997, pág. 114).

Nuestra legislación toma esta última teoría y lo expresa en el CCyC: “*Relación causal son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño (...)*”²¹. Este integrante de los factores de atribución del daño es de juicio de valor neutro.

4.4) Factor de atribución: es el fundamento del deber de reparar y consiste en imputar a una persona las consecuencias dañosas del ilícito en la responsabilidad extracontractual como del incumplimiento obligacional en la responsabilidad contractual. Este componente de los factores de atribución de la responsabilidad civil conlleva un juicio de valor axiológico de máxima importancia. Si bien existen en el sistema de responsabilidad civil dos componentes, es decir la denominada responsabilidad contractual y extracontractual el código vigente los ha unificado en el CCyC expresando: “*Deber de reparar. La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación da lugar a la reparación del daño causado...*”²² Aunque han persistido algunas diferencias, solo me referiré a las mismas cuando sea pertinente.

Los factores de atribución pueden ser subjetivos u objetivos. Así reza el Art. 1721: “*Factores de atribución. La atribución del daño al responsable puede basarse en factores objetivos o subjetivos. En ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa*”.²³ Nuestro código establece claramente las diferencias en los articulados ss. “*Factores subjetivos. Son factores de subjetivos de atribución la culpa y el dolo. La culpa (...) comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos*”²⁴, artículo que no necesita ser explicado. “*Factor objetivo. El*

²¹ Art.1726. Código Civil y Comercial.

²² Art. 1716. Código Civil y Comercial.

²³ Art. 1721. Código Civil y Comercial.

²⁴ Art .1724. Código Civil y Comercial.

*factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad...*²⁵. Aquí no importa la culpa, no es relevante, habrá responsabilidad aunque sin culpa. “El criterio objetivo pondera el perjuicio realmente causado con independencia de la conducta del incumplidor” (Ordoqui Castilla, 2014, pp.99-100).

Entonces si el factor de atribución es subjetivo, ya sea por dolo o culpa la responsabilidad será subjetiva, y por consiguiente si es objetivo, la responsabilidad será objetiva, expresada en nuestro CCyC en el Art. 1723 “*Responsabilidad objetiva: Cuando de las circunstancias de la obligación, o de lo convenido por las partes, surge que el deudor debe obtener un resultado determinado, su responsabilidad es objetiva*”²⁶ Esto cambia todo el espectro de obligaciones asumidas por el deudor de la relación y los eximentes incluyendo la carga de la prueba.

Aunque se verá más adelante específicamente respecto de la responsabilidad civil asignada al cirujano estético, el vínculo jurídico existente entre la culpa, propio del factor de atribución subjetivo y la responsabilidad objetiva, cuyo factor de atribución es el objetivo, donde se ha prometido un resultado considerado así como un caso típico de responsabilidad objetiva en la teoría del responder con deber de resarcir, parte de la doctrina infiere que aun en estos últimos casos debe haber culpa. Es decir si bien hubo una promesa, que no fue satisfecha para que se configure la obligación de resarcir igual debe haber culpa.

5-Obligación de medios y de resultados

Sin desarrollar profundamente este título, pero lo suficiente para que sirva de pilar al tema específico, Glibota Landriel concluye que nadie duda en reconocer que Rene Demogue fue quien sistematizo esta cuestión en analogía al derecho penal

²⁵ Art. 1722. Código Civil y Comercial.

²⁶ Art. 1723. Código Civil y Comercial.

vinculando las obligaciones de medios o de diligencia con los delitos formales, es decir con aquellos en los que el tipo se configura aunque no medie resultado (delitos en grado de tentativa); en tanto que a la noción de obligaciones de resultado la decanto a la perspectiva del delito desde el punto de vista material (delito consumado).(Pág. 208).

La doctrina comparada es conteste en afirmar que la distinción entre obligación de medios y de resultados fue creada para responder sobre todo a la carga de la prueba. Sin embargo actualmente tal distinción respecto a la carga de la prueba es escasa. “Su función principal radica en constituir una verdadera divisoria de aguas en lo que hace al factor de atribución de la responsabilidad aplicable” (Jalil, 2010, pág. 2).

Con distintas concepciones, con respecto a la relevancia de la mentada distinción, desde la imposibilidad total de lograr distinguir ambos extremos hasta posturas pétreas referentes a su aplicación, lo cierto que la positivización de estas obligaciones en nuestro derecho, genero su incorporación al Código Civil y Comercial vigente.

Si bien la doctrina ha intentado explicar cuál es el sesgo que las diferencia, se hará hincapié en que tal distinción tiene que ver con el grado de “aleatoriedad” frente al resultado, teoría que acompaña este trabajo. Es decir que si el logro del fin objeto de la relación posee aleatoriedad, o sea que el mismo escapa del dominio absoluto o parcial de actor, nos hallamos frente a una obligación de diligencia. “En las obligaciones determinadas (de resultado), el azar se encuentra en mínima expresión, en cambio en las de prudencia y diligencia (de medios) es constitutivo (...)”. (Glibota Landriel, 2016, Pág. 214) Quedan dos términos que se ampliarán en la discusión más adelante: azar y fundamentalmente aleatoriedad.

6-Conclusiones

Se manifiesta en este capítulo los fundamentos de la Responsabilidad Civil, con los supuestos que configuran el deber de reparar. Se conceptualizó el término Derecho de Daños, muy interesante concepto que engloba todos los aspectos resarcitorios. Surge como disímil con respecto a la antijuricidad, el dato que para cierta doctrina la antijuricidad no es un presupuesto indispensable para la configuración del deber resarcitorio. También se destaca como relevante el concepto que para diferenciar las obligaciones sean de medios o de resultados, estas tienen que ver con el componente aleatorio de las mismas.

Capítulo IV

La responsabilidad Civil del Médico.

1-Introducción

En el presente capítulo ya teniendo en mente al médico como sujeto de responsabilidad, en el contexto del ámbito normativo que regula la profesión, y luego de un repaso de la responsabilidad civil en general, abordaremos la responsabilidad civil enfocándonos en la actividad, aunque siempre se podrá apreciar alguna comparación entre los médicos en general y los especialistas en cirugía estética sobre todo al cuando se haga referencia a la relación sea contractual o extracontractual.

2-Responsabilidad de los médicos.

Cornet (2005) citando a Trigo Represas relata que “la responsabilidad profesional es en la que incurre todo individuo que ejerce una profesión, al faltar a los deberes especiales que esta le impone; o sea se trata de una infracción típica, concerniente a ciertos deberes propios de esa determinada actividad.(pág. 8)

Entonces de acuerdo a lo transcrito tal responsabilidad es a consecuencia de una infracción típica a los deberes propios que esa determinada actividad conlleva, ya que se supone que todo sujeto que practique o ejerza una profesión tiene los conocimientos teóricos y prácticos necesarios, suficientes y propios de la misma, y está obligado a obrar con la previsión necesaria ajustada a las reglas y métodos correspondientes.

Resumiendo para que exista responsabilidad médica, es menester que exista falta o incumplimiento de los deberes de la profesión atinada.

Por lo tanto para que quede configurada la responsabilidad debe concurrir:

- a) obligación preexistente (atender, curar, calmar al paciente)
- b) falta médica (impericia, imprudencia, negligencia, inobservancia de los deberes y reglamentos a su cargo, es decir que el medico sea tenido por culpable del daño;
- c) daño ocasionado;
- d) determinismo causal entre el acto médico y el daño ocasionado. (Cornet, 2005, pp 8-9)

Es obvio que la responsabilidad civil del médico concuerda entonces con la de cualquier ciudadano con respecto al daño. En el caso del profesional de la salud la obligación preexistente, está referida a su ámbito de desempeño, por lo tanto deberá, si interviene a un paciente por ej., realizar el seguimiento médico hasta su curación o desenlace que corresponda de acuerdo a la patología. Sin embargo con referencia a la falta o culpa médica se deberán tener en cuenta algunas circunstancias, y lo mismo con referencia al nexo de causalidad en materia médica.

3- La culpa medica

La doctrina entiende que la culpa profesional es considerada como aquella por la cual una persona reputado como profesional falta a los deberes especiales que la misma profesión le impone, y así la de los médicos no es diferente a la culpa definida normativamente en la cual cualquier persona profesional o no, pueda incurrir y causar daño.

“En ese sentido precisa Lorenzetti que la responsabilidad profesional es una especie de la responsabilidad por daños, y, consecuentemente se le aplican los principios generales, no existiendo una culpa medica especial, ni tribunales éticos, ni regímenes de excepción. No hay una noción bivalente de culpa” (Prevot, 2006, pág. 5).

Está claro que así vista, la culpa es un defecto, desviación o extravío de la conducta o el apartamiento de una regla, patrón o norma. Prevot (2006) abunda al conceptualizar la culpa como la violación de un deber preexistente o la omisión de una diligencia exigible destinada a evitar o prevenir un daño.

Clásicamente se considera que la culpa contiene un componente subjetivo, que es la ausencia de la voluntad de causar daño o por lo menos la no aceptación del daño a los derechos o intereses de otra persona, y otro objetivo, que es la falta de diligencia exigida por el Derecho.

“Por ende dice Fernández Hierro, la culpa medica consiste en la falta de diligencia o previsión que acarree la infracción de alguno de los deberes médicos, más precisamente, en la violación del deber objetivo de cuidados. En la base de toda responsabilidad galénica ha de existir la culpa médica, y esta, como omisión de la diligencia del art. (...), equivale al incumplimiento o defectuoso cumplimiento de la *lex artis* (...)” (Prevot, 2005, pág. 6).

Resumiendo la culpa profesional y en este caso del médico no tiene un concepto diferente de la culpa en general. Pero no hay dudas que con respecto al criterio de valoración, referente a la culpa médica hay una diferencia de la culpa general. En relación a esas pautas de valoración

“es ardua tarea, imposible, pensar en una regla absoluta o querer trazar una línea categórica de demarcación para deslindar donde principia y donde termina la responsabilidad médica, debiendo cada caso ser resuelto con un alto criterio de equidad sin excesiva liberalidad, para no consagrar prácticamente la impunidad con el consiguiente peligro para el enfermo y sin excesiva severidad que lleve a tornar imposible el ejercicio de la medicina “(Cornet, 2005, pp.10-11).

Así la culpa médica se presenta de maneras o facetas distintas:

a) negligencia, que es cuando el medico omite cierta actividad que habría evitado el daño, es decir no hace lo que debe, o hace menos. Por ej.: intervenir quirúrgicamente a un paciente y no realizarle el seguimiento adecuado con las curaciones etc., ni dejar a nadie a cargo en el caso que por motivos deba ausentarse.

b) imprudencia, que es cuando el galeno obra precipitadamente, sin tener en cuenta las consecuencias en que puede desembocar se obrar irreflexivo. Comete este acto por ej. un cirujano que sin respetar un protocolo de intervención quirúrgico comprobado como suficiente y efectivo, va “más allá”, sin motivo y sin tener en cuenta cuantas lesiones pueda generar por esta aventura.

c) impericia, es decir el desconocimiento de las reglas, técnicas, protocolos y métodos efectivos pertinentes. Aquí el médico no sabe o no tiene el entrenamiento y practica suficiente, pero igual lo hace. Vale como ej., un Cirujano Urólogo que intente realizar un by pass coronario, actividad propia de un Cirujano Cardiovascular.

4-Nexo de causalidad en medicina

Se discrepa con respecto al número de elementos necesarios para que a ciertos hechos se le atribuyan consecuencias jurídicamente dañosas, capaces de generar resarcimiento. Ya se ha visto en capítulo anterior la discrepancia respecto a si la antijuricidad es un presupuesto indispensable entre los factores de atribución clásicamente atribuidos al derecho de daños. También el dato de que si el nexo de causalidad es una presupuesto indispensable puede ser debatible al menos para alguna doctrina.

Es verdad que la doctrina tradicional ha señalado siempre que cualquiera sea el fundamento de la responsabilidad civil, para que esta tenga lugar es decir, para que se pueda hacer recaer el deber de resarcir el daño a una persona, es necesario que exista un lazo causal. Tal como se define la relación de causalidad es la necesaria conexión fáctica que debe existir entre la acción del humana y el daño, el indispensable enlace material entre el antecedente y el consecuente que causaran la “mutación de la realidad mundana” (Prevot, 2006, pág. 2).

Desde otra óptica también se predica que la relación de causalidad puede ser un presupuesto prescindible, en razón que bajo ciertas circunstancias se deben reparar daños en casos donde por ejemplo su autor es desconocido. El tema amplio aunque no motivo de este trabajo implica preguntarse si hay

causalidad en la omisión, o en las actividades grupales con autores no identificados, o por hechos mediatos. En resumidas cuentas Prevot (2006) propone diferenciar entre causalidad e imputación objetiva, basándose en que el término “causalidad” se encuentra desprovista del ropaje jurídico necesario a diferencia del de “imputación objetiva” que es una cuestión netamente jurídica.

“No es cierto que se responda por causar un daño sin más: se requiere de una indagación valorativa en virtud de la cual se decida si el causante es o no a quien el ordenamiento habrá de imputarle jurídicamente el menoscabo (...) Por eso la doctrina más reciente subraya con razón la independencia y, en su caso, también la primacía del baremo normativo de la imputación objetiva frente a la categoría científico-naturista de la causalidad (Prevot, 2006, pág. 3).

No menos interesante como interrogante es que si existe o no la causa médica. Prevot (2006) citando a Mosset Iturraspe alerta sobre el peligro que implica la gestación de un concepto propio de “causa médica” como enunciado dotado de estrechez propio de su ministerio a diferencia de la amplitud y flexibilización de la “causa medica jurídica”

Para el profesional de la medicina la causa generadora del menoscabo debe buscarse siempre en el antecedente próximo de la enfermedad, entendiéndose por tales las afecciones, síntomas o condiciones que derivan de cierta situación patológica. El hombre de leyes además de evaluar tal hipótesis, es decir, las condiciones preexistentes del paciente, prestara especial atención a la conducta desplegada por el médico, como vehículo agravante del desorden subyacente o acelerador del resultado final dañoso, cuando no causa nova y exclusiva del perjuicio (Prevot, 2006, pág. 4)

Esta manera de ver las cosas es de excepcional importancia, con respecto al vínculo con que los médicos ven a las cuestiones jurídicas en torno a las demandas de daños y viceversa. Según lo expuesto precedentemente al valorizar los hechos en torno a una situación jurídica dañosa el juzgador no dejara de tener en cuenta la “causa médica”, pero decidirá en base a la “causa jurídica”, a diferencia de los médicos que se limitan a expresarse en torno a estos desenlaces limitándose a fundar la valoración de sus actos en el solo acto médico, sin tener en cuenta que en el derecho de daños, la resolución final parte de un tribunal con poder de decisión y no de uno científico-ético relativo a su profesión.

Las explicaciones de los hechos frente a este último comité evaluador referentes a las causalidades serán, aunque compartidas por los juzgadores, distintas y hasta entendibles, a diferencia de las expresadas frente a un tribunal judicial, donde la causalidad tiene otro patrón distinto. Claramente los médicos no entienden esto y este trabajo tiene como fundamento generar valor agregado ayudándolos a la comprensión de estos hechos.

5-Régimen de responsabilidad Contractual o Extracontractual.

Previo a la aplicación de los supuestos de procedencia del médico respecto de la responsabilidad civil, hare referencia a la relación contractual entre el galeno y el paciente como elemento clave determinante para dilucidar el carácter de la obligación asumida, en definitiva si el vínculo jurídico médico-paciente está regulado como contrato de locación de obra o de locación de servicios.

Está claro que la responsabilidad el medico es contractual, aunque también existen casos de extracontractual que no se trataran en este trabajo. De esta manera el medico se compromete a tratar la enfermedad, poniendo en ello su conocimiento científico específico y el enfermo se compromete a pagar sus honorarios es decir retribuirlos.

Hay que considerar que en general no hay firma de instrumentos que consignen los derechos y obligaciones de las partes y cuando la hay el contrato no tiene contenido normativo. Las partes no discuten las cláusulas que la jurisprudencia ha admitido como contenidas en el negocio; existe un amplio contenido implícito (Cornet, 2005, pág. 12)

También el paciente no está obligado a tratarse, tiene libertad contractual y puede rescindir cuando desee el contrato debido a su autonomía de voluntad, aunque a veces en este caso debe cumplirse con alguna formalidad. Este es un contrato *intuitu personae*, rescindible por cualquiera de las partes, de tracto sucesivo, bilateral, oneroso, civil, no formal y no hay subordinación entre médico y paciente. Nuestro Código vigente expresa:

“Definición: hay contrato de locación de obra o servicios cuando una persona según el caso el contratista o el prestador de servicios, actuando independientemente, se obliga a favor de otra, llamada comitente, a realizar una obra material o intelectual o a proveer un servicio mediante una retribución”²⁷

Claramente el Derecho Nacional divide al contrato de locación de obra con relación a su objeto: producción de una obra material o la realización de una obra intelectual o inmaterial.

La doctrina imperante actual considera al contrato del paciente con el medico como contrato de servicios y no como contrato de obra. De esta manera el medico solo puede prometer el tratamiento adecuado, es decir una actividad técnica científica, pero no el resultado es decir la curación.

También en el Derecho comparado español la doctrina y jurisprudencia en su mayoría entiende que la relación médico-paciente consiste en un arrendamiento de servicios. En Brasil la tesis de locación de servicios también se considera mayoritaria, y en ese país se aplica el código de defensa del consumidor, pero el medico responderá por culpa (Cornet, 2005).

La pregunta es si el contrato de cirugía plástica se encuentra comprendido dentro de estas consideraciones. Es visible que ambos contratos presentan la similitud de que consiste en una actividad personal dirigida a una finalidad, donde la locación de servicios consistirá en cumplir una determinada prestación a “favor” del comitente personificado por el paciente en este caso, mientras que en de locación de obra la actividad está dirigida a la producción de la obra encomendada “en” el paciente.

Es interesante la lectura de trabajos que relatan la evolución de la doctrina española que ha sido errática desde la subjetividad pura pasando por la contracara, es decir la objetivación absoluta ligada al contrato de locación de obras, hasta consagrar que el contrato del profesional médico con el paciente

²⁷ Art. 1251. Código Civil y Comercial.

es de arrendamiento de servicios aunque con un plus asociado a la rigurosidad de la prestación y al deber de información en el supuesto de la cirugía estética. Luis Gómez Rufián nos relata

Durante la década de los ochenta, y especialmente en la de los noventa, se vino a asimilar los supuestos de responsabilidad civil en la especialidad de estética como un arrendamiento de servicios próximo al de obras; en la que la responsabilidad se declaraba cuando el cumplimiento era defectuoso y no se obtenía el resultado esperado (Gómez Rufián 2015 pág. 189).

Continúa explicando que siendo la cirugía estética una especialidad novedosa, contemplado dentro de la medicina voluntaria, se tendió a incluir a esta en un régimen de responsabilidad agravado por la vocación proteccionista de la figura del paciente pero que genero enormes asimetrías y conflictos en el tratamiento jurídico cuando se generaba la controversia jurídica (Gómez Rufián, 2015). Algo así como que siendo una especialidad nueva hubo que ubicarla en un contexto jurídico y los códigos vigentes la emparejaron con el concepto de locación de servicio próximo al de obra o de obra directamente.

De aquí que se haya distinguido jurídicamente en el sentido de que la cirugía asistencial identificaría la prestación profesional con la <<locatio operatum>>, mientras que la <<cirugía satisfactiva>> se identificaría con la <<locatio operis>>, esto es, con el plus de responsabilidad que, en este último caso, comporta la obtención del buen resultado o, dicho con otras palabras el cumplimiento exacto del contrato en vez del cumplimiento defectuosos (Gómez Rufián, 2015, p 190).

Sin embargo esta postura no iba a obtener una verdadera continuidad con el tiempo, y la doctrina resultadista y objetivadora comenzara a mostrar fisuras, tanto como la consiguiente estructura de obligaciones correspondientes.

Así el acuerdo que celebra el especialista en cirugía plástica con el paciente es muy cercano al de locación de servicios, por el cual el medico se obliga a procurar el embellecimiento aplicando toda su ciencia, técnica y diligencia y no se compromete a obtener el resultado, sino que el galeno se obliga a

mantener una conducta que dentro de lo que es razonable esperar conducirá a un resultado, cuya obtención no garantiza (Cornet, 2005).

Si bien la responsabilidad médica en materia de cirugía estética es de igual naturaleza a la que puede incurrir en el campo de la cirugía curativa, difiere en cambio, en extensión, toda vez que en aquella su conducta se aprecia con mayor severidad que en esta. La cirugía estética está regida por idénticos principios de la cirugía en general (Avalos Rodríguez, 2012, pág. 2)

6-Obligaciones en el ámbito médico. Importancia de la distinción

Este tema se considera la piedra angular del debate acerca de qué tipo de responsabilidad la compete a los médicos en general y cual a los especialistas en cirugía estética. Con aceptación jurisprudencial podemos diferenciar entre:

1) Obligación de medios: consiste en “poner todos los medios a su alcance entendidos estos como todos aquellos que la ciencia médica tiene a su disposición para lograr un resultado favorable” (Romero Coloma, 1999, pág., 3). Aquí el medico en carácter de deudor se obliga a realizar una conducta diligente comprometiéndose a poner de su parte los medios disponibles razonablemente conducentes para arribar al resultado que se tuvo en mira, pero sin garantizarlo o asegurarlo.

2) Obligación de resultados: En este caso el medico se obliga a una conducta para llegar a un resultado que garantiza. Aquí se puede decir que si la obligación es determinada y el resultado no ha sido obtenido estaríamos frente a un incumplimiento que genera responsabilidad objetiva.

7-Falsa distinción entre obligación de medios y de resultados. Necesidad de culpa

La importancia de la distinción radica entonces en el factor de atribución de la responsabilidad, por consiguiente la carga de la prueba de la “culpa”.

Quien contrajo una obligación de resultado en el contexto médico y no obtuvo el resultado comprometido, será responsable objetivamente prescindiendo de la culpa, y deberá fundar su descargo en los eximentes contenidos en la responsabilidad objetiva. Sin embargo doctrina y jurisprudencia afirman que sea cual sea la obligación asumida no puede haber responsabilidad sino hay culpa, o sea aun en presencia de una obligación de resultados es necesario la presencia la culpa como factor de atribución de la responsabilidad civil.

Relata Moisa (2014) que en el fallo “Sigillo, Laura A. v. Mugaburu Pedro y otro s/daños y perjuicios, resuelto por la sala K de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil” (pág. 1) , decisorio sobre un caso de cirugía estética, se pone en duda la utilidad de la clásica distinción de Demogue entre obligaciones de medios y de resultados, tal como me he referido más arriba, y se destaca puntualmente que la aplicación dogmática rígida de ella puede ser motivo de resultados disvaliosos y cita “aun cuando pueda afirmarse que con la cirugía no se logró el resultado esperado la autora no puede imputar al médico responsabilidad, sino probando que por el obrar culpable de este quedo insatisfecho ese objeto” (Moisa, 2014, pág. 1)

Continúa el mismo fallo con citas de prestigiosa doctrina: “Aunque negada por ciertos autores (...) la necesidad de culpa no tiene excepciones” (Moisa, 2014, pág. 1) y “Excepción no hay ni en el ámbito de la cirugía estética (...)” (Moisa, 2014, pag1 1).

No esta demás agregar que para para esta doctrina existe una falsa distinción entre la obligación de medios y la de resultados. Así con citas dogmáticas se considera que toda obligación importa una obligación de medios, técnicamente incluye el deber genérico de diligencia y prudencia, y una obligación de resultado, es una obligación en sentido propio, opinando que la distinción queda sin sustento, pues toda obligación persigue siempre un resultado: el cumplimiento de la prestación ejecutada con prudencia y diligencia.

Entonces las obligaciones de medios no son verdaderas obligaciones pues carece de uno de los elementos necesarios del vínculo obligatorio que es la obligación concreta, estando presente solo el deber de prudencia y diligencia, también presente en el caso de asumir una obligación de resultado, ni la responsabilidad objetiva es una verdadera responsabilidad al prescindir de la culpa.

En este sentido se afirma que entre deber y obligación existe una relación de genero a especie, en la cual el deber es el género, mientras que la obligación es la especie. Y esto pone de relieve la verdadera transcendencia de la pulcra delimitación del contenido de las obligaciones con las reglas de la carga de la prueba y nada más. Así las virtudes de esta delimitación no deben ser exageradas.

Para abundar se cita que la recurrencia automática y la fortificación de la clasificación de obligaciones de medios y resultados delatan “mediocridad y comodidad” (Prevot, 2011, pág. 1) evidenciado que en el momento de fundamentar el decisorio se transmiten a fallos reiterando otros sitios en precedentes de otrora y “que tal distinción no debe ser concebida como una ley científica o una fórmula matemática” (Prevot, 2011, pag1).

Su carácter es de valor relativo puesto que entre otras cosas solo tiene valor en el ámbito contractual, hace crisis a la hora de definir el régimen de responsabilidad y no sirve ni para predeterminar la carga de la prueba puesto que se la emplea luego del evento dañoso o sea a posteriori.

Estando así las cosas la lógica de la conclusión no admite otro criterio. Más allá de las objeciones transmitidas en el presente trabajo, ya nadie puede garantizar el resultado de un tratamiento médico o de una intervención de cualquier tipo cuando existen factores que escapan al control del obligado. Lo más que se puede pedir al médico que cumpla su deber con prudencia y diligencia, en definitiva sin culpa lo que nos lleva al terreno de las responsabilidades de índole subjetivas con obligación de medios.

“Llambias en opinión que compartimos, expresa que no hay diversidad de naturaleza entre la obligación del cirujano común y la de quien practica la cirugía estética” (Cornet, 2005, pág. 20) La cirugía estética se hace mayormente con el mismo instrumental que se usa en otro tipo de intervenciones, y como toda cirugía está expuesta a infecciones, hematomas, cicatrización defectuosa aun con la mejor técnica y en las mejores condiciones.

Desde mi punto de vista sería sumamente riesgoso exigirle al cirujano estético, siempre y en todos los supuestos, una obligación de resultados. Hay que pensar que no siempre se puede asegurar o garantizar al paciente un resultado favorable. Ello depende de múltiples factores, entre ellos la capacidad reactiva del propio enfermo, que constituye sin duda, un factor que no se puede prever de antemano (Romero Coloma, 1999, pág. 4).

Para abundar “Comparto el criterio doctrinario y jurisprudencial que rezan que la obligación del cirujano estético es medios (...)” (Colazo, 2010, pág. 4). Cuando hablamos múltiples factores, o de factores que escapan al control del obligado nos remitimos a palabras que antes cite: azar y alea, siendo esta última la que más representa la situación del profesional médico de cualquier tipo en su actuación intersubjetiva con el paciente.

8-Alea

Por definición alea es una palabra latina que significa fortuna o suerte. Alea por lo tanto es sinónimo de azar. En medicina a pesar de los grandes avances científicos farmacológicos y tecnológicos se trabaja siempre sobre un cuerpo humano y eso implica diferente respuesta al actuar del galeno, aun en condiciones similares y pacientes similares.

Los médicos denominan a esto riesgo terapéutico, riesgo médico o riesgo quirúrgico y tienen una expresión que la representa: en medicina dos más dos nunca es cuatro. Por más superlativo que sea la conjunción tecno-científica de la unidad prestacional y más habilidoso sea el profesional siempre existirá este riesgo.

El riesgo es un componente del alea. La mayor o menor aleatoriedad del resultado dependerá de muchos factores, entre ellos edad, estado previo, la patología etc., incluso como dijimos en la mejor unidad médica, o en manos del mejor galeno.

No queda dudas que el alea es criterio de la obligación de medios y “esto nos permite afirmar que, en el derecho médico, no hay lugar para una obligación de resultado, sino, para una obligación de medios” (Moisa, 2014, pág. 1)

.Así el mero hecho de no obtener el resultado, aunque no prometido, no puede traer como consecuencia la responsabilidad civil del médico, dado que la ciencia médica aun en el estado avanzado en que se encuentra, todavía tiene sus limitaciones y en el componente humano del paciente enfermo siempre existe un alea que estará fuera del cálculo más riguroso de las previsiones más prudente, de cualquier estadística por más beneficiosa que sea, lo que obliga a restringir el campo de la responsabilidad.

(i) Los médicos actúan sobre personas con o sin alteración de salud y la intervención médica está sujeta como todas al componente aleatorio propio de las mismas con sus riesgos o complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas no son similares en todos los casos y el fracaso de la intervención puede no estar tanto en la mala praxis cuanto en las simples alteraciones biológicas; y (ii) lo contrario supondría prescindir de la idea subjetiva de culpa cuando está reconocido científicamente que la seguridad de un resultado no es posible, pues no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual (Gómez Rufián, 2015, p.202).

Pero aquí surge otro motivo de debate que divide las aguas entre quienes son objetivistas puros referidos a la actividad médica y quienes no lo consideran así y es si quien se somete a cirugía estética es una persona sana o una persona enferma.

9-Paciente enfermo o paciente o cliente sano

Dentro del marco de la denominada medicina satisfactiva, también voluntaria se encuentra la cirugía del embellecimiento o estética. La cuestión que se debate es si los pacientes a quienes algunos denominan clientes son personas sanas o enfermas.

Según la Organización Mundial de la Salud en setiembre de 1978, en Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de la Salud de Alma-Ata objetivos y estrategias de la salud concluyo en primer punto

La conferencia reitera firmemente que la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades, es un derecho humano fundamental, y que el logro del grado más alto posible de salud es un objetivo social sumamente importante en todo el mundo, cuya realización exige la intervención de muchos sectores sociales y económicos además del de la salud (Patane Villalonga y Patane. 2001, pág. 2).

En esta declaración se reiteró fuertemente lo que ya estaba como punto 1 del preámbulo de la Constitución de la OMS de 1946²⁸. Está claro que el concepto de salud entiende un equilibrio armónico entre su soma, su psiquis y el medio en que se desenvuelve.

La sociedad actual resalta la importancia de lo exterior, por lo cual es importante para la mayoría de las personas presentar un cuerpo armónico, es decir ajustado a las proporciones entre las partes que componen el mismo. No es nuevo este concepto. Ya en la antigüedad la belleza se explicó aritméticamente: así las proporciones armónicas están formadas por un segmento mayor y otro menor que guardan entre si la siguiente proporción: 1: 1.618.... Todo lo que se ajuste a esa proporción será objetivamente armónico y subjetivamente agradable a la vista. Se la conoce como la Divina Proporción, también la regla de oro, sección aurea o sección dorada y se atribuye a Leonardo Da Vinci y aunque la historia sea más larga de relatar no es motivo de este trabajo.

²⁸ Preámbulo de la Organización mundial de la Salud (OMS).New York 22/7/1946.

Convenimos que algunas personas, cuando están fuera de las proporciones armónicas, que no es necesario de calificar como deformidad, puede presentar un desajuste al medio social y perder el estado de bienestar psíquico y convertirse en una persona enferma.

No cabe duda que la sociedad actual mediatizada y consumista “vende” imágenes a seguir, y también es real que quien se ajusta a estándares de belleza obtiene mejores oportunidades en la vida aun sin la necesaria calificación meritocrática.

Sin embargo hay algún trabajo que niega tal situación, y denomina al paciente, prisionero de un trastorno psíquico que le genera una minusvalía en el normal desempeño social, como cliente en alusión a la ausencia de enfermedad, llegando al punto de considerar que el trastorno que es psíquico, dado que lo que llaman defecto pero que es normal para la especie no es materia que daba tratar un cirujano estético es decir “no es incumbencia específica de este médico y en todo caso , no pueden equipararse a aquellas dolencias concretas (enfermedad en sentido restringido o tradicional), a estas otras que empalman actualmente con corrientes posmodernistas o light” (Condomi, 2001, pág. 1).

Esta corriente opina que el paciente debe ser abordado por otros profesionales de la salud en clara referencia a un psicólogo por ej. Felizmente estas opiniones son minoritarias, y actualmente se considera que la cirugía estética “cumple realmente una función curativa, adaptando al sujeto a las condiciones que le exige el medio, acercándolo al ideal de salud” (Patane Villalonga y Patane, 2001, pág. 2).

Está claro que una persona que decide someterse a una intervención quirúrgica que en teoría no es necesaria , es costosa, tiene un posoperatorio a soportar y conlleva riesgos etc. no se encuentra en bienestar psíquico y social, por lo tanto no es una persona sana.

10-Conclusiones

Como conclusiones del presente capítulo se vio que la responsabilidad civil, no es distinta en ningún ámbito, ni siquiera el médico, en razón de no existir ninguna normativa específica, ni tampoco en lo referente a la culpa, comparativamente con la culpa médica. Sin embargo al referirnos a esta última se destaca que alguna doctrina considera que el criterio valorativo de la culpa general se debe diferenciar con respecto a la culpa profesional en razón del bien en juego.

También de la lectura del presente capítulo se considera la relación médico – paciente de índole contractual, sin perjuicio de casos donde compete la responsabilidad aquiliana. De la obligación asumida dentro de esta relación, podemos extraer como concepto que en este ámbito, la necesidad de culpa genera que, la diferencia ya sea de medios o de resultado pueda ser un concepto falso.

Se muestra que parte de la doctrina considera al nexo de causalidad un presupuesto no indispensable, eligiendo el concepto superador de imputación objetiva a diferencia de este, deslindando diferencias entre causa médica y causa jurídica.

De vital importancia para la comprensión de las conclusiones generales será la incorporación del concepto Alea y entender que actualmente la persona que se somete a cualquier cirugía estética es un paciente y por lo tanto un sujeto enfermo.

Capítulo V

La responsabilidad del Cirujano Estético

1-Introducción

Este capítulo está destinado a abordar, previa conceptualización de mala praxis, la responsabilidad asumida por el cirujano estético con apoyo jurisprudencial. Se desarrollara sobre todo el andamiaje doctrinal necesario construido en los anteriores capítulos en virtud de que esta especialidad constituye una especie dentro del género de la medicina siendo muy relativos y solidarios entre ellos y la extensión amerita el desarrollo previo.

2-Mala Praxis

A esta altura de desarrollo del presente trabajo han quedado claro diversas circunstancias referentes a la responsabilidad de los médicos en general y algunas referidas a los médicos esteticistas. Las mismas nos indican que la medicina es una ciencia, no exacta pero no por menos desprovista de las garantías que la regulan como tal, que quienes la ejercen deben concluir una formación que los autoriza a ejercer, con la pericia debida en su arte, denominada *lex artis ad hoc*, y que por tales motivos les competen a quienes la ejercen las generales de la ley, así a quien cometa daño, antijurídico, aunque debemos recordar que hay doctrina que niega la necesidad de la antijuricidad como supuesto indispensable, con nexo de causalidad adecuado y factor de atribución deberá responder.

También que dentro de estas las responsabilidades de carácter civil, a las cuales como exprese no escapen los profesionales de la salud, ya sea por ilícito o contractuales se encuadran dentro del marco de las responsabilidades subjetivas, en cualquier especialidad, y que las mentadas obligaciones ya de medios o de resultados, si bien presentes en el ámbito medico se desdibujan bajo pena de generar un daño jurídico a la hora del decisorio, concluyendo que para todas las actividades medicas la obligación es de medios con necesidad de culpa.

Que aunque se trate de cirugía estética el alea siempre existe. Pero generado el hecho que sentencia mediante obliga al deudor medico a resarcir, estaremos en presencia de lo que denominamos mala praxis médica.

La mala praxis implica por definición, el ejercicio inidóneo de una actividad y la inidoneidad se traduce en lenguaje jurídico en ausencias de diligencias debidas apropiadas de conformidad con la naturaleza de la prestación que forma el contenido de una obligación cualquiera. Importa el obrar desajustado a un deber jurídico que puede sustentarse en una estipulación contractual previa o en el deber general de no dañar que se encuentra implícito en todo el ordenamiento jurídico (Avalos Rodríguez, 211, pág. 1).

Es claro que el termino mala praxis, que implica el mal desempeño en cualquier profesión quedo muy asimilado a la actividad medica aunque exista mala praxis en abogacía, arquitectura etc.

En este contexto es un supuesto de antijuricidad, que mediando daño en un paciente, en una relación de causalidad adecuada con una conducta culpable merecerá el reproche que constituye el núcleo y fundamento de la responsabilidad civil.

Muy relativo al termino mala praxis de valor jurídico, es el termino iatrogenia, de uso en el ambiente médico, y que consiste en el daño o alteración de la salud de la persona causado por el actuar de un médico o actor subordinado a tal. Por lo general quien comete iatrogenia comete mala praxis, aunque no siempre será así, porque a veces se produce iatrogenia aun cuando el procedimiento de desarrolla de manera adecuada, pero aun así causa un efecto adverso o no deseado generando algún daño.

3- La responsabilidad civil del cirujano estético como obligación de medios.

En los capítulos anteriores se analizó todo el material necesario para arribar a decisorios que mostraran que a la situación problemática presentada desde el punto de vista de este trabajo obtuvo una respuesta fundada. Así previamente se conceptualizo el sujeto médico especialista en cirugía estética, los aspectos normativos que regular su desempeño, un refrescamiento del concepto de

responsabilidad civil en general y también la vinculada al médico, distinta doctrina referente a factor de atribución y nexo de causalidad en área médica, alea y definición de enfermedad por la ONU.

Es de sumo interés transcribir parte sustancial de fallos surgidos del derecho comparado español, que muestran la tendencia actual con referencia a la asignación de la responsabilidad del cirujano plástico, ante demandas sobre intervenciones de estética, en este caso una abdominoplastia de evolución tórpida, pudiendo apreciar que las mismas fueron resueltas sobre la base de obligación de medios:

La distinción entre obligación de medios y de resultado no es posible mantener en el ejercicio de la actividad médica, salvo que el resultado se pacte o se garantice, incluso en los supuestos más próximos a la llamada medicina voluntaria que a la necesaria o asistencial, cuyas diferencias tampoco aparecen muy claras en los hechos, sobre todo a partir de la asunción del derecho a la salud como una condición de bienestar en sus aspectos psíquicos y social y no solo físico. (...). Obligación del médico es poner a disposición del paciente los medios adecuados, y en especial ofrecerle la información necesaria, en los términos que exige la ley(...), vigente en el momento de los hechos teniendo en cuenta que los médicos actúan sobre personas, con o sin alteraciones de la salud, y que la intervención médica está sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma, por lo que los riesgos o complicaciones que se puedan derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas, especialmente las estéticas, son los mismos que los que resultan de cualquier tipo de cirugía: hemorragias, infecciones, cicatrización patológica o problemas de anestesia, etc. Lo contrario supone poner a cargo del médico una responsabilidad de naturaleza objetiva en cuanto se le responsabiliza exclusivamente por el resultado alcanzado en la realización del acto médico, equiparando el daño al resultado no querido ni esperado, ni menos aún garantizado, por esta intervención, al margen de cualquier valoración sobre culpabilidad y relación de causalidad, que en definitiva, le impediría demostrar la existencia de una actitud médica perfectamente ajustada a *lex artis* (Arbesu González V. 2016, pág. 122).

Para abundar en el mismo sentido se transcribe parte de los fundamentos de otra sentencia de los Tribunales españoles, rechazando una demanda incoada sobre la base de intentar adjudicar al cirujano estético, el deber de resarcir apoyándose en la teoría de que la cirugía plástica, entra dentro del

concepto de medicina voluntaria, es decir no medicina necesaria o asistencial, la cual fue rechazada con los siguientes argumentos:

La distinción entre obligación de medios y de resultado (...), no es posible en el ejercicio de la actividad médica, salvo que el resultados e garantice, incluso en los supuestos más próximos a la llamada medicina voluntaria que a la necesaria o asistencial, cuya diferencia tampoco aparece muy clara en los hechos, sobre todo a partir del derecho a la asunción de la salud como bienestar en sus aspectos psíquico y social, y no solo físico. La responsabilidad del profesional médico es de medios, y como tal no puede garantizar un resultado concreto. Obligación suya es poner a disposición del paciente los medios adecuados comprometiéndose no solo a cumplimentar estas técnicas previstas para la patología en cuestión, con arreglo a la ciencia médica adecuada a una buena praxis, sino a aplicar estas técnicas con el cuidado y precisión exigibles de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención, y , en particular a proporcionar al paciente la información necesaria que le permita consentir o rechazar una determinada intervención. Los médicos actúan sobre personas, con o sin alteraciones de la salud, y la intervención médica está sujeta como todas, al componente aleatorio de las misma, por lo que los riesgos o complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas son similares en todos los casos y el fracaso de la intervención puede no estar tanto en una mala praxis cuanto en las simples alteraciones biológicas. Lo contrario supondría prescindir de la idea subjetiva de culpa, propio de nuestro sistema para poner a su cargo una responsabilidad de naturaleza objetiva derivada el simple resultado alcanzado en la realización del acto médico, al margen de cualquier valoración sobre culpabilidad y relación de causalidad y de la prueba de una actuación médica ajustada a *lex artis*, cuando está reconocido científicamente que la seguridad de un resultado no es posible pues no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual. Las doctrinas sobre medicina curativa-medicina satisfactiva, y sobre la obligación de medios-obligación de resultado (...), no se resuelve en respuestas absolutas, dado que según los casos y circunstancias concurrentes caben ciertos matices y moderar las consecuencias. Las singularidades y particularidades, por tanto, de cada supuesto influyen de manera decisiva en la determinación de la regla aplicable al caso y la responsabilidad consiguiente. (Arbesu González V. 2016, pp 168-169).

De notoria similitud, en ambos casos es contundente el decisorio respecto a la obligación asignada al cirujano plástico, evidenciándose también la tenencia a copiar los fallos, argumento presentado en páginas anteriores.

4-Jurisprudencia

4.1. Fallo: CNCiv., sala A, 21/09/2010, M., S. M. c M., E. R y otro.

Sumarios.

1. Debe rechazarse la acción de daños y perjuicios promovida contra un cirujano plástico por un paciente disconforme con los resultados obtenidos con la lipoaspiración de su abdomen, si de la pericia medica oficial surge que el accionar del demandado no se apartó de las reglas de la buena práctica médica y que las lesiones que presentaba el actor eran propias de los riesgos genéricos de todo procedimiento quirúrgico, pues ello pone de manifiesto que aquel no actuó con culpa ni en la operación ni en el periodo de revisión y consulta posterior.

2. La obligación asumida por el cirujano plástico es de medios y no de resultado, por cuanto, al igual que toda prestación médica, el profesional no puede tener plena seguridad de éxito en la aplicación de su técnica, desde que no todas las reacciones del organismo son controlables por ella.

3. No hay diversidad de naturaleza entre la obligación del cirujano común y la de quien practica la cirugía estética, sino diversidad de criterio para apreciar con mayor severidad la culpa del médico.

De la lectura de los considerandos del fallo completo surgen elementos contundentes - que se han desarrollado a lo largo de todo este trabajo- que fundan el decisorio avalando que la obligación del cirujano plástico es de medios:

(...) Bajo este contexto (...) corresponde en primer término analizar el marco jurídico que debe adoptarse en los casos de cirugías estéticas o embellecedoras, vale decir si el médico debe responder en el supuesto que el resultado no sea favorable o si, por el contrario, su obligación se halla circunscripta a comprometer de su parte las diligencias necesarias para lograr el resultado esperado.

(...) En general, la doctrina fija el criterio distintivo sobre la base de la existencia o inexistencia de un alea en la ejecución de la obligación: de haber alea, la obligación seria de medios; de no haberla de resultado.

(...) Desde esta aguda visión (...), resulta evidente que no podría concluirse que el Dr. M. se hubiera obligado a realizar la cirugía tal (...) porque, por lo visto ello es materialmente imposible, en tanto que el favorable resultado depende de insospechadas variables que escapan a la voluntad del cirujano, por más empeño que hubiere empleado en la intervención.

(...) En efecto no puede soslayarse que la medicina no es una ciencia exacta, donde sea factible garantizar un resultado, por más sencilla que fuera la intervención o el tratamiento, porque ello implicaría aceptar que el organismo humano es una pieza que responde en forma igualitaria ante determinados actos.

(...) Según la Organización Mundial de la Salud, se entiende como salud a un estado de bienestar físico, psíquico y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades (...).

(...) Sin embargo, no siempre la cirugía terapéutica persigue solo la curación o mejoramiento de la salud; también hay casos en los que, al curarlo o mejorarlo se lo embellece. De la misma manera la cirugía estética no solo persigue el embellecimiento del paciente; también hay casos que al embellecerle corrigiendo un defecto físico, se lo cura o mejora con criterio amplio- de una fealdad.

(...) Para reafirmar el criterio que considera que la obligación asumida por el cirujano plástico es de medios y no de resultado, se ha sostenido que, por un lado, la Ley Nacional 17.132 que regula el ejercicio de la medicina a nivel nacional prohíbe en su art. 20 anunciar o prometer la curación o la conservación de la salud. Análogamente tampoco puede prometer o asegurar el embellecimiento o la mejoría física del paciente.

(...) Además, y sin perjuicio del precepto legal enunciado y de las legislaciones provinciales que imponen esta prohibición, en la cirugía plástica- al igual que en toda prestación medica siempre está presente el alea que caracteriza a las obligaciones de medios.

(...) Bajo estos parámetros, considero que esta última postura explica mejor la real situación que caracteriza a la responsabilidad del cirujano plástico, porque estando presente dicho alea, no puede exigirse al profesional que asegure un resultado.

(...) Dentro de este mismo contexto y siguiendo a Llambias, entiendo que no hay diversidad de naturaleza entre la obligación del cirujano común y la de quien practica la cirugía estética (...)

4.2. Fallo: CApel.Civ., sala V, 05/4/2017, S, M. J vs. V. C., J.; SEGUROS MEDICO SA.

Se transcriben partes de los considerandos que abonan la postura asumida en el presente trabajo referido a la tesis que la obligación del cirujano estético es de medios, y otros de utilidad previamente reflejados:

(...) La relación jurídica que se establece entre el médico y el paciente es de naturaleza contractual, salvo los servicios prestados espontáneamente y sin consentimiento o contra la voluntad del enfermo.

(...) En efecto, la obligación asumida por el facultativo frente al paciente reviste en principio, el carácter de una obligación de medio y no de resultado, consistente en la aplicación de su saber y de proceder respecto del cual está comprometido a practicar una conducta diligente, que normal y ordinariamente pueda alcanzar una curación ello, el fracaso o ausencia de éxito en la prestación de los servicios, en sí mismo, no significa incumplimiento ni acarrea responsabilidad civil. Ello es así en razón que la ciencia médica no es exacta y, en consecuencia no puede garantizar el éxito de la totalidad de sus aplicaciones, pues no todos los organismos humanos responden igualmente ante estímulos o intervenciones similares (...).

(...) Con respecto a la específica relación entre cirujano plástico y paciente, adhiero a la postura según la cual no hay diversidad de naturaleza entre la obligación de cualquier médico-incluso la del cirujano común-, y la de quien practica la cirugía estética (...)

(...) Ello en razón que, al igual que en toda prestación médica, siempre está presente el alea que caracteriza a las obligaciones de medios.

(...) En ese orden, se ha dicho que la ciencia médica no proporciona un conocimiento exhaustivo de las leyes naturales que regulan el organismo (...) ampliándose de este modo el grado de incertidumbre sobre los resultados finales de la intervención del facultativo; incertidumbre que este no podrá eliminar, al menos en términos absolutos por inspirado que resulte su arte. Agregándose que no se advierte que esto cambie sustancialmente en el campo de la cirugía plástica pues en este ámbito el médico tampoco tendrá plena seguridad de éxito en la aplicación de su ciencia, técnica y arte, sobre quien requiere su actuación ya no todas las reacciones del organismo son abarcables y controlables por ella.

(...) Siguiendo el razonamiento vertido en el fallo bajo cita, cabe agregar que encontrándose presente dicho alea no puede exigirse al profesional que asegure un resultado.

(...) Además, de ello entiendo que el cirujano plástico no puede prometer o asegurar el embellecimiento o mejoría física del paciente, pues esta alcanzado analógicamente por la prohibición de ofrecer la curación infalible de determinadas enfermedades (...) y, de anunciar o prometer la curación o conservación de la salud prevista en el art. 20 de la ley nacional 17132 que regula el ejercicio de la medicina a nivel nacional.

(...) De acuerdo a lo expresado, la falta de éxito en la prestación del servicio médico- en el caso un cirujano plástico-, no necesariamente conduce a la obligación de resarcir al damnificado, ya que el galeno cumple empleando la razonable diligencia que es dable requerir (...). Esa es la obligación asumida ya que el cirujano no puede asegurar un tratamiento o una operación exitosa, sino únicamente⁴ utilizar las técnicas adecuadas para ello. El éxito en estas prestaciones no depende enteramente del profesional, sino que a veces se ve influenciado por factores ajenos a él (...).

Con características similares al fallo anterior, si aprecian valoraciones similares, basadas en la relación contractual, presencia de alea lo que condiciona la obligación de hacer a una de medios, y las referencias a la ley nacional regulatoria del ámbito médico.

4.3. Fallo CApel. Civ. I Cir. Sala I. Neuquén, 1/10/2009. “R., G. D. c/ W., V. s/daños y perjuicios” (Exp. 285066 – Año 2002).

(...)En las operaciones plásticas no cabe entender que el facultativo se obliga a lograr el resultado buscado por él y su cliente sino, más bien, a ejecutar con diligencia lo que la ciencia, la técnica y el arte medico se indican como conducentes para ello, según las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Si bien el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el galeno deberá valorarse con mayor rigor, ello no cambia el carácter de la obligación, de medio y no de resultado (...)

(Aun cuando se ha adjudicado particular relieve al deber de información, cuando se trata de cirugías estéticas con fines de embellecimiento, debiendo satisfacerse de una manera prolija y pormenorizada; y concordantemente se la ha considerado como inexcusable en estos supuestos (...)

(...)Resulta comprometida la responsabilidad (...) sin observar el inexcusable recaudo del consentimiento informado de su paciente relativo a los riesgos que se corrían y los deméritos posibles que ella podrían involucrar , los que de ese modo pesan sobre el en el marco de un factor objetivo de imputación de responsabilidad(...)

De la lectura de parte de los fundamentos del fallo, aparte de considerar que la cirugía estética se rige bajo de concepto de responsabilidad de medios, se puede apreciar que aun así la valoración se hará bajo la lupa de un rigor incrementado, y que la ausencia del consentimiento informado, o que es lo mismo la información insuficiente objetivizara una responsabilidad inicialmente considerada subjetiva.

4.4. Fallo “B. de M. M. B. c/Medicus S.A. y otro s/daños y perjuicios. Expte. Libre N° 472151, 8/4/2008.

(...)A pesar de las críticas de que fue objeto en nuestra doctrina la clasificación entre obligaciones de medios y de resultado (...) es dable rescatar el valor de dicha clasificación por la utilidad práctica y pedagógica que presenta; no obstante su indudable relatividad final (...). Conforme a esta clasificación si bien ya no se discute que la responsabilidad médica en general lo que interviene es una obligación de medios pues el deber de responder se asienta en la culpa (responsabilidad subjetiva), se han planteado algunas discrepancias en las cirugías estéticas no terapéuticas, o sea cuando ellas apuntan al mero embellecimiento y tienen, por ende una finalidad puramente cosmética. Se sostuvo de ese modo que se tratarían de obligaciones de resultado, pues la ausencia en el paciente de un estado patológico implicaría que, de no habérselo prometido un resultado feliz, no se hubiera sometido al acto quirúrgico(...) siguiendo otros precedentes aun en las cirugías de puro embellecimiento existe un alea, que por lo regular no desconoce el paciente, conforme al cual es posible que no se logre el resultado esperado, no obstante que el medico haya empleado en la intervención la mayor de las diligencias. Asimismo destaca que la ley 17132(art 20, inc 1 y 2) no establece distinción alguna según el tipo de operación; de manera que en todos los casos el profesional asume una obligación de medios. De ahí que, en uno u otro supuesto, no se descarta la existencia de riesgos y por ende no se alterara la naturaleza de la obligación asumida por el profesional. (...)De lo hasta aquí expuesto se desprende que los médicos que practican una cirugía meramente embellecedora asumen una obligación de medios, conclusión fundamental que hace al factor de atribución aplicable.(...)Ello hace que han de jugar las reglas generales que apuntan a la responsabilidad subjetiva; lo que significa que será la idea de culpa la que intervendrá (...) Es verdad que la ciencia médica no proporciona un conocimiento total y absoluto de las leyes naturales que regulan el organismo, por lo que no es un dato menor la magnitud de lo desconocido y la singularidad de cada paciente que arroja un cierto grado de incertidumbre sobre los resultados finales de la intervención que realiza el facultativo. Ello es así porque las reacciones del cuerpo humano aunque respondan a un patrón de conducta-son pasibles de imponderables que torna insegura toda conclusión. En consecuencia, bien se ha dicho que si planteamos que estamos ante una obligación de resultado, se estaría aceptando que la promesa del médico se efectuó en violación de la antes mencionada ley 17132.

La lectura de este fallo se encuentra en consonancia con todo lo vertido anteriormente, y se destaca la asunción doctrinaria que si el medico promete un resultado, tal situación configuraría un ilícito en

violación a la ley 17132, y no es pasible de aceptar jurisprudencialmente que el medico está sujeto a una obligación de resultado sin aceptar la comisión del delito violatorio a tal ley.

4.5. Fallo: CNApel. Civil, Gral. San Martin, Sala II, causa N° 54.741, 17/2/2005, “Muzupapa, Margarita Julia c/Rodriguez, Rolando Javier y otro s/daños y perjuicios”

(...) frente a las características que exhibe el caso de autos y en la franca intención de evitar una rígida adhesión a construcciones que ofrecen algún matiz dogmático, impropias cuando no peligrosas a la tarea de juzgar con justicia un caso-que he de fundar el reproche en la responsabilidad objetiva no ya por la índole de la prestación comprometida (cirugía plástica – embellecedora .- obligación de resultado) sino por una significativa y particularísima ausencia – la de un consentimiento informado – determinante en mi criterio de la configuración del reproche en el marco objetivo(...)

En el presente fallo, se aprecia la orientación inicial del juzgador de no discutir ya cual es la responsabilidad emergente del acto médico, que deviene subjetiva con la consiguiente obligación de medios, sino de fundar el reproche en un elemento más que contundente y reflejado en capítulos anteriores: la ausencia del consentimiento informado.

(...)Respecto de tan visceral recaudo debo indicar que “es sin duda en estos supuestos, tal vez como en ningún otro, en los que el sujeto, dado que va a ser objeto de actos que involucrarán un detrimento físico (se espera que temporario) en aras de la satisfacción de un padecimiento eminentemente psicológico, debe saber con absoluta exactitud, a que riesgos se somete, cual es el precio (en salud física) que puede tener que llegar a pagar para obtener los ansiados (y muy respetables) beneficios deseados(...)Por tanto no cabe dudar de la exigencia prolija y pormenorizada del consentimiento informado en la cirugía con fines cosméticos.

(...) regla que opera como modulo o estándar ponderativo, concurrente a la focalización y discernimiento de tal deber, que ciertamente impacta en la responsabilidad derivada de la prestación médica (...).

Está claro que la ausencia de la información debidamente documentada, implica un cambio en la responsabilidad asignada al cirujano estético.

5-Conclusion

De la lectura del presente capítulo, donde se ha hecho referencia al término mala praxis en principio, lo más importante es considerar que en los fallos presentados queda aclarada la posición doctrinaria actual respecto a cuál es la responsabilidad asignada al cirujano estético y otros datos que veremos en las conclusiones finales.

Capítulo VI

Conclusión

Conclusiones generales

El corolario del presente trabajo amerita un desarrollo secuencial de las conclusiones parciales de cada capítulo. Así definimos “medico”, a una persona que a través de una estructura de diseño curricular con autorización estatal de nivel universitario, obtiene un grado que lo acredita como tal y que le permite prestar servicios dentro del marco de este.

Este desempeño tiene ciertas características que son: autonomía técnica debiendo obrar supeditado a las reglas de “*lex artis*” de la profesión, con habilitación emitida por entidades diseñadas a tal efecto, en un contexto de habitualidad y presunción de onerosidad, con respeto a las normas éticas que la profesión imponga.

La especialización consiste en adquirir conocimientos en una determinada rama de la medicina, lo que permite y autoriza a desempeñarse en ese campo y no otros, siendo una habilitación posgrado. Esa especialización implica que su conducta y desempeño serán observados con mayor rigurosidad que al médico común sin especialización, dado que estamos en presencia de un experto frente a un profano en la vinculación médico-paciente.

Tan es así, que el correcto desempeño de la actividad no solo implica obligaciones legales, morales, sino también intersubjetivas traducidas en el deber-obligación de informar gravitatorio con efectos jurídico de vital importancia, pues será un elemento de indubitable valor para el juzgador a la hora de la valoración de la responsabilidad civil del galeno. Este deber-obligación deberá quedar plasmado a través del debido documento, denominado consentimiento informado, regulado por la ley de derechos del paciente. Su ausencia convierte la responsabilidad subjetiva inicial del galeno en una objetiva por asunción de los riesgos.

Pero el medico como integrante de la sociedad también está sujeto a la potestad reguladora y disciplinaria de la ley, y será responsable ante el incumplimiento o el ilícito. Esta responsabilidad es un capítulo más dentro del vasto espectro de la responsabilidad civil en general, por lo que para su configuración se requiere la concurrencia de los mismos elementos que son comunes a cualquier acto dañoso, esto es, de una conducta antijurídica, en relación de causalidad adecuada y que se le pueda atribuir al autor el hecho. Es destacable referir que alguna doctrina no considera a la antijuricidad como elemento indispensable dentro de los factores de atribución.

Los galenos también denominados profesionales en el arte de curar, están incluidos en nuestro CCyC bajo el artículo 1768 – Profesiones Liberales - Libro V - Capítulo I - Responsabilidad Civil, destacando la normativa vigente que el deber de resarcir el daño generado por el experto profesional se rige en principio por las reglas aplicables a la responsabilidad subjetiva y solo en el párrafo siguiente queda abierta la posibilidad de que el profesional se haya comprometido a obtener la satisfacción del resultado buscado por el acreedor asumiendo una responsabilidad objetiva, y así según su promesa, la obligación asumida será de medios o de resultados.

En el mismo CC y C claramente excluyen a los profesionales liberales del sistema de responder por el hecho de cosas riesgosas y actividades peligrosas. Entonces al desempeño del profesional médico se aplican las reglas de la obligación de hacer, siendo la imputación de carácter subjetiva salvo que se haya pactado un resultado concreto donde será objetiva,, y no está comprendida en la responsabilidad por actividades riesgosas o peligrosas de la sección 7°.

Con respecto al régimen de contratos existentes en el Código vigente es aplicable en razón de no existir dentro del mismo, contratos especiales que diferencien entre si las distintas profesiones liberales a los efectos de que cada una tenga su propio diseño del vínculo obligacional, ni tampoco existen diferencias entre el médico que actúa en el ámbito público o privado. Responderán bajo el la ley de igual manera frente al ilícito o al incumplimiento y de todas maneras el Código vigente los ha

unificado. Lo habitual es la relación entre médico y paciente sea de carácter contractual sin perjuicio de casos de relación extracontractual, aun como trabajador independiente o como empleado de una institución privada o estatal.

En lo Referente a la Ley de Defensa del Consumidor, no se incluyó en la regulación la prestación pero si lo a la publicidad. Aun así la doctrina considera que a pesar de la exclusión, a ciertos contratos de atención médica se los considera contratos de adhesión.

Como regulación específica los médicos lo están bajo la Ley Nacional de Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividades de Colaboración N° 17132 y su par la Ley Provincial N° 6222 Del Ejercicio de las Profesiones y Actividades relacionadas con la Salud Humana en la Prov. de Córdoba, cuyo quebrantamiento da lugar a sanciones, sin perjuicio de lo que corresponda por el Derecho de Daños. Puntualmente la violación del art. que prohíbe prometer la curación, implica un delito que torna ilícito el acto.

Con respecto a la Ley de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales de Instituciones de la Salud, si bien la misma protege los derechos de los pacientes, la inobservancia de la misma por parte del médico puede ser causa generadora de responsabilidad civil objetiva tal como hemos visto aun en los casos en que el profesional haya desempeñado su actividad de modo correcto y eficiente.

En este contexto definimos que la responsabilidad profesional es en la que incurre todo individuo que ejerce una profesión, como consecuencia de una infracción típica a los deberes implícitos propios que esa determinada actividad, pues es de suponer que todo sujeto que ejerza una profesión tiene los conocimientos teóricos y prácticos necesarios, suficientes y propios de la misma, y está obligado a obrar con la previsión necesaria ajustada a las reglas y métodos correspondientes.

Así para que quede configurada la responsabilidad civil del médico debe concurrir:

- a) obligación preexistente de prestar el servicio que el paciente necesita.
- b) culpa médica (impericia, imprudencia, negligencia, inobservancia de los deberes y reglamentos a su cargo). Esta culpa, si bien no difiere de la culpa jurídica, parte de la doctrina considera que debe ser avizorada bajo criterios más estrictos en razón del bien en juego, referidos a la vida y la salud de las personas.
- c) daño ocasionado.
- d) Nexo causal entre el acto médico y el daño ocasionado. También aquí se ve un debate doctrinario, pues ciertos trabajos proponen reemplazar el término nexo de causalidad más propio de las ciencias naturales, por el de imputación objetiva, dentro de un contexto de análisis jurídico de la causalidad adecuada.

Con referencia a la mentada distinción entre obligación de medios y la de resultados, también un sector de la doctrina opina que existe una falsa distinción entre ellas. Esto es así, pues se considera que toda obligación importa una obligación de medios, o sea técnicamente incluye el deber genérico de diligencia y prudencia, y una obligación de resultado, es una obligación en sentido propio, opinando que la distinción queda sin sustento, pues toda obligación persigue siempre un resultado: el cumplimiento de la prestación la que se obligó y ejecutada con prudencia y diligencia.

La medicina no es una ciencia exacta. Por más avanzada que se encuentre siempre existe un alea que tornara incierto cualquier resultado esperado, o deseado. Así el mero hecho de no obtener el resultado, aunque no prometido, no puede traer como consecuencia la responsabilidad civil del médico y el componente humano del paciente contiene un alea que estará fuera del cálculo más riguroso y de las previsiones más prudentes, lo que obliga a restringir el campo de la responsabilidad.

No hay dudas de que el alea es criterio de la obligación de medios y de esta manera se puede concluir que, en el derecho médico, no hay lugar para una obligación de resultado, sino, para una obligación de medios.

Asimismo, a partir de las conclusiones emitidas por la ONU, toda persona que se somete a una cirugía estética es considerada un paciente, es decir una persona enferma.

Lo opuesto a la buena praxis médica es la mala praxis, que consiste en el ejercicio inidóneo de la actividad médica, que en términos jurídicos consiste en la ausencia de las diligencias apropiadas de conformidad con la naturaleza de la prestación cualquiera sea la obligación asumida por el galeno, y es el termino más popular para redefinir las demandas por daños contra médicos, en el marco de la responsabilidad civil.

2. Conclusión final.

Por todo lo expuesto, la responsabilidad civil asignada al cirujano estético es de obligación de medios.

BIBLIOGRAFIA

Legislación

1. Constitución de la Nación Argentina.
2. Código Civil y Comercial Argentino
3. Ley Nacional del Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividades de Colaboración.
4. Ley Provincial 6222/1973 del Ejercicio de las Profesiones y Actividades relacionadas con la Salud Humana (Córdoba)
5. Ley de Defensa del Consumidor N° 24240
6. Constitución de la Organización Mundial de la Salud.

Doctrina

1. Gómez Rufián L. (2015) Cirugía Estética y Responsabilidad Civil. [*Versión electrónica*] *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 32(2), 185-215. ISSN: 1575-720-X
2. Cornet M. (2005). Responsabilidad Civil del Cirujano Plástico. Conferencia pronunciada en su acto de incorporación como Académico de número. *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales*. Recuperado de <http://www.acader.un.du.ar>.
3. Martínez J. “La responsabilidad civil de los profesionales liberales”. RCCyC2016 (marzo), 07/03/2016, 123- RCyS2016-VIII, 37. Cita Online: AR/DOC/575/2016
4. Prevot J. “Responsabilidad civil del médico”. SJA 11/3/2009. Cita Online: 0003/014310.
5. Prevot J. “La aleatoriedad del resultado en las cirugías estéticas”. DFyP 2011 (marzo), 24/02/2011, 257. Cita Online: AR/DOC/7640/2010
6. Avalos Rodríguez G. “¿Qué se entiende por mala praxis? La acción resarcitoria. El daño”. DJ11/01/2012, 1. Cita Online: AR/DOC/3736,2011.
7. Condomi A. “Responsabilidad civil en cirugía estética”. DJ1997-2, 191. Cita Online: AR/DOC/13337/2001.

8. Patane Villalonga C. – Patane J. “Cirugía estética. Obligación de medios. LL 1996-E, 938 – Responsabilidad Civil doctrinas Esenciales. Tomo I, 01/01/2007, 1157. Cita Online: AR/DOC/13205/2001.
9. Mosset Iturraspe, J. (2003 - 3) De la Casualidad a la Causalidad en la Responsabilidad médica. *Revista de Derecho de Daños. Responsabilidad de los profesionales de la salud*, 7 – 16.
10. Ghersi C. (2003 – 3) Responsabilidad del cirujano. *Revista de Derecho de Daños. Responsabilidad de los profesionales de la salud*, 169 – 180.
11. Ciuro Caldani, M. (2014) El derecho a la salud, un derecho humano esencial. En C. Wingarten, G. Ordoqui Castilla, G. Richard, G. Esparza, V. Liberman, L. Maggio, C. Cassaglia, M. Vignola, R. Massot y P. Taddei, V. Rodriguez Alonso, C. Ghersi, M. Ciuro Caldani, G. Sclarisi, M. Cortesi, S. Tanzi, S. Wierzba, S. Tomassino, L. Castro y N. Noriega, J. Faliero, S. Ipolito (Eds.), *Reparación Integral de Daños* (pp 283-303).Rosario. Argentina. Nova Tesis.
12. Ordoqui Castilla, G. (2014) Limites económicos en la reparación del daño contractual. En C. Wingarten, G. Ordoqui Castilla, G. Richard, G. Esparza, V. Liberman, L. Maggio, C. Cassaglia, M. Vignola, R. Massot y P. Taddei, V. Rodriguez Alonso, C. Ghersi, M. Ciuro Caldani, G. Sclarisi, M. Cortesi, S. Tanzi, S. Wierzba, S. Tomassino, L. Castro y N. Noriega, J. Faliero, S. Ipolito (Eds.), *Reparación Integral de Daños* (pp 41-107).Rosario. Argentina. Nova Tesis.
13. Ossola F. (1997) La antijuricidad ¿presupuesto de la responsabilidad civil? En C. Vallespinos, A. Alterini, J.C. Rivera, A. Bueres, F. Ossola, I. Goldemberg, G. Borda, L. Andorno, G. Stiglitz, F. Trigo Represas, R. Vásquez Ferreyra (Eds.), *Responsabilidad Civil. Presupuestos* (pp 57-103). Córdoba. Argentina. Advocatus.
14. Goldemberg I. (1997) La relación de causalidad como eje del sistema de responsabilidad civil. En C. Vallespinos, A. Alterini, J.C. Rivera, A. Bueres, F. Ossola, I. Goldemberg, G. Borda, L. Andorno, G. Stiglitz, F. Trigo Represas, R. Vásquez Ferreyra (Eds.), *Responsabilidad Civil. Presupuestos* (pp 109-116). Córdoba. Argentina. Advocatus.
15. Glibota Landriel V. (2016) La positivización de las obligaciones de medios y de resultados en el código civil y comercial. Incidencias en el sistema de responsabilidad civil. [*Versión electrónica*], *Revista de la Facultad de Ciencias Económicas – UNNE, Numero 15*. ISSN 1668-6365.
16. Stiglitz G. (1997) El daño resarcible: aspectos generales. Daño patrimonial. En C. Vallespinos, A. Alterini, J.C. Rivera, A. Bueres, F. Ossola, I. Goldemberg, G. Borda, L. Andorno, G. Stiglitz, F. Trigo

Represas, R. Vásquez Ferreyra (Eds.), *Responsabilidad Civil. Presupuestos* (pp 181-194). Córdoba. Argentina. Advocatus.

17. Jalil J. “Cirugía plástica: consideraciones en torno a la naturaleza jurídica de la relación contractual y el carácter de la obligación asumida” LL 20/12/2010-La ley 2011-A, 1.Cita Online: AR/DOC/7977/2010.

18. Jalil J. “Consentimiento informado y cirugía plástica en la jurisprudencia cordobesa” LLC2011 (mayo), 465. Cita Online: AR/DOC/1260/2011.

19. Jalil J. “Cirugía plástica: ¿obligación de medios o de resultado? RCyS2011-IV, 265. Cita Online: AR/DOC/593/2011.

20. Ceruti M. (2011) Derecho de daños. Análisis de algunos problemas conceptuales. [*Versión electrónica*] Ediciones de la Academia nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Volumen LIV. ISBN 978-987-1123-82-7.

21. Pizarro R. y Vallespinos C. (2014) Compendio de derecho de daños. (pág. 45). Buenos Aires. Hammurabi.

22. Prevot J. “La responsabilidad civil médica. A propósito del caso H., J. M.” SJA 15/1172016; JA 2006-IV-505. Cita Online: 003/012936

23. Romero Coloma A. (1999) En torno a la responsabilidad civil del cirujano estético. [*Versión electrónica*] *Revista Jurídica de Catalunya*. 98(2), 479-492.

24. Moisa B. “Un pretendido caso de mala praxis médica y la falsa distinción entre obligaciones de medios y de resultado”. SJA 27/08/2014, 27/08/2014,48-. Cita Online: AR/DOC/1036/2014

25. Arbesu González V. (2016) La responsabilidad civil en el Ámbito de la cirugía estética. [*Versión electrónica*] Tesis en estado abierto. Universidad Nacional de Educación a Distancia. (UNED). Dialnet.unirioja.es/tesis.

Jurisprudencia

1. CSJN. Aquino Isacio c/Cargo Servicios Industriales S.A. s/accidentes Ley 9688-2014 fallo 327:3753.Id. SAIJ: FA04000197

2. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Sala A, 21/9/2010, M., S. M. c. M., E. R. y otro. RCyS 2010-XII, 172, AR/JUR/60156/2010.
3. CApel.Civ., Sala V, 05/4/2017, S, M., J. vs. V. C., J.; SEGUROS MEDICOS S.A.: DAÑOS Y PERJUICIOS. www.justicia.salta.gov.ar/images/uploads/BOLETIN2-2017.pdf
4. Cam. De Apel. Civ. y Com. Y de Min. Neuquén. I Circ. Sala I, 1/10/2009.”R., G. D.C. C/W., V. S/Daños y perjuicios” (Exp. 285066/2002).Fallo N° 163/09.
5. Cámara Nacional de Apelaciones en lo civil, Sala B, Buenos Aires, 08/04/2008. “B de M. M. B. c/Medicus S.A. y otro s/daños y perjuicios. (Expte. Libre N° 472.151)
6. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial. Gral. San Martín. Sala Segunda. 17/2/2005. “Muzupapa, Margarita Julia c/Rodriguez, Rolando Javier y otro s/daños y perjuicios” Causa 54.741.