



TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

**RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA Y REPARACIÓN DEL DAÑO
MORAL EN CASOS DE MALA PRAXIS EN CIRUGÍA PLÁSTICA
REPARADORA Y ESTÉTICA DE MAMAS**

MARIA FLORENCIA FONSFRIA

DNI 33712727

ABOGACIA

2019

Resumen

Muchas mujeres, para verse y sentirse mejor, deciden someterse a cirugías estéticas, buscando un resultado en su cuerpo que les otorgue una mejor apariencia física y poder mejorar o levantar su autoestima; no siempre se obtienen esos resultados esperados, generando un daño moral y/o físico reparable o irreparable según cada caso.

El código Civil y Comercial avanzó en materia de responsabilidad civil, prevención y reparación del daño, para indemnizar a las personas que sufren un deterioro por causa de otro.

La presente investigación hará hincapié en analizar la responsabilidad civil de los profesionales de la salud y determinar si la indemnización del daño moral ocasionada por mala praxis en las cirugías plásticas y estéticas de mamas es suficiente para la reparación de los derechos personalísimos de la mujer que decide someterse a dicha operación.

Palabras claves: mujeres, daño moral, reparación del daño, responsabilidad civil.

Abstract

Many women, to look and feel better, decide to undergo cosmetic surgeries, looking for a result in their body that gives them a better physical appearance and can improve or raise their self-esteem; these expected results are not always obtained, generating moral and / or physical damage reparable or irreparable according to each case.

The Civil and Commercial Code advanced in terms of civil liability, prevention and reparation of damage, to compensate people who suffer an impairment due to another.

The present investigation will emphasize analyzing the civil liability of health professionals and determine whether compensation for moral damage caused by malpractice in plastic and aesthetic breast surgeries is enough to repair the personal rights of the woman who decides undergo such an operation

Key words: women, moral damage, damage repair, civil responsibility

Índice

Introducción	5
Capítulo 1: Responsabilidad Civil	8
1.1 Introducción	9
1.2 Concepto de Responsabilidad	9
1.3 Responsabilidad Civil	11
1.4 Presupuestos de la Responsabilidad Civil de los profesionales de la salud	11
1.4.1 Daño	12
1.4.2 Antijuricidad	13
1.4.3 Factores de Atribución	14
1.4.4 Relación de causalidad	15
1.5 Conclusiones parciales	16
Capítulo 2: Derechos y obligaciones del médico y del paciente	18
2.1 Introducción	19
2.2 Concepto y tipos de cirugías	19
2.2.1 Tipos de cirugías estéticas mamarias	20
2.3 Derechos del paciente y deberes del paciente	21
2.4 Derechos del médico y obligaciones del médico	23
2.4.1 Deber de información	23
2.4.2 Deber de información en la historia clínica	24
2.4.3 Deber de información en las cirugías estéticas mamarias y Responsabilidad del profesional de la salud	25
2.4.3 Obligación de resultado	26
2.5 Conclusiones parciales	27
Capítulo 3: Daño moral y cuantificación del daño	29
3.1 Introducción	30
3.2 Concepto de daño moral	30
3.3 Cuantificación del daño	32
3.4 Prueba daño	33
3.5 Conclusiones parciales	34
Conclusión	36
Referencias bibliográficas	39

Introducción

Entre los años 60 y 70 las cirugías estéticas eran muy costosas, motivo por el cual, sólo un grupo selecto de personas podían acceder a ellas. Desde mediados de los años 90 en nuestro país este fenómeno se fue popularizando, lo que generó un mayor impacto social y dejó de ser exclusiva de mujeres mayores para ser solicitada por mujeres jóvenes y hombres. Hoy en día, una de las cirugías más elegidas por las mujeres es la cirugía mamaria, debido a que las técnicas se fueron perfeccionando y logrando que los efectos secundarios sean más leves y el período de recuperación sea más rápido. La mejoría del aspecto de la persona provoca, en la mayoría de los casos, un aumento en su autoestima y, consecuentemente, de la confianza en sí misma. Sin embargo, muchas de ellas, al no obtener el resultado esperado, sufren daños provocándoles un perjuicio físico y/o moral.

Frente a estas situaciones, se busca o se pretende determinar si existe responsabilidad civil del profesional de la salud, ya que, con anterioridad a la cirugía, éste se responsabilizó y/o comprometió a un resultado. Se juzga a estas actuaciones médicas con mayor severidad, ya que la intervención galénica se produce normalmente en circunstancias en que el paciente no padece afecciones en su salud.

Con lo expuesto anteriormente, la problemática que el trabajo de investigación plantea, se centrará en responder: ¿Es posible la reparación del daño moral en los casos de juicio de mala praxis médica de cirugías estéticas mamarias?

En este contexto se planteará como objetivo general analizar si es posible la reparación del daño moral en los casos de juicio de mala praxis médica de cirugías estéticas mamarias.

Como objetivos específicos, describir en qué consiste la responsabilidad civil médica, identificar los elementos de la responsabilidad profesional médica, determinar bajo qué condiciones existe responsabilidad civil médica en una cirugía plástica reparadora mamaria, diferenciar los derechos y obligaciones de los profesionales de la salud y de los pacientes, analizar la regulación de la reparación del daño moral en el Código Civil y Comercial de la

Nación y la Ley 26.529 Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud, determinar el daño moral ocasionado en el paciente, determinar el tipo de indemnización que le corresponde al paciente y establecer la congruencia entre el daño moral provocado y la indemnización que le corresponde.

Por lo expuesto, la hipótesis investigativa versará en analizar es posible la reparación del daño moral en los casos de juicio de mala praxis médica de cirugías estéticas mamarias debido a que la víctima debe someterse nuevamente a intervenciones quirúrgicas para obtener el resultado esperado, ya que ello encuentra fundamento en el artículos 1740 del Código Civil y Comercial de la Nación, el cual reza que la reparación plena consiste en la restitución de la situación de la damnificada al estado anterior al hecho dañoso y, a su vez, en las cirugías estéticas, los profesionales de la salud se comprometen a un resultado, razón por la cual, la mencionada norma establece a este tipo de prácticas la obligación de resultados, por ende, si el éste no fue el esperado, la víctima debe ser indemnizada por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales sufridos.

En cuanto a la metodología de la investigación, el trabajo presentará un enfoque descriptivo- explicativo, ya que va a permitir describir y analizar la responsabilidad civil médica, identificar los elementos de ésta, los derechos y obligaciones de los profesionales de la salud y de los pacientes, conceptualizar el daño, y a su vez, analizar y explicar la legislación vigente, la jurisprudencia y la doctrina para determinar y explicar en qué condiciones existe responsabilidad civil médica y establecer y/o considerar si la indemnización es la adecuada, proporcional o menor al daño moral ocasionado.

El desarrollo del trabajo comprenderá tres partes fundamentales. La primera parte, abarca el capítulo 1, el cual tiene una finalidad introductoria ya que en la misma se hará referencia al concepto de responsabilidad, su evolución en el tiempo, qué comprende y que se entiende por responsabilidad civil médica. También se hará una descripción sobre los factores de atribución, ya que esta información nos permitirá determinar si existe responsabilidad civil del profesional de la salud y en qué circunstancias.

La segunda parte comprenderá el capítulo 2, en el cual se mencionarán los tipos de cirugías que comprende el sistema médico actual y, además, se compararán los derechos y

obligaciones de los profesionales de la salud y los pacientes para determinar el grado de responsabilidad de cada parte.

La tercera y última parte del presente abarcará el capítulo 3 que hace referencia al daño, su definición, concepto de daño moral, reparación del mismo y la relación entre la indemnización y la reparación del mismo.

Teniendo en cuenta lo desarrollado a lo largo de los capítulos anteriores, en la última parte se elaborarán las conclusiones finales a las que se arribe, que abarcarán consideraciones en cuanto a la existencia de congruencia o no entre la responsabilidad civil médica y la reparación del daño ocasionado por mala praxis en una cirugía estética mamaria.

Capítulo 1: Responsabilidad Civil

1.1 Introducción

Muchas mujeres para verse y sentirse mejor física y anímicamente deciden someterse a operaciones estéticas para lograr el resultado esperado. Luego de la intervención logran experimentar una excelente transformación en sus sentimientos con respecto a ellas mismas y a sus cuerpos generando un bienestar físico y moral. Pero no todas logran el resultado esperado o deseado, produciéndoles un daño físico y moral.

En la mayoría de los casos que la operación no tuvo los resultados esperados, las mujeres deben someterse nuevamente a otra cirugía para enmendar los errores y/o impudencias cometidas por los profesionales de la salud, ocasionando un perjuicio físico, moral y económico.

Razón por la cuál es necesario determinar si en los mencionados casos hay responsabilidad del profesional de la salud y lo que reza el Código Civil y Comercial en materia de daños.

1.2 Concepto de Responsabilidad

El acento jurídico antes colocado en la propiedad privada, hoy apunta a la persona. El personalismo ha sustituido al patrimonialismo, que cosificaba a las personas y personalizaba las cosas (Zavala de González, 2015). De acuerdo con lo que establecen Tanzi, S. Y. & Casazza (2015), para lograr la protección de la persona, el artículo 1740 del Código Civil y Comercial de la Nación, tiende a garantizar la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, en todas sus facetas, implicando un cambio de paradigma de la tesis de la inviolabilidad del patrimonio a la de inviolabilidad de la persona.

La constitucionalización del derecho privado nacional provoca que se haya incorporado al nuevo Código el principio *alterum non laedere* (no dañar a otro) como un norte a seguirse en la aplicación de la responsabilidad civil. Por lo tanto, la violación del

deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado¹, necesitando para ello, determinar la responsabilidad civil del acusado.

Tal como lo indican Trigo Represas y López Mesa (2005), la expresión que da origen al término responsabilidad tiene su raíz en la palabra latina *respondere*, que significa “estar obligado”, pero su comienzo como institución se pierde en el tiempo, ya que fue transformándose con el correr de los años.

Moisset de Espanès (1998) define a la responsabilidad como:

Una noción en virtud de la cual se atribuye a un sujeto el deber de cargar con las consecuencias de un evento dañoso. El sujeto debe responder por las consecuencias de su propio obrar voluntario, por lo que la ley pone a su cargo las consecuencias de hechos naturales, cuando existe relación entre la cosa que ha provocado naturalmente ese efecto y el sujeto a quien se atribuye la responsabilidad” (Moisset de Espanés, 1998, p.392). En efecto, suele hablarse de responsabilidad cuando se engendra un vínculo frente a un tercero, que ha sido víctima del evento dañoso. Por lo que, en razón de la responsabilidad, un sujeto queda obligado a resarcir a la víctima, los daños y perjuicios que ha sufrido (p.392).

Díez-Picazo y Antonio Gullón (1989) definen la responsabilidad como “la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto a la obligación de reparar el daño producido”. (pág. 591)

Actualmente, Pizarro & Vallespinos (2014) establecen que “la responsabilidad civil es definida como la obligación de resarcir el daño injustamente causado a otro en las condiciones que fija el ordenamiento jurídico.” (pág. 45).

¹ Artículo 1716 del Código Civil y Comercial de la Nación

1.3 Responsabilidad Civil

El Código Civil Argentino estableció un doble régimen de responsabilidad civil, por un lado, menciona la órbita correspondiente al incumplimiento obligacional (normalmente llamado contractual) y, por otro, alude a la responsabilidad aquiliana (o extracontractual).

La responsabilidad contractual es de carácter específico y regula el incumplimiento de una obligación preexistente no importando la fuente de incumplimiento, ya que la responsabilidad se sustituye por vía de modificación en el objeto de la prestación debida o se adiciona a la obligación preexistente. La responsabilidad extracontractual es de carácter residual, es decir que toda responsabilidad que no sea obligacional, es extracontractual y, el deber de resarcir el daño implica, una nueva relación jurídica obligatoria.

El nuevo Código Civil y Comercial unifica la responsabilidad civil contractual y extracontractual. Cualquiera sea la fuente del deber de reparar el daño, se tornan de aplicación las mismas reglas. La unificación que opera el nuevo código se basa en la identidad de finalidad y de presupuestos entre ambas esferas de responsabilidad y tiende a lograr también, una unidad de efectos.

En la actualidad, la responsabilidad civil pone el foco en la víctima con el fin de reparar el daño causado evitando poner el acento en autor para castigarlo como se hacía desde la época romana hasta principios del siglo.

1.4 Presupuestos de la Responsabilidad Civil de los profesionales de la salud

Los presupuestos o elementos constitutivos de la responsabilidad civil pueden ser identificados como aquellas condiciones de existencia necesarias y suficientes para dar nacimiento a la obligación de reparar. Ellos son el daño, la antijuricidad, el factor de atribución y la relación de causalidad.

1.4.1 Daño

La definición de daño es fundamental ya que de esta dependerán los límites cualitativos y cuantitativos del derecho del damnificado y de la obligación de resarcir del sindicado como responsable

El Código Civil y Comercial establece que 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 colectiva². El ordenamiento jurídico contempla el principio de reparación plena e integral, implicando una paridad jurídica entre el daño y la reparación; normalmente es difícil que la composición sea posible y se logre volver al estado que se encontraba antes del evento dañoso. Lo que se pretende, a través, de este principio es garantizar que la reparación tenga una equivalencia con el daño sufrido por la víctima.

El daño, para que sea susceptible de resarcimiento, debe cumplir con ciertos requisitos que ya se encontraban presentes antes de la reforma. El art. 1739 dispone que “para su procedencia de indemnización, debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente”³.

Para reparar el daño producido, nuestro Código Civil y Comercial establece la indemnización, la cual comprende la pérdida o disminución de patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chaces. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia de su proyecto de vida.⁴

En consecuencia, podemos establecer que existen daños patrimoniales y extrapatrimoniales, entendiendo a este último como daños causados a los derechos

² Artículo 1737 del Código Civil y Comercial de la Nación

³ Artículo 1739 del Código Civil y Comercial de la Nación

⁴ Artículo 1738 del Código Civil y Comercial de la Nación.

personalísimos. Cuando esto sucede, se debe a la culpa, dolo, imprudencia y/o negligencia de otra persona, estableciendo un nexo causal entre dos o más sujetos.

1.4.2 Antijuricidad

El artículo 1717 establece expresamente que cualquier acción u omisión que causa daño a otro es antijurídica si no está justificada.⁵ Hoy en día ya no resulta relevante si la conducta que ocasionó el daño está expresamente reñida con el ordenamiento jurídico, sino que alcanza con que la conducta que provocó el perjuicio no esté justificada por nuestro ordenamiento jurídico. A su vez, el Código Civil y Comercial hace alusión a que es responsable directo quien incumple una obligación u ocasiona un daño injustificado por acción u omisión⁶, acentuando la idea de antijuricidad material. En conclusión, cuando se produce un daño sin causa de justificación, se debe reparar el daño ocasionado.

En el caso de los médicos existen, además, leyes especiales que establecen determinados deberes a su cargo. Entre los deberes más importantes pueden mencionarse el deber de información, el no interrumpir la asistencia de un paciente hasta tanto sea posible su delegación en otro profesional o en un servicio público, etc. Trigo Represas (1995) afirma que:

por lo común el profesional se obliga a prestar servicios sobre la base de los conocimientos científicos que posee, poniendo en el cumplimiento de la tarea encomendada la diligencia y el cuidado que la misma requiere, atento a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar. (pág. 25)

Por ende, se establece que la obligación es de medios o de resultados, según sea el tipo de obligación asumida por el profesional de la salud.

⁵ Artículo 1717 del Código Civil y Comercial de la Nación

⁶ Artículo 1749 del Código Civil y Comercial de la Nación

1.4.3 Factores de Atribución

Legislación argentina alude que la atribución de un daño al responsable, puede basarse en factores objetivos o subjetivos⁷. El factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad⁸, y son factores subjetivos de atribución la culpa y el dolo⁹. La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión.¹⁰ El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos.¹¹

Cuando se hace mención a la responsabilidad procedente del ejercicio de profesionales liberales, se hace alusión a aquellas profesiones que requieren título habilitante otorgado por alguna universidad con colegiación obligatoria y un régimen disciplinario o ético.

La fuente o hecho general de la responsabilidad civil de los profesionales, puede ser el incumplimiento de una obligación de origen legal o contractual por parte del médico, o la simple violación del deber de no dañar; estableciendo que dicha actividad está sujeta a las reglas de las obligaciones de hacer. La responsabilidad es subjetiva, excepto que se haya comprometido un resultado concreto.¹²

Ateniéndose a la concepción jurídica y genérica que divide a las obligaciones en obligaciones de “medios” o de “resultados”, se puede establecer que la obligación del médico es una obligación de medios, ya que éste tiene el compromiso de poner todo el empeño y la técnica al servicio del paciente. Repetidamente la jurisprudencia ha sostenido que el profesional de la salud contrae una obligación de medios, consistente en la aplicación de su saber y de su proceder a favor de la salud del enfermo, excepto en cirugía plástica, en las que

⁷ Artículo 1721 del Código Civil y Comercial de la Nación

⁸ Artículo 1722 del Código Civil y Comercial de la Nación

⁹ Artículo 1724 del Código Civil y Comercial de la Nación

¹⁰ Artículo 1724 del Código Civil y Comercial de la Nación

¹¹ Artículo 1725 del Código Civil y Comercial de la Nación

¹² Artículo 1768 del Código Civil y Comercial de la Nación

la obligación es de resultados. Esto último es cuestionado y discutido por muchos autores ya que se entiende, que es muy difícil asegurar el resultado que busca el paciente.

La obligación del médico es la consecución de un fin, no significa que indefectiblemente que toda operación de esta índole haga surgir, fatal o necesariamente, una obligación de resultado, ni que la sola no obtención de embellecimiento perseguido produzca responsabilidad objetiva del cirujano. Cuando se trata de simples correcciones para enaltecer la estética corpórea, la obligación que incumbe es de resultado, sin que tal aseveración resulte absoluta en los términos de imputabilidad matemática. Aún en los casos de cirugía estética o embellecedora, sería extremo simplista sostener que el médico siempre responde si no se logró el resultado esperado por la paciente – como si se tratara de una responsabilidad objetiva- sin analizar y deslindar los distintos factores que coadyuvaron a que la práctica no fuera satisfactoria.¹³

El escenario principal donde se asienta la relación médico-paciente comienza justamente en aquel acuerdo de voluntades, a través del cual, el primero se obliga a prestar su actuar profesional de cuidado y atención (tratamiento) empleando los medios más actuales y eficaces; en tanto que el segundo (paciente), brinda en confianza y buena fe, uno de sus bienes más preciados en la vida, su propio cuerpo, el que circunstancialmente se encuentra a merced y cuidado del galeno y además paga una suma de dinero, ya sea, sea en efectivo en forma directa o bien, a través del previo abono de una cuota de obra social correspondiente. El mencionado acuerdo, demuestra la existencia de una relación jurídica de tipo contractual.

1.4.4 Relación de causalidad

El cuarto y último presupuesto es la relación de causalidad, la cual se encuentra regulada en el artículo 1726 del Código Civil y Comercial, estableciendo que son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexos adecuados de causalidad con el hecho producto del daño, excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas

¹³ G. P. A. c/ S. G. E s/ daños y perjuicios, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala G, 3-3-2017

y mediatas previsibles.¹⁴ Las consecuencias de un hecho que acostumbran a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas, se llaman consecuencias inmediatas. Las consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, se llaman consecuencias mediatas. Las consecuencias mediatas que no pueden preverse se llaman consecuencias causales.¹⁵

La responsabilidad civil de causalidad, se encuentra ente el daño ocasionado y la culpa, razón por la cual, no se le puede imputar al médico las consecuencias sufridas por el paciente sino se determina la existencia del nexo causal.

No basta la relación de causalidad material, sino que se procura una relación de causalidad jurídica, la cual puede reposar en la proximidad temporal del evento (teoría de la próxima) o del intrínseco poder de causación que puede tener por las virtudes cualitativas o cuantitativas de las que puede gozar (teoría de la causa eficiente o más preponderante); o bien buscarse en un elemento de carácter humano, como lo es el juicio de previsibilidad.

1.5 Conclusiones parciales

Para que exista responsabilidad civil deben encontrarse presentes, ya sea en la acción u omisión de una persona los cuatro presupuestos esenciales para que den nacimiento a la obligación de reparar. En los casos de los profesionales de la salud aplica la misma norma, pero la diferencia radica en que el título expedido por universidad, el colegio al que representa y el juramento o código de ética que deben cumplir le otorgan un saber calificado por sobre otras personas y/o acontecimientos.

Es decir, que para que exista responsabilidad del médico debe existir un daño ocasionado parcial o totalmente por la acción u omisión del profesional, que la mayoría de los casos es originada por una relación contractual, además de ello, se debe establecer la

¹⁴ Artículo 1726 del Código Civil y Comercial de la Nación

¹⁵ Artículo 1727 del Código Civil y Comercial de la Nación

actuación del médico, la cual puede ser con culpa, negligencia y/o impericia o dolo y determinar el nexo de causalidad en el daño ocasionado a la víctima.

Es relevante clasificar las obligaciones de medios y resultados para determinar la aplicación de un factor subjetivo u objetivo. En el caso de las operaciones estéticas, el profesional se compromete a un resultado, por ende, el factor de atribución es objetivo, pero en la práctica es considerada como una obligación de medios, lo cual contradice al articulado de la legislación vigente, eso se debe a que hoy en día se pone el acento en reparar el daño sufrido por la víctima, tratando de que no queden perjuicios sin ser reparados por medio de la indemnización; se pone la mira en la víctima y no en la reprochabilidad de la conducta del autor del daño

Capítulo 2: Derechos y obligaciones del médico y del paciente

2.1 Introducción

La medicina es el arte que se ocupa del mantenimiento de la salud o de curar y prevenir afecciones, dolencias y enfermedades en un ser humano. Dentro de ella se encuentran numerosas especialidades, razón por la cual cada médico elige profundizar su conocimiento en una rama específica e ir actualizando las técnicas que avanzan con el correr del tiempo y la tecnología.

Todos aquellos estudiantes que logran completar sus estudios en alguna institución de enseñanza superior, ya sea pública o privada, obtienen una matrícula y deben hacer un juramento jurídico y ético.

En nuestro país existen normas de carácter nacional y provinciales estableciendo un código de ética y comportamiento para todos los profesionales de la salud de la Nación Argentina. En ellas se encuentra los derechos tanto de los pacientes como de los profesionales de la salud. Es menester comprender estos conceptos para determinar la responsabilidad civil de estos últimos.

2.2 Concepto y tipos de cirugías

Una de las ramas de la medicina es la cirugía, la cual se encarga de intervenir en el cuerpo del paciente para mejorar su funcionamiento o su apariencia. Existen muchas clasificaciones de las intervenciones quirúrgicas en función del criterio por el que se decida clasificar. Dentro de las que se clasifican según su finalidad se pueden mencionar las cirugías curativas, las cirugías paliativas, las cirugías reparadoras, y las cirugías estéticas.

Las cirugías curativas son aquellas que pretenden solucionar el problema, habitualmente retirando la zona afectada, como por ejemplo la extirpación de un tumor.

Las cirugías paliativas son llevadas a cabo para disminuir los síntomas de algún problema o enfermedad, pero no acaba con él.

Las cirugías reparadoras se encargan de resolver circunstancias determinadas por accidentes o enfermedades en las cuales el médico debe conservar de la mejor manera posible

las características anatómicas y funcionales afectadas como pueden ser malformaciones congénitas, cirugía maxilofacial, quemaduras, tumores de la piel, etc.

Y, por último, las cirugías estéticas que son aquellas intervenciones quirúrgicas que se realizan para mejorar el aspecto del paciente, pero que no tienen una base médica o funcional. Dentro de ellas podemos mencionar la rinoplastia, cirugía de párpados, osteoplastia, mentoplastía, gluteoplastia, liftin de muslos, aumento mamario, levantamiento y reducción mamaria, reconstrucción mamaria, entre otras.

Tanto la cirugía estética como la cirugía reparadora o reconstructiva son partes de la cirugía plástica, y sólo los cirujanos plásticos están avalados oficialmente para la realización de cirugía estética.

2.2.1 Tipos de cirugías estéticas mamarias

El seno es considerado como uno de los elementos más importantes en la belleza de la mujer, ya que es un símbolo de su sexo y un emblema de la maternidad.

La valoración estética de la forma y tamaño del pecho está íntimamente relacionada con factores esencialmente culturales.

Los problemas más frecuentes por los que una mujer acude a la consulta de un cirujano plástico con respecto a sus senos son la hipertrofia, que es el exceso de volumen, la hipoplasia que es la falta de desarrollo, la asimetría y la amputación posmastectomía.

El aumento de mamas, conocido con el nombre de mamoplastia, es un procedimiento quirúrgico que mejora el tamaño y la forma del pecho de la mujer en las siguientes situaciones, ya que es posible aumentar el tamaño del pecho una o varias tallas mediante la introducción de una prótesis debajo de la mama.

2.3 Derechos del paciente y deberes del paciente

Los derechos de los pacientes son derechos subjetivos de la persona humana relacionados con su estado de salud-enfermedad. Se trata del ser humano en su condición de paciente, el cual necesita que sean respetados sus derechos humanos fundamentales como el derecho a la vida, a la salud, a la integridad física, a la dignidad, a la libertad, a la información, a la identidad, a la intimidad, a la confidencialidad, al consentimiento informado, a la verdad, a una muerte digna y otros.

En la Argentina, primero se legisló sobre los derechos de los pacientes en las jurisdicciones provinciales: Formosa (Ley 1255/1997); Tucumán (Ley 6952/1999); Neuquén (Ley 2611/2008); Chaco (Ley 6649/2010). La Ciudad Autónoma de Buenos Aires dictó, en 1999, la Ley Básica de Salud n° 153. En la provincia de Córdoba, en una ley denominada “Carta del Ciudadano” (Ley 8835/2000). En el ámbito nacional, se reconocieron los derechos de los pacientes a través de la Ley 26.529: Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud (modificada por las leyes 26.742 y 26.812 y reglamentada por el decreto 1089/2012). La Ley 26.529 recibió las siguientes adhesiones provinciales: Corrientes (Ley 5971/2010); Jujuy (Ley 5645/2010); Catamarca (Ley 5325/2011); Río Negro (Ley 4692/2011); Tierra del Fuego (Ley 885/2012); Chaco (Ley 6925/2011); Santa Cruz (Ley 3288/2012); Buenos Aires (Ley 14.464/2012); La Rioja (Ley 9585/2014).

La Asociación Médica Argentina, a través de su Código de Ética para el Equipo de Salud (2012), trata sobre los derechos y deberes de los pacientes, y en su art. 77 reza que el paciente tiene derecho a que se le brinde la información que permita obtener su consentimiento comprensivo del diagnóstico, pronóstico, terapéutica y cuidados preventivos primarios o secundarios correspondientes a su estado de salud. Deberá firmar él, la familia o su representante un libre “Consentimiento Informado” cuando los facultativos lo consideren necesario. Y en relación al deber del paciente en su art. 88 mencionado Código establece que tiene el deber moral de reconocer sus responsabilidades por el incumplimiento de las indicaciones profesionales, en el caso en que su salud empeore o surjan circunstancias graves en el curso de la misma. Cuando el paciente no cumpla con las indicaciones prescriptas para

su salud, el profesional deberá asentar este hecho en la historia clínica en forma explícita. Además, el art. 89 determina que el paciente debe actuar comprensivamente en relación a las honestas objeciones de conciencia del terapeuta responsable. (<https://www.ama-med.org.ar/images/uploads/files/ama-codigo-etica-castellano.pdf>)

La Ley 26.529 reza como derechos del paciente aquellos que constituyen derechos esenciales en la relación entre el paciente y el o los profesionales de la salud, el o los agentes del seguro de salud, y cualquier efector de que se trate, los siguientes: asistencia, trato digno y respetuoso, intimidad, confidencialidad, autonomía de la voluntad, información sanitaria e interconsulta médica (Art. 2 Ley 26.529. Honorable Congreso de la Nación Argentina).

En relación a la autonomía de la voluntad, se establece que el paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad (Art. 2 Ley 26.529. Honorable Congreso de la Nación Argentina).

La Ley de Derechos del Paciente en su relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud determina que debe entenderse 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 fueren menester realizarle y la previsible evolución, riesgos, complicaciones o secuelas de los mismos. (Art. 3 Ley 26.529. Honorable Congreso de la Nación Argentina).

El consentimiento informado es 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: su estado de salud, el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos, los beneficios esperados del procedimiento, los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles, la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto y las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados (Art. Ley 26.529. Honorable Congreso de la Nación Argentina).

Para las intervenciones quirúrgicas es obligatorio que el paciente deje su consentimiento informado por escrito.

2.4 Derechos del médico y obligaciones del médico

La Ley 17132, reza que el ejercicio de la medicina sólo se autorizará a médicos, médicos cirujanos o doctores en medicina, previa obtención de la matrícula correspondiente. Podrán ejercerla: a) los que tengan título válido otorgado por Universidad Nacional o Universidad Privada y habilitado por el Estado Nacional; b) los que tengan título otorgado por una universidad extranjera y que hayan revalidado en una Universidad Nacional; c) los que tengan título otorgado por una universidad extranjera y que en virtud de tratados internacionales en vigor hayan sido habilitados por Universidades Nacionales; d) los profesionales de prestigio internacional reconocido, que estuvieran de tránsito en el país y fueran requeridos en consultas sobre asuntos de su exclusiva especialidad. Esta autorización será concedida a solicitud de los interesados por un plazo de seis meses, que podrá ser prorrogado a un año como máximo, por la Secretaría de Estado de Salud Pública. Esta autorización sólo podrá ser nuevamente concedida a una misma persona cuando haya transcurrido un plazo no menor de cinco años desde su anterior habilitación (Art.13 Ley 17.132, Poder Ejecutivo Nacional).

Los profesionales que ejerzan la medicina están, sin perjuicio de lo que establezcan las demás disposiciones legales vigentes, obligados a respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse, salvo los casos de inconciencia, alineación mental, lesionados graves por causa de accidentes, tentativas de suicidio o de delitos. En las operaciones rutilantes se solicitará la conformidad por escrito del enfermo salvo cuando la inconciencia o alineación o la gravedad del cuadro no admitiera dilaciones (Art. 19 inc. 3° Ley 17132 Poder Ejecutivo Nacional).

2.4.1 Deber de información

El Decreto Reglamentario 208/2001 de la Ley 153 establece que el médico está obligado a proveer a su paciente toda la información relevante disponible, relacionada con su diagnóstico y tratamiento. Dicha información, oral o escrita, será provista de manera clara

y veraz, y deberá brindarse conforme a las posibilidades de comprensión del asistido (Decreto Reglamentario 208/2001 Ley 153 Art. 4 inc. d Jefe de Gobierno Ciudad de Buenos Aires). Además, determina que cuando intervenga un equipo de salud, tanto en casos de atención ambulatoria o de internación, se informará al paciente el nombre y apellido de todos sus integrantes, así como el del principal comunicador. (Decreto Reglamentario 208/2001 Ley 153 Art. 4 inc. g Jefe de Gobierno Ciudad de Buenos Aires).

El médico tiene la obligación de informar detalladamente a su paciente previo a la cirugía estética, las consecuencias de las mismas, sin considerar su nivel socio-cultural o económico.¹⁶

En el fallo mencionado anteriormente hace alusión al principio constitucional de igualdad, ningún ciudadano debe ser tratado de manera distinta por su nacionalidad, sexo, raza y, en este caso, por su nivel socio-cultural. Todos los pacientes deben recibir el mismo trato por el profesional de la salud, ya sea que este posea o no cobertura médica y el sanatorio sea público o privado. La obligación de informar es para todos por igual.

2.4.2 Deber de información en la historia clínica

La ley 26.529 en su art. 12 define a la historia clínica como el documento obligatorio cronológico, foliado y completo en el que conste toda actuación realizada al paciente por profesionales y auxiliares de la salud.

Lorenzetti (1996) considera que “la historia clínica, desde el punto de vista médico, es un documento en que se dejan constancias de los acontecimientos principales del acto médico y de la enfermedad del paciente y, desde el punto de vista jurídico, la es la documentación del deber de información que tiene el médico” (pág. 341)

Es un elemento de gran importancia en la práctica médica ya que es la fuente de información que determinará la atención médica que ha recibido el paciente. Mediante una historia clínica correcta se ven protegidos tanto el paciente como el profesional como. El primero, evitando estudios innecesarios y teniendo a su alcance la información que el

¹⁶ G. P. A. c/ S. G. E. s/ daños y perjuicios, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala D, 3-3-2017

profesional debió documentar. El segundo, mediante la prueba de la debida atención brindada.

Ya sea en soporte papel o informático, la historia clínica, es un elemento fundamental dentro del proceso de atención quirúrgica de los pacientes, ya que en ella se registra la patología y evolución que sirve de comunicación entre los integrantes del equipo de salud. Es un instrumento destinado a garantizar una asistencia adecuada al paciente.

2.4.3 Deber de información en las cirugías estéticas mamarias y Responsabilidad del profesional de la salud

Cuando una paciente decide someterse a una cirugía de mamas lo primero que realiza es una consulta con un cirujano plástico, éste evaluará el tamaño y la forma de las mamas, la firmeza de la piel y su estado general de salud, para lo cual deberá solicitar un estudio mamográfico. Se le deberá explicar a la paciente las distintas técnicas quirúrgicas existentes, que tamaño es sugerido para la contextura física de la mujer que va a someterse a la operación y la forma que tendrán su mamas y las opciones o la combinación de procedimientos que sean mejor para obtener el resultado esperado. Además, el profesional de la salud le debe explicar qué tipo de anestesia se va a aplicar para la intervención quirúrgica cuáles son los riesgos. Y, además, en caso de que la paciente consulte por el postoperatorio, el médico debe proporcionarle esa información.

El paciente antes de la intervención quirúrgica debe ser informado de los riesgos que puede correr y ser asesorado en la elección de la prótesis mamaria para que no le ocasione problemas a futuro; si el cirujano plástico entiende que la cirugía pretendida no va a cumplir con ese parámetro debiera no efectuarla o informarle expresamente al paciente esa posibilidad, y dejarlo asentado claramente en el consentimiento suscripto por dicho paciente, pues es lógico pensar que nadie va a someterse a un riesgo innecesario además de invertir en esa práctica un monto dinerario importante.¹⁷

¹⁷ Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil – Sala/juzgado D- “C. M. M c/ M. C. E s/ daños y perjuicios – resp. Pref. Médicos y aux.”- Recuperado de la página www.microjuris.com

El médico cirujano le deberá dar las instrucciones acerca de cómo prepararse para la cirugía, incluyendo normas sobre toma de alimentos y líquidos, tabaco o toma o supresión de medicamentos, vitaminas y suplementos de hierro. En el aumento mamaria no es preciso transfundir sangre durante la cirugía.

Ya que la cirugía de aumento mamario se realiza bajo anestesia general, permaneciendo el paciente dormido durante la operación, el médico debe haberle solicitado con anterioridad los estudios pertinentes para evitar algún riesgo durante la operación. Sólo en casos muy determinados, se pueden realizar bajo anestesia local más sedación.

El aumento mamario se realiza a través de una pequeña incisión que se coloca, dependiendo de la anatomía del paciente y de sus preferencias de acuerdo a la explicación e información brindada por el cirujano plástico, alrededor de la areola, en el surco bajo el pecho o en la axila. La incisión se diseña para que la cicatriz resultante sea casi invisible. A través de ese pequeño corte, se levanta el tejido mamario, se crea un bolsillo y se coloca la prótesis, directamente debajo del tejido mamario o debajo del músculo pectoral. La paciente debe escuchar la sugerencia del profesional en base a lo mencionado con anterioridad, y decidir acerca del resultado que ella espera.

Tras la cirugía de mamas, la mayoría de las molestias, se controlan con la medicación prescrita por el profesional de la salud. El vendaje o los apósitos y, a posterior, los puntos deberán ser retirados cuando el médico considere pertinente. Pero, en caso de presentar una molestia, dolor o inflamación la paciente debe recurrir de inmediato al doctor para que éste intervenga y evite consecuencias mayores, ya que su responsabilidad como profesional culmina con el alta de la paciente.

2.4.3 Obligación de resultado

En las obligaciones de resultado, el deudor se compromete a un determinado fin propuesto, objeto del contrato celebrado. En algunas especialidades médicas, como, por ejemplo, en las cirugías plásticas se suele considerar a éstas como obligaciones de resultado, no obstante, es conocida dentro de la esfera médica, la inexactitud de estas consideraciones, ya que algunas situaciones son absolutamente imprevisibles, o si bien previstas, inevitables.

Por otra parte, en el caso específico del cirujano, las obligaciones desplegadas en el ejercicio de su especialidad son consideradas de tracto sucesivo. Esto significa que la obligación no culmina en la realización del acto quirúrgico, sino que se mantienen a lo largo de todo el periodo postoperatorio, hasta el alta del paciente.

En el ámbito civil, el motivo del reclamo es el incumplimiento dentro de la relación jurídica contractual que vincula un paciente con un médico cirujano, relación en la que en la mayoría de los casos participa un tercero intermediario. Una demanda civil puede iniciarse contra cualquiera de los participantes en la atención quirúrgica de un paciente (cirujano, otros médicos, institución de internación, obra social, mutual, empresa de medicina prepaga, etc. La obligación de reparar el daño y el perjuicio ocasionado a la víctima consiste en el resarcimiento material.

2.5 Conclusiones parciales

Aquellas personas que deciden someterse a alguna cirugía estética lo hacen buscando un fin determinado, que es, en la mayoría de los casos, sentirse mejor con su cuerpo. Para ello la medicina, ha avanzado a la par de las necesidades y diversificado las técnicas para lograr mejores resultados. En el caso de la cirugía mamaria, existen diversos tipos de siliconas, las cuales también han sido mejoradas con el correr de los años, que se adaptan a la forma de la mama dependiendo el cuerpo de cada mujer y el resultado deseado.

A la par de los avances científicos se hace necesaria la ampliación de derechos, tanto de los pacientes como de los profesionales de la salud para proteger sus derechos, ya que, en todas las operaciones pueden ocurrir riesgos, deben ser cuidados los derechos de ambas partes involucradas, y cada una debe hacerse responsable de su actuación u omisión.

El deber de información es fundamental, ya que, en todas las operaciones existen riesgos, y es necesario que la paciente conozca las consecuencias que tiene someterse a una operación. Es el momento en donde puede despejar dudas y a través de la explicación del profesional de la salud, seleccionar el tipo de silicona que mejor iría con su cuerpo y donde colocarla, si delante o detrás del músculo y que tipo de incisión debido al tipo de piel que tenga la paciente. No todas las mujeres tienen el mismo tipo de piel ni de cicatrización, razón

por lo cual, la paciente debe ser honesta con el cirujano para evitar consecuencia que pueden ser evitables.

En materia de legislación nacional se fue avanzando en materia de derechos de la salud de los pacientes, aunque es poca la difusión y el conocimiento de los éstos a la hora de someterse a una intervención quirúrgica. A su vez, es escasa la legislación sobre el protocolo de actuación del profesional de la salud y no existe en Argentina legislación que haga alusión a las cirugías estéticas, el abordaje siempre es sobre las obligaciones de los profesionales de la salud en general, lo cual es complicado determinar la responsabilidad del cirujano ya que en una cirugía curativa, paliativa o reparadora la obligación es de medios y en la cirugía plástica la obligación es de resultado.

Capítulo 3: Daño moral y cuantificación del daño

3.1 Introducción

Cuando se rompe un objeto, se deteriora una pintura, cuando se desmorona una propiedad, cuando ocurre un accidente de trabajo y la persona debe ser internada y/o operada, cuando quien sufre la amputación de algún miembro le perjudica en su desempeño laboral o quien sufre un accidente que le prohíbe continuar con su trabajo, es decir, cuando ocurre un daño patrimonial se puede cuantificar la pérdida mediante el pago del objeto o minoración económica de la pérdida, daño emergente, lucro cesante o pérdida de chance.

Si bien es difícil determinar cuánto es la pérdida y/o la minoración económica, se reintegra o se repara con dinero o con bienes intercambiables por dinero, y la reparación se acerca a la pérdida ocasionada. El daño moral, por el contrario, implica una reducción del nivel de satisfacción o utilidad, personal e íntima, que ni el dinero, ni otros bienes pueden llegarse a reponer. Si bien, cierta cantidad pecuniaria casi siempre servirá como método compensatorio o paliativo del mismo, nunca como algo lucrativo.

A raíz de ello es menester determinar que se entiende por daño moral, que aspectos comprende y cómo se repara el mismo frente a situaciones que deterioran los derechos personalísimos.

3.2 Concepto de daño moral

El daño moral es el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que pueden producir en la persona ciertas conductas, actividades, comportamientos o determinados resultados. Incluye bienes y los correspondientes intereses jurídicos de contenido no patrimonial. Así se comprenden no solo por los ataques a bienes o derechos de la personalidad, sino también las repercusiones en el ámbito psíquico afectivo.

También se lo ha definido como “una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que se traduce en un modo de estar de la persona diferente al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial. Se trata de todo menoscabo a los atributos a presupuestos de la

personalidad jurídica, con independencia de su repercusión en la esfera económica”. (Rodríguez Pería, 2011, Apartado II).

Bustamante Alsina reza que “si el daño recae sobre un bien jurídico inmaterial atacando la vida, el cuerpo, la salud, el honor o la libertad de una persona y afecta al mismo tiempo un interés jurídico no patrimonial, el daño es moral directo. Si el mismo daño repercute en el patrimonio por la pérdida de un beneficio económico afectando así un interés jurídico patrimonial, el daño es patrimonial indirecto. En función de ello, el daño moral es el menoscabo cuya entidad se agota en el ataque o lesión a derechos extrapatrimoniales” (pág. 79)

El daño moral comprende la angustia, el padecimiento, la aflicción, ya sea física o espiritual, la humillación o el dolor que haya sufrido la víctima. Pero, si el concepto de daño moral se definiera simplemente como estos sentimientos que se desprenden de un daño determinado, se puede decir que cualquier individuo que los experimente podría exigir a la justicia que lo resarciera y, esto no es posible a menos que dichos estados del espíritu ocurran como resultado de la privación de un bien jurídico, y que la víctima tuviera un interés reconocido sobre el mismo.

Por lo tanto, no se debe enfocar en los padecimientos o el dolor para definir el daño moral, ya que la víctima va a ser resarcida por ellos; el ordenamiento jurídico debe reconocer que éstos se desprendan de la lesión a una facultad de actuar que le haya frustrado o impedido satisfacer o gozar de ciertos intereses de carácter no patrimonial.

El detrimento de índole espiritual debe tenerse por configurado por la sola producción del episodio dañoso, ya que se presume -por la índole de la agresión padecida- la inevitable lesión de los sentimientos del demandante y, aun cuando el dolor no puede medirse o tasarse, ello no impide justipreciar la satisfacción que procede para resarcir -dentro de lo humanamente posible- las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida por la actora, teniendo en cuenta la índole del hecho generador de la

responsabilidad y la entidad del sufrimiento causado, que no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a éste.¹⁸

3.3 Cuantificación del daño

La indemnización tiene como finalidad restablecer como sea posible el equilibrio destruido por el hecho ilícito. En la determinación del "quantum" indemnizatorio son los jueces quienes deben individualizar y ponderar los elementos de juicio que sirven de base a su decisión para garantizar un control de la legalidad y razonabilidad en lo resuelto.

El Código Civil y Comercial en su artículo 1741 determina que está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si del hecho resulta su muerte o sufre una gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible. La acción sólo se transmite a los sucesores universales del legitimado si es interpuesta por éste. El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas.

Las satisfacciones sustitutivas y compensatorias a las que se refiere la norma aluden a lo que se conoce como precio del consuelo y, que procura la mitigación del dolor de la víctima a través de bienes deleitables o una suma de dinero que conjugan la tristeza, desazón o las penurias.

El dinero no cumple una función valorativa exacta ya que el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia. Empero, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado, por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción

¹⁸ Mosca, Hugo Arnaldo c/ Provincia de Buenos Aires y otros s/ daños y perjuicios, Fallo 330:563 (2007)

que procede resarcir dentro de lo humanamente posible las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida.

La determinación monetaria de las indemnizaciones es competencia exclusiva de los órganos judiciales, que deberán desempeñarlos, caso por caso valorando las pruebas y evitando la arbitrariedad.

3.4 Prueba daño

La reclamación de una indemnización por daños y perjuicios consiste en la acción que tiene el perjudicado, por el evento dañoso, a exigirle al causante una cantidad de dinero, un bien o un derecho equivalente a la utilidad o beneficio que ese que mantenía con anterioridad al nacimiento de la exigibilidad del perjuicio causado por el daño o que le hubiese reportado el cumplimiento efectivo, íntegro y oportuno de una obligación definida y vinculante en cualquier esfera legal.

La obligación de los profesionales de la medicina en relación a su deber de prestación de hacer es de medios, o sea de prudencia y diligencia, proporcionando al enfermo todos aquellos cuidados que conforme a los conocimientos y a la práctica del arte de curar son conducentes a su curación, aunque no puede ni debe asegurar este resultado, y al accionante le corresponde probar la existencia del daño cuya reparación reclama, así como la antijuridicidad de la conducta del deudor, o sea la infracción contractual que configura el incumplimiento, la relación causal adecuada entre el perjuicio y el incumplimiento y el factor de imputabilidad que consiste en la culpa del infractor.¹⁹

Como en la generalidad de los juicios sobre responsabilidad de los médicos, la prueba debe versar sobre los actos u omisiones del profesional que demuestren una actividad negligente, imprudente, o la falta de pericia necesaria, y no sólo el resultado negativo del

¹⁹ Fallo 327:3925; C.N.Civ., sala L. 483.472, del 31/8/07

tratamiento o de la intervención quirúrgica, pues no queda comprometida la responsabilidad si la conducta considerada reprochable no está probada suficientemente.²⁰

Tal como puede observarse, la postura que adopta la jurisprudencia basada en justificación doctrinaria es que los médicos tienen una obligación de medios, por ende, el actor debe presentar todo el material probatorio para demostrar la culpa o dolo en el profesional de la salud, recayendo sobre la parte litigante la carga probatoria para demostrar la responsabilidad civil del médico y los daños patrimoniales y extrapatrimoniales ocasionados.

3.5 Conclusiones parciales

La reparación del daño moral ha sido pasible de modificaciones legislativas desde la sanción del Código de Vélez hasta la actualidad con la modificación y unificación del Código Civil y Comercial de la Nación. Esto es debido a que su cuantificación y la legitimación son algunos de los temas que generaban mayor controversia entre jueces y doctrinarios. De hecho, los montos indemnizatorios suelen diferir para casos similares, lo cual generaba y, lamentablemente, sigue generando una inseguridad jurídica, y hasta en algunos casos creaba sensación de injusticia.

En relación a la determinación de la existencia de daño moral y de su cuantía, es necesario tener en cuenta el carácter resarcitorio, la índole del hecho generador, la entidad del sufrimiento causado y que no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, las circunstancias laborales y personales pues no se trata de un daño accesorio a este. Además, se debe tener presente que este rubro es independiente del daño material, inclusive si ha dado lugar al mismo, aun cuando la víctima no ha sufrido ninguna incapacidad, no estando sujeto a porcentaje alguno.

²⁰ Schauman de Scaiola, Martha Susana c/ Santa Cruz, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios, Fallos: 322: 1393 (1999)

Los daños morales no tienen un valor económico, pero, esto no impide que sean indemnizables, en cuanto que la indemnización en que se valoren va a actuar como medio de compensación, en lo posible, de los trastornos y sufrimientos del equilibrio emocional que padece la víctima, es un medio de equilibrar y neutralizar el menoscabo sufrido con origen en el evento dañino. Resulta sorprendente que con los avances que hubo en la temática dentro del sistema legal, no sea tenido en cuenta el tratamiento psicológico para remediar, paliar y compensar el daño moral.

A raíz de lo expuesto, el juez, para no incurrir en arbitrariedad debe expresar las pautas objetivas que se tuvieron en cuenta para evaluar el valor de los daños ocasionados, los derechos vulnerados y la gravedad de las lesiones, sin verse obligado a limitarse a fórmulas matemáticas. Debe alimentar su decisión, además, en el informe que brinda el médico legal, ya sea oral o escrito, el inicial o el definitivo, ya que el perito es sincero, veraz y experto en la materia a la que pertenece el hecho sobre el cual dictamina. Y, en base a los elementos subjetivos y objetivos demostrados por las partes intervinientes debe sentenciar en busca de la justifica y proporcionar a la víctima una indemnización que permite reparar el daño moral sufrido a raíz de la cirugía estética.

Conclusión

El daño moral ha existido siempre, pero con el correr de los años se fue profundizando en materia de derechos y se le fue concediendo la importancia que se merece tanto nacional como internacionalmente. En un mundo donde todo avanza muy rápido, la ciencia, la medicina, la sociedad, el derecho debe estar en sintonía con los cambios y respaldarlos con derechos y garantías.

Con estos cambios también se fue transformando el concepto de belleza y estética tanto de mujeres como de hombres y como no podía ser menos la medicina y la tecnología fue contribuyendo a dichos avances. Si bien existen numerosas cirugías y técnicas de embellecimiento, este trabajo solo se centro es las cirugías más comunes y frecuentes en las prácticas mundiales, que es la cirugía mamaria; más precisamente en aquellas cirugías que no tuvieron el resultado esperado. Y a raíz de estos nuevos derechos que fueron tornándose necesarios es que se planteó como pregunta de investigación: ¿Es posible la reparación del daño moral en los casos de juicio de mala praxis médica de cirugías estéticas mamarias?

Luego de la investigación llevada a cabo, tanto en leyes, doctrina como en jurisprudencia, se puede establecer que si es posible reparar el daño moral en este tipo de casos, ya que el mismo comprende derechos personalísimos que son intangibles, que ayudan a tener autoestima, honor, que si bien, no se pueden cotizar sólo desde el criterio de la sana crítica racional de la mirada de un juez, es la única alternativa de poder reparar el daño ocasionado.

Muchas de las mujeres que deciden someterse a alguna cirugía estética lo hacen para mejorar su autoestima, perfeccionar algún detalle que no le gusta de su cuerpo, y por supuesto, para sentirse y verse mejor. En aquellos casos en donde el resultado no fue el buscado, y, en muchas ocasiones quedar en peores condiciones físicas, se encuentra demasiado difícil poder considerar que el daño moral puede ser reparado solamente con una indemnización, ya que la ésta sólo les va a alcanzar para someterse nuevamente, a una o más cirugías reparadoras, pero el dinero es la única manera de permitirles poder pensar en otra opción de restitución y/o reparación de la mala praxis.

Por lo expresado anteriormente, y ante la hipótesis investigativa planteada que consiste en que es posible la reparación del daño moral en los casos de juicio de mala praxis médica de cirugías estéticas mamarias, se puede confirmar y afirmar que esto es correcto, ya que se demostró en la investigación que tanto la doctrina como los jueces sostienen que es fundamental establecer la reparación del daño.

Si bien es cierto, que a aquellas mujeres que fueron víctimas de mala praxis no les alcanza como solución la indemnización que reciben como sentencia, desde el punto de vista jurídico es la forma que se tiene para reparar el daño moral; al tratarse de sentimientos, emociones, sensaciones de depresión y tristeza producto de las lesiones físicas, es la única solución normativa que establece nuestro ordenamiento jurídico.

Resulta muy difícil establecer una cuantía económica a lo que es intangible y diferente para cada mujer que sufre una mala praxis, porque a su vez, las lesiones son diferentes y los niveles de insatisfacción y reparación distintas, ya que los jueces no son especialistas en la temática. Lo cierto es que en materia de daño moral se hizo un cambio priorizando a la víctima y poniendo por encima los derechos personalísimos vulnerados.

En este tipo de casos la información que recibe la paciente del profesional de la salud debe ser clara, concreta y en un lenguaje cotidiano en el cuál pueda entender lo que implica someterse a una cirugía y los tipos de riesgo que puede llegar a tener. Es necesario que el médico le haga hacer todos los análisis pertinentes para evitar complicaciones quirúrgicas. Lo cierto es que ninguna operación ya sea clínica o estética es cien por ciento segura, y es algo ajeno al profesional de la salud. Tanto pacientes como profesionales tienen derechos y deberes que cumplir y respetar para que la cirugía sea exitosa.

Si bien existe una ley nacional que regula los Derechos del Paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, Ley 26.529 y La Ley 17.132 que reza sobre el ejercicio de la medicina, odontología y actividades de colaboración, y, la mayoría de las provincias también legislaron en estos derechos, ninguna comprenden la cirugía estética como rama de la medicina, ni establecen protocolos de acción que podrían resultar de suma importancia para los pacientes, siempre y cuando, tengan la difusión suficiente; es decir que para el ordenamiento es lo mismo una cirugía clínica que estética. Esto genera complicación para determinar qué tipo de responsabilidad tiene el médico cirujano en las cirugías estéticas.

El factor de atribución puede ser subjetivo u objetivo depende el tipo de obligación que el profesional de la salud tenga. Si bien se considera que en las cirugías estéticas es una obligación de resultados, tanto la doctrina como la jurisprudencia citada en este trabajo, consideran que es una obligación de medios, ya que, se le dificulta al médico cirujano, comprometerse al resultado que busca la paciente.

Lo expuesto anteriormente, obstaculiza a la paciente, ya que en los procesos civiles por daños la carga probatoria es para aquellos que alegan ser víctimas de, en este caso, un daño moral, y para demostrar la mala praxis es necesario comprobar la responsabilidad civil del médico, quien al considerar que tiene una obligación de medios se exime de responsabilidad demostrando que hizo todo lo que médicamente debía hacer. Es difícil comprobar la culpa o dolo del profesional de la salud.

Es por ello, que, si bien los jueces no responsabilizan a los médicos por mala praxis en la mayoría de los casos, si los hacen indemnizar a las víctimas por los daños morales y/o físicos. La decisión de los magistrados siempre va a ser en base al daño cierto, la antijuricidad, el factor de atribución y el nexo de causalidad, la declaración de la víctima y el informe del perito médico quien le aporta objetividad a la causa. Con todos estos elementos determina el monto indemnizable para la víctima.

Para la mujer que sufre una mala praxis, la sentencia del juez no es justa, porque no va a alcanzar el dinero para reconstituir una parte del cuerpo que fue deteriorada, y mucho menos el estado de ánimo, la tristeza, la depresión del daño ocasionada y esa sensación de que quien le ocasionó las lesiones no reciba ninguna pena alguna. El dolor de tener que someterse nuevamente a una operación y no saber si es para mejor o peor, no se soluciona con dinero. Pero, a pesar de ello, la indemnización es la única solución que existe para reparar el daño moral. Se podría avanzar en materia de recibir un tratamiento psicológico a la víctima por parte del médico, para tratar de aminorizar las consecuencias físicas, el desgaste del juicio y ayudarle a reconstruir la autoestima; es algo que queda pendiente para avanzar en materia de reparación de daño moral.

Referencias bibliográficas

I) Doctrina

a) Libros:

Bustamante Alsina, J. (1993). Teoría general de la responsabilidad civil. Buenos Aires: Abeledo Perrot

Lorenzetti Ricardo Luis (1986). Responsabilidad civil de los médicos. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores.

Luis Díez-Picazo Y Antonio Gullón (1989), Sistema de derecho civil. vol. II, Tecnos.

MOISSET DE ESPANÈS LUIS (1998). (T.II), Curso de Obligaciones. Córdoba: Advocatus Pizarro & Vallespinos, (2014), Compendio de derecho de daños. Buenos Aires: Hammurabi.

Tanzi, S. Y. & Casazza, M. S. (2015). Responsabilidad colectiva, anónima y por la actividad peligrosa de un grupo en el Código Civil y Comercial. La Ley

Trigo Represas Félix A. (1995). Reparación de Daños por mala praxis médica. Buenos Aires: Hammurabi.

Trigo Represas, Félix A- López Mesa Marcelo (2005), Tratado de la Responsabilidad Civil, T I pág. 18 y ss., Ed La Ley.

Zavala De González, M (2015) La responsabilidad civil en el nuevo Código, Córdoba: Alveroni.

b) Revista:

Rodríguez Pería M. E. “El artículo 1078 del Código Civil y el daño moral. ¿Es necesario un cambio?” (2011) www.infojus.gov.ar, Id SAIJ: DACF110146

II) Legislación

Código Civil y Comercial de la Nación

Ley 26.529 Derechos del Paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud,

La Ley 17.132 que reza sobre el ejercicio de la medicina, odontología y actividades de colaboración

Ley 1255/1997 Salud pública -Derechos del paciente. – Formosa

Ley 6952/1999 -Tucumán

Ley 2611/2008 - Neuquén

Ley 6649/2010 – Chaco

Ley 8835/2000 – Carta del Ciudadano – Córdoba

Ley 5971/2010 - Corrientes

Ley 5645/2010 - Jujuy

Ley 5325/2011 - Catamarca

Ley 885/2012 - ley 4692/2011 - Río Negro

Tierra del Fuego

Ley 6925/2011 - Chaco

Ley 3288/2012 - Santa Cruz

Ley 14.464/2012 - Buenos Aires

Ley 9585/2014 - La Rioja

Decreto Reglamentario 208/2001 Ley 153 Art. 4 inc. g Jefe de Gobierno Ciudad de Buenos Aires

Código de Ética para el equipo de Salud. Recuperado 01/03/2012. <https://www.ama-med.org.ar/images/uploads/files/ama-codigo-etica-castellano.pdf>

III) Jurisprudencia

C. M. M c/ M. C. E s/ daños y perjuicios – resp. Pref. Médicos y aux.”- Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil – Sala/juzgado D- Recuperado de la página www.microjuris.com

Fallo 327:3925; C.N. Civ., sala L. 483.472, del 31/8/07

G. P. A. c/ S. G. E. s/ daños y perjuicios, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala D, 3-3-2017

M., G. Y Otro C/ C. M. DE C. P. B. J. P. Y Otros S/ Daños y Perjuicios, CNCIV – SALA G – 30/11/2015

Mosca, Hugo Arnaldo c/ Provincia de Buenos Aires y otros s/ daños y perjuicios, Fallo 330:563 (2007)

Schauman de Scaiola, Martha Susana c/ Santa Cruz, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios, Fallos: 322: 1393 (1999)