



Trabajo Final de graduación. PIA

**Controversias jurídicas entre la responsabilidad civil del médico cirujano
estético y la Ley 17.132 de Ejercicio de la medicina**

Alumno: Morales, Juan Carlos

Legajo: VABG27489

DNI: 25.348.166

Carrera: Abogacía

Año 2019

Agradecimientos

Resumen

Este trabajo final indaga en la obligación jurídica de los médicos por mala praxis en el ejercicio de sus funciones, haciendo hincapié en la especialidad de la cirugía estética embellecedora a la que el paciente accede de forma voluntaria sin un fin terapéutico, en razón de las contradicciones y controversias jurídicas que se dan entre el instituto de la obligación jurídica y lo establecido por la Ley N° 17.132 de Ejercicio de la medicina, en la que surge la cuestión del consentimiento informado, es decir la conformidad o rechazo que brinda el paciente ante la indicación o propuesta médica, ante posibles riesgos, evolución y los resultados en su requerimiento estético y en aras de proteger el principio de autonomía. En este sentido también se analiza la legislación del régimen de responsabilidad profesional de los médicos, además de las doctrinas sobre las obligaciones de los mismos frente al paciente, junto con la jurisprudencia nacional.

Palabras Claves: Obligación jurídica de los médicos, mala praxis, Ley N° 17.132 de Ejercicio de la medicina, consentimiento informado, principio de autonomía, jurisprudencia nacional.

Abstract

This final work investigates the legal obligation of doctors for malpractice in the exercise of their functions, emphasizing the specialty of aesthetic cosmetic surgery to which the patient accesses voluntarily without a therapeutic purpose, because of the contradictions and legal disputes that occur between the institute of the legal obligation and that established by Law N° 17.132 of the Exercise of Medicine, in which the issue of informed consent arises, that is, the agreement or rejection offered by the patient before the indication or proposal medical, before possible risks, evolution and the results in its aesthetic requirement and in order to protect the principle of autonomy. In this sense, the legislation of the professional responsibility regime of physicians is also analyzed, in addition to the doctrines on their obligations to the patient, together with national jurisprudence.

Key words: Legal obligation of physicians, malpractice, Law N° 17.132 of Exercise of medicine, informed consent, principle of autonomy, national jurisprudence.

Índice

Introducción	7
Capítulo 1 El instituto de la Obligación Jurídica en el ámbito médico	10
1.1 Nociones preliminares.....	10
1.2 Concepto de Obligación Jurídica	10
1.2.1 Obligaciones de los profesionales médicos.....	11
1.3 Análisis de la Obligación jurídica de los médicos en la Ley 17.132	13
1.3.1 Naturaleza jurídica	14
1.3.2 Distinción entre obligación de medios y de resultado	15
1.3.3 Análisis del artículo 20 de la Ley 17.132 de Ejercicio Legal de la medicina	17
1.4 Conclusiones parciales	18
Capítulo 2 La responsabilidad civil del médico como servidor público	19
2.1 Nociones preliminares.....	19
2.2 Análisis de la responsabilidad del médico en el Código Civil y Comercial	19
2.2.1 De los actos que gravitan en torno a la responsabilidad civil médica.....	20
2.3 Mala praxis médica	23
2.4 El Consentimiento Informado	23
2.5 La Historia Clínica	26
2.6 Autonomía de la voluntad	27
2.7 Conclusiones parciales	28
Capítulo 3 La responsabilidad civil contractual en el acto médico de la cirugía plástica	29
3.1 Introducción	29
3.2 Análisis de la obligación del médico cirujano plástico	29
3.2.1 Finalidad de la cirugía plástica.....	30
3.2.2 Características del ejercicio de la cirugía estética.....	31
3.3 Análisis de las controversias jurisprudenciales en torno al acto médico de la cirugía plástica.....	34
3.4 Conclusiones parciales	40

Conclusiones finales	41
Bibliografía	44
I-Doctrina	44
II-Legislación	47
III-Jurisprudencia	47

Introducción

La obligación jurídica de los médicos por mala praxis en el ejercicio de sus funciones y más precisamente en lo que refiere a la especialidad de la cirugía estética embellecedora a la que el paciente accede de forma voluntaria sin un fin terapéutico constituye una temática de suma importancia para la comunidad científica y por ende para la sociedad. De esta manera, resulta menester poder lograr un consenso entre las partes, un equilibrio sobre la relación jurídica que surge entre el médico y el paciente, en el cual se le debe respetar tanto los derechos de uno como el límite de las obligaciones del otro.

Por ello, que en esta investigación se plantea la posible contradicción entre la responsabilidad civil del médico cirujano estético y los artículos 20 y 21 de la Ley N° 17.132 acerca de las Reglas para el ejercicio de la medicina, odontología y actividad de colaboración de las mismas. Ya que en los mencionados artículos se establecen una serie de prohibiciones, tales como la promesa de una curación y conservación de la salud del paciente a través de procedimientos que le generen un daño a su integridad física y psíquica.

En tanto, en alusión al artículo 21 de la norma *ut supra* se prohíbe que los galenos ejerzan su especialidad sin la correspondiente acreditación académica y de la aprobación del centro hospitalario donde brinden sus servicios. Por cuanto, ante la referida contradicción cobra relevancia la responsabilidad civil del médico y sus implicancias en cuanto a sus presupuestos, factores de atribución y la controversia que amerita la obligación del galeno, de medios o de resultados.

En ese sentido, existen numerosos interrogantes y una diversidad de opiniones al momento de analizar las obligaciones de los médicos especialistas en cirugía plástica en relación con sus pacientes, en razón de la realización de cirugías estéticas embellecedoras. Por cuanto, surge la cuestión del consentimiento informado, es decir la conformidad o rechazo que brinda el paciente ante la indicación o propuesta médica, luego de recibir la información completa, adecuada, clara y precisa acerca del diagnóstico que lo aqueja, el mejor tratamiento disponible, las alternativas terapéuticas, los beneficios y riesgos esperados y el pronóstico, en pos de proteger el principio de autonomía.

Y en ese sentido existen opiniones divididas y distintos criterios al respecto, en jurisprudencia y doctrina, que muchas veces difieren con lo que dice dicha legislación. Entonces, en conformidad con lo anterior, el problema de la investigación se plantea a través del siguiente interrogante:

¿Cuál es el tipo de obligación jurídica tienen los médicos especialistas en cirugía estética con sus pacientes, en virtud de la contradicción jurídica que se da que se da entre el concepto de obligación del art. 724 del Código Civil y Comercial de la Nación, (CCyC) y lo establecido por la Ley N° 17.132 de Ejercicio de la medicina en sus arts. 20 y 21?

En tanto la hipótesis afirma que el tipo de obligación jurídica que tienen los médicos especialistas en cirugía estética con sus pacientes se contradeciría con lo establecido en la Ley N° 17.132 de Ejercicio de la medicina en su art. 20 (inc. 1 y 2).

Asimismo, el objetivo general de esta investigación es determinar si el tipo de obligación que poseen los cirujanos estéticos se contradice con la Ley N° 17.132 de Ejercicio de la medicina. Además, los objetivos específicos son los de analizar el concepto de obligación jurídica en general según el ordenamiento jurídico argentino vigente, distinguir en el ámbito de la cirugía plástica entre la intervención con fin estético y fin terapéutico, explicar el consentimiento informado, identificar la distinción entre obligaciones de medios y de resultado; así como también analizar el concepto de mala praxis.

Además, la metodología para llevar a cabo el desarrollo del trabajo recurre a un tipo de estudio descriptivo, en razón de analizar, formular y describir tanto los rasgos generales como también las características particulares de la problemática planteada. En consonancia con lo anterior, la estrategia de investigación metodológica se basa en un enfoque cualitativo, ya que el análisis de datos será de tipo interpretativo. Esta opción estratégica tiene que ver con que el problema de investigación planteado apunta a explorar diferentes fundamentos jurisprudenciales sobre la cuestión, a conocer diferentes posiciones doctrinarias e identificar tendencias, es decir que no se ajusta a un análisis de tipo numérico o estadístico, por el contrario requiere de un análisis en profundidad.

Asimismo, se utilizan fuentes primarias, secundarias y terciarias o de referencias generales, entre las primarias se apela a la Constitución Nacional, en adelante (CN), el Código Civil y Comercial (CCyC), la Ley N° 17.132, la ley N° 26.529 y también fallos y sentencias de los diferentes tribunales Nacionales. Las fuentes secundarias constituyen tanto doctrina, como así también Manuales de Derecho Procesal Civil, entre otros; en obras de reconocida doctrina como: Bustamante Alsina, Félix Trigo Represas, Alberto J. Bueres, Manuel García Blázquez y Juan J. Molinos Cobo, Ricardo Lorenzetti entre otros. Mientras que las fuentes terciarias recaen en fuentes que provengan de distintas revistas jurídicas y noticias publicadas en páginas Web reconocidas.

En tanto, atendiendo a la delimitación temporal del estudio se hace un recorte a partir de la promulgación de la Ley N° 26.529 que establece los derechos del paciente; así como

también lo atinente al instituto de la obligación jurídica de los profesionales de la medicina en normas que emanan de la Constitución Nacional y del CCyC, hasta la actualidad, año 2019.

Por último, la investigación se articula en tres capítulos, el primero analiza la obligación jurídica, su naturaleza y características en el marco legal argentino vigente. En el segundo apartado se analiza lo que establece el CCyC respecto de la responsabilidad civil del médico en general, atendiendo a los tipos de responsabilidad, la autonomía de la voluntad y el consentimiento informado.

En el tercer y último capítulo y se indaga en la relación contractual del médico cirujano en particular, la finalidad de la cirugía plástica y sus características, así como también en la jurisprudencia pertinente que sienta precedentes.

Capítulo 1

El instituto de la Obligación Jurídica en el ámbito médico

1.1 Nociones preliminares

En este primer apartado de la investigación se analiza el concepto de obligación jurídica y en particular el vínculo que establece entre los médicos y sus pacientes en el marco de la Ley N° 17.132 que regula el ejercicio de la medicina, Odontología y de las actividades de colaboración con ambas disciplinas. En este sentido, se hace hincapié en la naturaleza y la relación jurídica que se da entre las partes.

Asimismo, se indaga en la distinción entre obligación de medios y de resultado; así como también el artículo 20 de la mencionada norma, el cual establece una serie de prohibiciones a los galenos en cuanto al ejercicio de su actividad profesional. Lo que amerita tomar en cuenta en aras del cumplimiento de la responsabilidad civil como profesionales médicos.

1.2 Concepto de Obligación Jurídica

La obligación jurídica supone la existencia de un vínculo legal, a través del cual una persona puede exigir a otra la entrega de una cosa o la prestación o no de un determinado servicio. Y en este sentido, cabe traer a colación la definición que establece el CCyC acerca de las obligaciones jurídicas, el cual en su artículo 724 sostiene que “La obligación es una relación jurídica en virtud de la cual el acreedor tiene el derecho a exigir del deudor una prestación destinada a satisfacer un interés lícito y, ante el incumplimiento, a obtener forzosamente la satisfacción de dicho interés”¹

De esa manera, se puede afirmar que la definición que emana de la codificación civil señala que la obligación constituye una relación jurídica, es decir un vínculo humano que está regulado por el derecho, entre un acreedor y un deudor. Además en el concepto se alude a dos sujetos que conforman la relación tales como el acreedor y el deudor, los cuales son titulares

¹Artículo 724 del Código Civil y Comercial de la Nación

de derechos y deberes jurídicos conforme al artículo 22², acerca de la Capacidad de derecho, del CCyC; mientras que el artículo 141 de dicha norma estipula que “Son personas jurídicas todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación”³.

Entonces, se puede observar que el CCyC, como norma que regula las obligaciones y responsabilidades civiles, también contempla ciertos límites para los sujetos en carácter de acreedores. En este aspecto

...cierta doctrina reconoce en esas facultades del acreedor para exigir la prestación que no ha sido cumplida espontáneamente por el deudor, una manifestación del vínculo, como elemento de la obligación que se caracteriza como la sujeción del deudor a ciertos poderes del acreedor, los derechos del acreedor para ejercer una acción tendiente a obtener cumplimiento. (Alterini et al, 2003, p.58)

Es decir, que la norma contempla la obligación del cumplimiento de las partes en razón de respetar el vínculo jurídico establecido. Y dicha relación entre un acreedor y un deudor de fundarse en los derechos del primero para exigir el cumplimiento al segundo. De esta manera, las obligaciones jurídicas se dan entre personas jurídicas, es decir entre entes capaces de adquirir derechos y contraer obligaciones.

1.2.1 Obligaciones de los profesionales médicos

En términos generales se considera que los médicos contraen una obligación de medios, aunque sin dejar de lado el posible daño a terceros que se puede generar con su cumplimiento. Por tanto, en razón del deber del profesional médico como una obligación de medios, ante los casos de mala praxis como consecuencia de su desempeño, el juzgador debe, al momento de dictaminar una sentencia, debe comparar la conducta obrada en la emergencia. No obstante esa comparación deberá formar un modelo profesional (el buen profesional general, el buen especialista, etc.) que le servirá de parangón (arquetipo comparativo) de la conducta puesta en tela de juicio. (Padilla, 2019).

² Artículo 22.- Capacidad de derecho. Toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos, o actos jurídicos determinados.

³Artículo 141 del Código Civil y Comercial de Nación

En tanto, al momento de sostener un criterio acerca de la obligación del galeno, resulta apropiado considerar el “lex artis”, referido a los principios rectores en los que se funda una ciencia. Ya que el profesional debe respetar esos basamentos y proceder conforme a su categoría, en cuanto a la tarea que se le encomienda en un determinado caso concreto. Sin importar si el contrato que se celebra es de carácter intelectual, de servicios, un mandato, entre otros; ni tampoco cobra relevancia si se trata de una obligación de medios o de resultados. Por cuanto lo que importa es si el profesional cumple con su deber según un buen profesional en el marco de sus mismas circunstancias, es decir respetando los principios de su ciencia (Padilla, 2019)

Por último, con respecto a las cargas, cabe afirmar que ante una mala praxis, o bien la infección intrahospitalaria como consecuencia de la negligencia de un médico o de un centro hospitalario, se deben demostrar los presupuestos de la responsabilidad civil. Y en este sentido, los artículos 1734, 1736 y 1744 del CCyC estipulan que el actor debe acreditar el factor de atribución de responsabilidad, la culpa, la relación de causalidad y el daño, por cuanto si este existe, se presume la antijuricidad y al respecto el artículo 1717 del mismo Código, acerca de la Antijuricidad, establece que “Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada”⁴.

No obstante, quien invoque una circunstancia eximente, causa ajena o imposibilidad de cumplimiento, también corre con su prueba, según lo indican claramente esas mismas normas. (Padilla, 2019). Además, resulta probable y viable que un Tribunal aplique la doctrina de las cargas probatorias dinámicas o “adjudicación a quien se encuentre en mejores situaciones probatorias”, y en ese orden el artículo 1735 de la normativa civil expresa que

(...) No obstante, el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso comunicará a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa.⁵

Asimismo, resulta dable destacar que no debe confundirse la carga dinámica que avala la doctrina, con la adjudicación a quién se encuentre con mejores probabilidades probatorias. “(...) Ya que en lo que respecta a procesos judiciales por mala praxis de los galenos, resulta

⁴ Artículo 1717 del Código Civil y Comercial de la Nación argentina

⁵ Artículo 1735 del Código Civil y Comercial de la Nación argentina

factible que los jueces se abusen de sus facultades, por lo que se puede provocar una inversión de la carga probatoria” (Vázquez Ferreyra, 2016, p.61)

1.3 Análisis de la Obligación jurídica de los médicos en la Ley N° 17.132

La Ley N° 17.132 es la que regula el Ejercicio de la Medicina, Odontología, y de las actividades de colaboración con ambas disciplinas. En este sentido y en razón de las obligaciones a las cuales están sometidos los galenos en el marco del ejercicio de su profesión, el artículo 19 de la referida norma establece que, los profesionales médicos tienen el deber de prestar su colaboración y asistencia en casos de emergencia sanitaria, cuando el estado de gravedad de los enfermos amerite su pronta acción, así como también el respeto a la voluntad del paciente a someterse a un tratamiento, salvo en casos de accidentes o de demencia, por lo que dicho paciente no esté en su sano juicio para prestar su conformidad.

Asimismo, se hace hincapié en las operaciones de cambio de sexo, las que requieren una previa autorización judicial. También el profesional de la salud debe promover la internación de los pacientes que por su estado de salud psíquico sean un riesgo para ellos mismos o terceros.

En tanto, también es obligación de los galenos

(...) 9º) fiscalizar y controlar el cumplimiento de las indicaciones que imparta a su personal auxiliar y asimismo, de que éstos actúen estrictamente dentro de los límites de su autorización, siendo solidariamente responsable si por insuficiente o deficiente control de los actos por éstos ejecutados resultare un daño para terceras personas.⁶

Es decir que en los incisos del artículo *ut supra* se puede observar que el médico debe ajustarse conforme a derecho a los organismos pertinentes del Estado y a lo que estipula la Ley en cuestión. No obstante, se puede afirmar que existe una obligación fundamental que respecto de la conducta del galeno, la cual debe adaptarse al establecimiento para en el que brinda sus servicios.

Entonces, se puede apreciar que

(...) el plan de conducta que lleva adelante el facultativo constituye, en realidad, la ejecución de la obligación principal a cargo del establecimiento asistencial, razón por la cual su inexacto cumplimiento comprometerá la responsabilidad de este último, no por el incumplimiento de una obligación de seguridad, sino por el de la mencionada obligación principal. Es allí donde

⁶Artículo 19 de la Ley 17.132 Reglas para el ejercicio de la medicina, odontología y actividad de colaboración de las mismas

adquiere relevancia la culpa del médico en el desarrollo del plan de conducta, pues dicho plan es lo debido por el ente asistencial, y será este último quien responderá, en el marco del contrato, por su propio incumplimiento (Picasso & Vázquez, 2009, en Wüst, 2016, p. 3)

De esa manera, la obligación del médico también debe ajustarse al ente asistencial, el cual en virtud del vínculo de la relación con el paciente, debe responder ante el incumplimiento del galeno. Y en este aspecto, Lorenzetti, (2011) argumenta que en conformidad con lo anterior se debe respetar tanto el vínculo del contrato, haciendo hincapié el interés en el paciente en relación al médico y al centro asistencial, entonces

(...) la relación entre la clínica, el paciente y el médico no puede analizarse como una estipulación a favor de terceros, porque los dos centros de interés principales son los del paciente que paga y los de la entidad médica que presta el servicio. El problema a resolver se vincula entonces con esta relación jurídica y no con la que se entabla entre el médico y la clínica con efectos subsidiarios hacia terceros. El paciente no es tercero, sino parte. Por lo demás, en la estipulación a favor de terceros el tercero adquiere un beneficio cuya extensión está vinculada al contrato base, mientras que en el contrato médico hay una contraprestación y no un mero beneficio, (...). Por ello, en virtud de la estructura del vínculo obligatorio, debe entenderse que la clínica responde contractualmente y de modo directo por el incumplimiento, sin importar que la prestación haya sido materialmente cumplida por un médico dependiente de aquella (p.334 y ss.)

Y conforme a lo anterior, se entiende que el médico debe poner al servicio del paciente su conocimiento y la diligente asistencia que su estado amerite. Además, de la obligación médica con el paciente y con el centro asistencial para el cual trabaja surge un concepto relevante para la investigación como es el consentimiento informado, sin el cual el vínculo contractual pierde su vigencia, ya que dicho consentimiento se basa en la voluntaria intención del paciente de ser partícipe en la investigación médica y en la comprensión de la información que le brindó el facultativo.

1.3.1 Naturaleza jurídica

En lo que respecta a la naturaleza jurídica de las obligaciones que contrae el médico en el ejercicio de su profesión, cabe afirmar que una mayor parte de la doctrina, tanto a nivel nacional como internacional, así como también la jurisprudencia al respecto, afirma que la

naturaleza sobre la que se asienta dicha obligación frente al paciente conforma un deber de medios, en desmedro de una obligación de resultados. (Bueres, 1994, en Gómez, 2018).

No obstante, existen teóricos que critican la clasificación entre obligación de medios y resultados, aunque, en base a diversas sentencias de distintos fallos presentan excepciones que ponen en tela de juicio al principio de la obligación médica como de medios. Además, cabe aclarar la referida naturaleza de las obligaciones de los galenos es de carácter contractual, ya que implica un acuerdo de voluntades entre las partes intervinientes.

De esa manera, resulta menester destacar

(...) 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 «enfermo», a merced y cuidado del galeno y además paga una suma de dinero para ello; sea en efectivo en forma directa o bien, a través del previo abono de una cuota de obra social correspondiente. Sin perjuicio de la existencia de ciertas intervenciones quirúrgicas gratuitas o parcialmente gratuitas, que puedan llegar a brindarse en algunos nosocomios, Hospitales o Salas de Emergencias o Primeros Auxilios, pues ello no sería óbice para que se conciba dicha relación obligacional. Todo ello, nos indica que efectivamente, nos encontramos ante una relación jurídica de tipo «contractual (Bueres, 1994, p.74, en Gómez, 2018).

Entonces, conforme a la obligación de los galenos, la misma, se puede afirmar que se funda en una naturaleza contractual, ya que existe un compromiso del buen obrar profesional del médico y a la confianza del paciente que presta su cuerpo, en razón del cuidado de su salud. Por cuanto, el acuerdo de voluntades que se celebra entre el profesional de la salud y su paciente presenta aspectos controversiales, tales como el tipo de obligación que le corresponde a dicho profesional.

1.3.2 Distinción entre obligación de medios y de resultado

En cuanto a las obligaciones que poseen los médicos se puede considerar que la obligación de medios consiste en un compromiso por parte del deudor frente al acreedor de brindar alguna prestación, pero sin garantizar el resultado de la misma (Cabanillas, 1993). Es decir que en esta obligación el deudor solo brinda su operación de manera diligente, para que devenga en algún resultado esperado, sin las garantías de que se obtenga.

A diferencia de la obligación de resultados, en la cual el deudor asume el compromiso de garantizar un determinado resultado frente a su acreedor. Ya que “se compromete al cumplimiento de un determinado objetivo, consecuencia o resultado (opus)” (Mosset Iturraspe & Lorenzetti, 2005, p.74). Por cuanto, se puede afirmar que en la obligación de medios se asegura la diligencia y la prudencia; mientras que en las de resultado existe un interés en torno al resultado esperado, por lo que el deudor se exime si demuestra un actuar diligente, ya que lo que garantizó es el cumplimiento concreto de la prestación, teniéndose a éste por responsable a no ser que demuestre una causa no le es imputable. (Padilla, 2019)

Asimismo, cabe destacar que, en muchas ocasiones, es el mismo medio el que puede ser considerado como resultado, o bien como fundamento de un resultado final. Por ende, también se puede aseverar que parte de la doctrina considera que todas las obligaciones poseen tanto medios como resultados. Entonces, en razón del panorama general acerca de las obligaciones, las cuestiones controversiales se alistan en torno a la obligación del profesional de la medicina.

Además, en razón de la naturaleza contractual de carácter objetiva de la obligación médica y en conformidad con la entrada en vigencia del CCyC, se puede observar una distinción entre aquellas obligaciones que tienden a lograr un determinado resultado y otras que se relacionan que el deudor debe observar en condiciones y direcciones determinadas. Ahora bien, en conformidad con la tesis tradicional se sostiene que la culpa del deudor, sea una obligación de medios o de resultados, tiene que ser probada por el acreedor; mientras que en las de resultado se presume (Vazquez Ferreyra, 2015)

(...) Es decir que según la tesis clásica, en las obligaciones de resultado, probado el incumplimiento, al deudor no le estaba permitido probar que obró correctamente o sin culpa, debía probar algo más, la causa ajena. Recordamos que la prueba del casus o de la causa ajena es una exigente propia de la responsabilidad objetiva pues importa probar la ruptura del nexo causal (Alterini, 2015, p. 47)

En tanto, según Lorenzetti (2011), el fundamento del por qué no se califica a la obligación médica como de resultado recae en la idea de sobreproteger al galeno de las demandas de sus pacientes. De esta manera, se origina una visión aquilana de la responsabilidad con el *onus probandi* o carga de la prueba al demandante.

1.3.3 Análisis del artículo 20 de la Ley N° 17.132 de Ejercicio Legal de la medicina

Continuando con el análisis de las obligaciones jurídicas de los médicos, también caber destacar que en el marco legal de la referida norma N° 17.132 y más precisamente en su artículo 20 se enuncian las prohibiciones a los profesionales en ejercicio de la medicina. Lo cual resulta relevante al momento de la responsabilidad y de las cargas probatorias en casos de incumplimiento o mala praxis en sus acciones.

De esa manera, en razón del artículo *ut supra*, se prohíbe a los profesionales que practiquen la medicina, la promesa de curar y conservar la salud de sus pacientes, estableciendo plazos determinados, así como también anunciar el alivio o curación a través de procedimientos que no estén científicamente probados y en ese orden, también les recae la prohibición de aplicar prácticas médicas que no estén acreditadas académicamente por universidades o centros científicos que gocen de un prestigio en el país.

Además, de ejercer la medicina sin haberse registrado en la Secretaria de Estado de Salud Pública. Tampoco la práctica profesional amerita provocar algún daño, a partir de las intervenciones quirúrgicas. Y en un sentido que afecta a la ética profesional, se prohíbe que los médicos obtengan algún beneficio de laboratorios y todo aquel establecimiento cuya actividad se la elaboración y comercialización de medicamentos y productos ortopédicos, entre otros.

Asimismo, también se manifiesta la explícita prohibición al especialista médica de (...) 25.- ejercer simultáneamente su profesión y ser director técnico o asociado a un laboratorio de análisis clínicos. Se exceptúan de esta disposición aquellos profesionales que por la índole de su especialidad deben contar necesariamente con un laboratorio auxiliar y complementario de la misma⁷.

Por tanto, del contenido analizado de los incisos del artículo *ut supra*, se puede afirmar que existen distintas situaciones en las que el profesional de la medicina incurre en acciones que generan daños en la salud de sus pacientes, al no cumplir con cuestiones esenciales que hacen su buena ciencia y criterio, tales como la práctica de operaciones quirúrgicas sin las condiciones debidas o querer usufructuar recursos al médico y al mismo tiempo estar asociado a un laboratorio.

Entonces, el accionar del médico es plausible de sanciones legales, a partir del ejercicio ilegal de la medicina, conforme a lo dispuesto por el artículo 208, inciso 2° del Código Penal, en adelante (C.P), el que versa que

⁷ Artículo 20 de de la Ley N° 17.132 Reglas para el ejercicio de la medicina, odontología y actividad de colaboración de las mismas

Será reprimido con prisión de quince días a un año:

2° El que, con título o autorización para el ejercicio de un arte de curar, anunciare o prometiére la curación de enfermedades a término fijo o por medios secretos o infalibles⁸

Lo que demuestra que también la norma penal fija una sanción en contra del ejercicio ilegal de la medicina, en aras de proteger a los pacientes y de regular las prácticas profesionales en un marco de legalidad, razonabilidad y respeto.

1.4 Conclusiones parciales

De lo expuesto y analizado en este apartado de la investigación se puede reflexionar acerca del concepto y naturaleza de la obligación que contrae el médico al ejercer su actividad. Obligación que resulta ser un acuerdo de voluntades en razón de la exigencia de un sujeto acreedor quien tiene el derecho de exigir del deudor una prestación que satisfaga un interés lícito. Además, si el deudor no cumple se impone de manera forzada la satisfacción del mencionado interés.

Y de esa manera el CCyC establece una relación jurídica, la que implica derechos y obligaciones entre un acreedor y un deudor. En este sentido, en lo que respecta a dicha relación el marco jurídico que regula el ejercicio de la Medicina, Odontología y de las actividades colaborativas con ambas disciplinas es la Ley N° 17.132. Esta norma resulta relevante al momento de establecer las obligaciones de los médicos, ya que deben adaptarse al cumplimiento en la relación con el paciente y a los parámetros y lineamientos del centro asistencial para el cual presta sus servicios, siempre poniendo el centro del interés en las necesidades del paciente.

Entonces, respecto del tipo de obligación de los médicos, la mayor parte de la doctrina se inclina por determinar que constituye una obligación de medios, más allá de una de resultados. Aunque algunos autores ponen en tela de juicio dicha distinción.

⁸Inciso 2° del artículo 208 del Código Penal Argentino

Capítulo 2

La responsabilidad civil del médico como servidor público

2.1 Nociones preliminares

En este capítulo de la investigación se pretende dilucidar qué tipo de obligación jurídica tienen los médicos como servidores públicos respecto de sus pacientes. Para lo cual se analiza la responsabilidad del médico en el CCyC, distinguiendo la culposa de la dolosa.

De esta manera, se ahonda en los actos que gravitan en torno a la referida responsabilidad y en conceptos tales como la autonomía de la voluntad y la historia clínica. Además, de abordar la cuestión de la mala praxis médica y la relación con la responsabilidad del galeno

Asimismo, se toma en cuenta a la Ley N° 26.529 acerca de los Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud, en razón de profundizar en la normativa acerca de algunos conceptos anteriores. Haciendo hincapié sobre el consentimiento informado.

2.2 Análisis de la responsabilidad del médico en el Código Civil y Comercial

La responsabilidad profesional del médico emana de la noción de responsabilidad civil que subyace en los distintos conceptos de derecho, el derecho *per se*, es una regulación propia a la conducta humana que establece aquello que es jurídicamente prohibido, permitido y obligatorio. De esta manera, toda conducta humana que se manifieste contraria al orden jurídico establecido será considerada como antijurídica.

Asimismo, caben distinguir dos tipos de responsabilidad: la dolosa y la culposa. La primera se caracteriza por la presencia del dolo, de la intención o voluntad de obtener un resultado. En ese sentido, se afirma que existe una responsabilidad dolosa,

(...) por ejemplo, en el ámbito penal, en caso de delitos cometidos por médicos, tales como la eutanasia activa, la práctica de abortos, es decir fuera de los supuestos de exculpación, la omisión al deber de auxilio, la divulgación del secreto profesional, o la expedición de falsas certificaciones. (Portero Lazcano, 2001, p.90)

Asimismo, la referida responsabilidad descansa sobre el factor de atribución de carácter subjetivo, es decir la culpa o el dolo. Mientras que el factor de atribución objetiva se encuentra en los casos en que el profesional se haga responsable de un resultado previo, que fuera acordado con su paciente, conforme a las obligaciones que establece el artículo 774, inciso b y c⁹; así como también el artículo 1768¹⁰ del CCyC. (Gómez Haiss, 2017)

Entonces, en aquel sentido, López Mesa (2016) afirma que:

Las escuetas reglas que el nuevo Código Civil y Comercial dedica a la responsabilidad médica, dada su reciente entrada en vigencia y su sistema de derecho transitorio, no han tenido ocasión de verse receptadas aun en una jurisprudencia medulosa, pacífica y atinada, que encauce los principales problemas que la práctica presenta (p.386).

Por cuanto, siguiendo con la responsabilidad civil de los médicos, cabe asegurar que la misma se rige por los principios generales que surgen de esa responsabilidad, tales como el daño, la antijuricidad, la relación de causalidad y el factor de atribución. Y en este sentido, en cuanto al daño, de no existir éste, no se contempla un interés, ni una pretensión fundada y al respecto. Por cuanto, se puede traer a colación las palabras de Orgaz (1967) “Solo la ilicitud que causa un daño da lugar a una reparación” (p.47)

En tanto, el principio de antijuricidad se relaciona con el no dañar a los demás, en virtud del “alterum non laedere”. No obstante, en algunos casos determinados, se puede afirmar que es menester que el daño tenga relación con la causa del hecho que lo produjo; mientras que el factor de atribución que hace a la responsabilidad del médico consiste en una cuestión subjetiva, ya que se condice con el dolo.

Y siguiendo con lo anterior, el factor de atribución resulta una cuestión que se funda tanto en factores subjetivos como objetivos, en razón de que ante la carencia de normativa dicho factor termina siendo la culpa (Bueres, 1994)

2.2.1 De los actos que gravitan en torno a la responsabilidad civil médica

⁹ ARTICULO 774.-Prestación de un servicio. La prestación de un servicio puede consistir:

b) en procurar al acreedor cierto resultado concreto, con independencia de su eficacia;

c) en procurar al acreedor el resultado eficaz prometido. La cláusula llave en mano o producto en mano está comprendida en este inciso.

¹⁰ARTICULO 1768.-Profesionales liberales. La actividad del profesional liberal está sujeta a las reglas de las obligaciones de hacer. La responsabilidad es subjetiva, excepto que se haya comprometido un resultado concreto. Cuando la obligación de hacer se preste con cosas, la responsabilidad no está comprendida en la Sección 7a, de este Capítulo, excepto que causen un daño derivado de su vicio. La actividad del profesional liberal no está comprendida en la responsabilidad por actividades riesgosas previstas en el artículo 1757.

La responsabilidad civil médica implica seguir ciertos lineamientos que hacen al arte de curar. En este aspecto y en acuerdo con Mosset Iturraspe (1979) se puede afirmar que (...) la atención médica debe llevarse a cabo de acuerdo con las reglas del arte y la ciencia médica, de conformidad con los conocimientos que el estado actual de la medicina suministra, con la finalidad de obtener la curación del paciente, observando el mayor cuidado y diligencia y previsión, tanto en el diagnóstico como en el tratamiento (p.125).

Entonces, el obrar del médico debe estar en consonancia con lo que dictan las normas acerca de su actuar como profesional de la salud, que implican un ejercicio ético y responsable. Por cuanto, también cabe aclarar que el médico presta sus servicios sin la obligación de resultados, sino que emplea los medios más adecuados de su ciencia para obtener la finalidad.

No obstante, en determinadas actuaciones médicas existe un relación obligacional que requiere de un resultado en concreto, previa convención entre el médico y paciente, relación en la que el galeno se compromete a lograr un resultado esperado por su paciente. Lo cual se manifiesta en la práctica de determinadas intervenciones quirúrgicas o en aquellas prácticas médicas que posean una obligación de resultados. Y en ese aspecto, el CCyC recepta lo anterior en los artículos 773 a 778. (Gómez Haiss, 2017)

En el artículo 773¹¹, acerca de Obligaciones del hacer, sostiene que dicha obligación recae sobre la prestación de un servicio o la concreción de un hecho, en un modo, tiempo y lugar acordado por las partes que están en juego en el contrato. Y es este sentido en donde radica la cuestión central, ya que se pueden llegar a considerar obligaciones de resultados a ciertas intervenciones quirúrgicas médicas o terapéuticas, entre las que se destaca la cirugía plástica estética, es decir aquellas intervenciones que son no curativas, como por ejemplo una transfusión de sangre. Por cuanto, a través de dichas intervenciones se busca un resultado esperado y acordado entre el médico y el paciente. Entonces, por existe un contrato de locación de servicios y una contraprestación en dinero. (Gómez Haiss, 2017)

En suma, en la responsabilidad médica gravitan hechos que provocan que su factor de atribución, sea la culpa o el dolo se oponga a la atribución objetiva, es decir aquella que se da en el supuesto de que el galeno se comprometa a un resultado determinado convenido con el paciente. Por lo que el médico posee una obligación de hacer, en acuerdo al inciso b y c del

¹¹ ARTÍCULO 773.- Concepto. La obligación de hacer es aquella cuyo objeto consiste en la prestación de un servicio o en la realización de un hecho, en el tiempo, lugar y modo acordados por las partes

artículo 774, acerca de la Prestación de un servicio, del CCyC, incisos que rezan que se procura cierto resultado concreto al acreedor concreto, independientemente de su eficacia; y “(...) en procurar al acreedor el resultado eficaz prometido. La cláusula llave en mano o producto en mano está comprendida en este inciso”¹².

En tanto, otra cuestión que amerita tomarse en cuenta, es la elección de los medios adecuados por parte del galeno para lograr el mejor resultado en la salud, haciendo una elección racional acerca del tratamiento más apropiado para el paciente y en consonancia con la realidad actual. Es decir, estar a la vanguardia de los procedimientos clínicos y terapéuticos más novedosos y eficaces. (Gómez Haiss, 2017)

Asimismo, otro acto que gravita sobremanera sobre la responsabilidad civil médica es la carga probatoria, ya que hace a un tema propio y controversial de la profesión del galeno. En el que, conforme a la doctrina y la jurisprudencia, el médico no asume el resultado esperado, sino que está obligado a elegir los medios más adecuados para lograrlo. Por cuanto, en razón de un eventual conflicto judicial recae sobre el actor la carga de la prueba, la que lleva a demostrar la eficacia científicamente comprobada de la técnica terapéutica empleada que el galeno omite y por otro lado, que el tratamiento llevado a cabo por el médico no sea el correcto o no coadyuve a la finalidad buscada, generando algún daño a la salud.

(...) bien se haya provocado la “pérdida de la chance de curarse” o de “sobrevida”, por medio de aquellos métodos que pese a ser “eficaces y conocidos”, han sido omitidos. Lo mismo ocurre con la medicación recetada, pues sigue su suerte. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha aceptado como rubro indemnizable la pérdida de chance de supervivencia.¹³

Entonces, muchas veces el accionar médica trae aparejado consecuencias graves y hasta fatales en los pacientes, al no recurrir a las técnicas terapéuticas más eficaces y en este aspecto López Mesa (2016) sostiene

(...) el deber fundamental de todo médico -es y será- el de actuación diligente, esto es el empleo en el ejercicio de su profesión de una adecuada técnica, de conocimientos idóneos y actualizados, y de pericia suficiente en los gestos quirúrgicos o en los tratamientos terapéuticos (p.398).

Es decir, que como se viene sosteniendo, el médico debe actuar con la diligencia y el criterio adecuado que hacen la idoneidad profesional de su ciencia, en razón de los mejores medios, en aras de la obtención de los resultados más beneficiosos para el paciente.

¹² Inciso c del artículo 774 del Código Civil de la Nación argentina

¹³ CNFed.Civ. y Com., Sala II, 2/12/2004, «C. A.c. Policía Federal Argentina», LL, 2005-F 286.

2.3 Mala praxis médica

En torno al concepto de mala praxis existen cuestiones que radican en la responsabilidad del profesional médico en general, ya que la misma puede ser definida como la omisión del médico de la adecuada prestación de los servicios que se obliga a brindar y que resulta perjudicial para el paciente. Entonces el concepto de mala praxis está íntimamente relacionado a la responsabilidad del profesional de la salud.

Asimismo, en palabras de Agrest (2000), la mala praxis constituye

Toda acción médica errada de acuerdo con la opinión de expertos médicos no se define por la opinión del paciente o familiares y tampoco por la opinión del juez, cuya misión es definir la culpabilidad de una mala práctica y la magnitud del resarcimiento del perjudicado (p.47)

Otros autores señalan que se trata de un error involuntario por defecto o ausencia de las aplicaciones de métodos, técnicas y demás prácticas que hacen a la profesión médica, lo cual afecta la salud y hasta la vida misma del paciente. No obstante, en términos generales, se considera que la mala praxis es una actuación incorrecta del galeno que genera daños al paciente, siendo un responsabilidad de tipo culposa cuando, sin dolo, ocurre por cuatro posibles causas, negligencia, imprudencia, impericia o inobservancia de las leyes y reglamentos correspondientes. En este sentido, García Blázquez & Molinos Cobo (1995) consideran que si la *lex artis* responde al modo de hacer las cosas bien, la mala praxis sería lo contrario, es decir, no cumplir adecuadamente, salvo justificación razonada, con las reglas y preceptos destinados a este fin.

En suma, en lo que hace a la mala praxis, para que surja la responsabilidad del galeno deben confluír tres cuestiones, una acción culposa, un daño perpetrado al paciente y un nexo de causalidad entre el obrar del médico y el daño que se le ocasiona al paciente. Por cuanto, la mala praxis médica entra dentro de los prepuestos de la responsabilidad civil en general y la de los médicos que responden a ella.

2.4 El Consentimiento Informado

El consentimiento informado adquiere una relevancia particular en lo que hace a las intervenciones quirúrgicas, sobre todo en las cirugías y procedimientos de tipo estéticos, por ser actos electivos que requieren la necesidad de información por parte del paciente,

necesidad que resulta ser mayor que en el contexto de otras especialidades médicas. En este sentido, López Mesa (2008) sostiene que

Las intervenciones voluntarias, con fines de embellecimiento personal y no de curación, no admiten situaciones en las que pueda justificarse una limitación de la información en función de la necesidad del procedimiento. Como la finalidad no es el mejoramiento de la salud, no se justifican omisiones o informaciones graduadas que hagan que el paciente (“cliente”) acceda a la intervención sin un completo conocimiento de todas sus consecuencias y de sus posibles resultados (pp.8-9).

Entonces, es el médico el que debe informar de la manera más completa y veraz las posibles complicaciones derivadas de la intervención quirúrgica, además de los imponderables, es decir de las consecuencias que resultan, *prima facie* improbables, pero que son posibles.

Por ende, se puede afirmar que indudablemente, el consentimiento informado resulta fundamental en el contrato médico-paciente, ya que es un derecho del paciente que según consiste en

(...) el acto por el cual un paciente brinda su conformidad (o rechazo) con la indicación o propuesta médica, luego de recibir la información completa, adecuada, clara y precisa acerca del diagnóstico que lo aqueja, el mejor tratamiento disponible, las alternativas terapéuticas, los beneficios y riesgos esperados y el pronóstico (...) (Ciruzzi, 2017)

En tanto, en consonancia con lo anterior, cabe mencionar a la Ley 26.529, sobre Derechos del Paciente en su relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud, la que en su artículo 5 define al consentimiento informado como “(...) 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 (...)”¹⁴

Es decir, que tal declaración del consentimiento informado cobra una gran relevancia en virtud de aspectos esenciales del paciente, tales como su estado de salud, el procedimiento médico, conforme a los objetivos deseados, junto con los resultados esperados a través del mismo. Además, de la pertinente y adecuada información acerca de los posibles riesgos y efectos, que dentro de lo previsible, tengan los tratamientos médicos, los alternativos y los efectos también contemplados en caso de no someterse a los procedimientos médicos propuestos o aquellos alternativos.

¹⁴Artículo 5 de la Ley 26.529, Derechos del Paciente

Es decir, que conforme a lo que establece el mencionado artículo 5 de la precedente norma resulta una condición ineludible que para el consentimiento informado, el paciente reclame en pleno derecho, la información pertinente en cuanto a su estado de salud, los beneficios y posibles riesgos de tu tratamiento, así como también los efectos adversos que pueden derivarse de las prácticas o procedimientos sobre el tratamiento que se lleva a cabo para su salud.

Asimismo, el artículo 6 determina la obligatoriedad de contar con el consentimiento informado del paciente, al expresar que “Toda actuación profesional en el ámbito médico-sanitario, sea público o privado, requiere, con carácter general y dentro de los límites que se fijen por vía reglamentaria, el previo consentimiento informado del paciente”¹⁵. Lo que no hace más que afirmar el carácter obligatorio del referido consentimiento, que debe estar expresado por el paciente previo a cualquier tratamiento, intervención o práctica médica que se ejerza sobre su cuerpo.

Mientras que en su artículo 7º señala que

“(…) el consentimiento será verbal con las siguientes excepciones, en los que será por escrito y debidamente suscrito: a) Internación; b) Intervención Quirúrgica; c) Procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos; d) Procedimientos que implican riesgos según lo determine la reglamentación de la presente ley; e) revocación”¹⁶.

Por cuanto, la prestación del paciente de su consentimiento le quita antijuricidad al acto médico y en ese orden, María Paz Sánchez González (2002) sostiene que “mediante el consentimiento del enfermo, se convierten en lícitos ciertos comportamientos del facultativo que, en otras circunstancias, podrían ser penalmente relevantes” (p.65).

De esa manera, se puede afirmar que al consentir el paciente, se elimina la antijuricidad en razón de los posibles daños causados por la intervención quirúrgica que practicada por el galeno. Ya que dicho “(…) consentimiento es específico para una operación o práctica determinada, y no es válido un consentimiento genérico para todas las intervenciones y prácticas que el estado de salud del paciente tornara menester” (López Mesa, 2016, p.365)

2.5 La Historia Clínica

¹⁵Artículo 6 de la Ley N° 26.529, Derechos del Paciente

¹⁶Artículo 7 de la Ley N° 26.529, Derechos del Paciente

El desarrollo de la vida del contrato médico, se refleja a través de la historia clínica que se irá conformando durante el proceso de la atención médica. Este documento servirá para determinar la calidad de los servicios médicos prestados y cobrará singular importancia al momento de establecer responsabilidades civiles, penales y administrativas. Además de servir como herramienta probatoria de cabal importancia. El profesional debe dejar plasmada su accionar en la misma.

Asimismo, la historia clínica se encuentra regulada en la Ley N° 26.529, acerca de los Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud, en sus artículos 12 a 15. En este sentido, el artículo 12 define la define como “(...) el documento obligatorio cronológico, foliado y completo en el que conste toda actuación realizada al paciente por profesionales y auxiliares de la salud”.

Mientras que el artículo 13 de la norma *ut supra* acerca de la historia clínica informatizada, hace referencia a la confección electrónica de dicha historia, en aras de preservar su integridad y resguardar los datos que contiene, a través de accesos restringidos, designando a los responsable a cargo de la guarda. Además, el artículo 14 establece que la titularidad de la historia clínica es el paciente y la institución asistencial debe proporcionársela ante su requerimiento.

En tanto, el artículo 15 de la referida ley, acerca de los Asientos, determina el contenido de la historia clínica, que deberá llevar, además de los datos personas y del núcleo familiar del paciente, un registro pormenorizado de sus antecedentes genéticos, fisiológicos y patológicos. También, constancias de tratamientos médicos y todo lo relativo a ingresos y altas médicas.

Por otra parte, al momento de definir la naturaleza de la historia clínica, se puede afirmar que la misma es el documento que contiene por escrito la anamnesis, la información histórica de todos los procedimientos y tratamientos efectuados al paciente, los medicamentos suministrados, así como su evolución y respuesta a los mismos a través del tiempo que dura la relación médico-paciente. Además deberá de registrarse, de ser necesario, las interconsultas solicitadas y sus resultados.

En cuanto a las intervenciones quirúrgicas, deberá contener el protocolo quirúrgico donde constará la integración del equipo quirúrgico interviniente, la foja o parte anestésico, los estudios complementarios, en otras palabras, todos los datos que de manera precisa y acabada detallan el servicio médico y auxiliar suministrado.

2.6 Autonomía de la voluntad

La autonomía de la voluntad constituye un principio general en materia de Derecho Civil, ésta trata de la libertad que reconoce el ordenamiento legal a los individuos, con el objeto de que autorregulen sus intereses (Medina, 2012). Además, la autonomía se expresa por medio de actos jurídicos como un resorte del derecho para crear, transmitir o hasta eliminar la autonomía.

Asimismo, la libre elección del individuo en función de un proyecto de vida resulta imprescindible y el Estado no debe tener injerencia alguna en esa decisión. Por lo que debe crear las condiciones institucionales necesarias para contribuir a que los individuos logren sus llevar a cabo sus proyectos de vida.

Por cuanto, en lo que respecta a su regulación, la autonomía de la voluntad se recepta en el CCyC a través del principio de libertad contractual. En este aspecto, en el artículo 958, acerca de la Libertad de contratación, del referido Código se establece que las partes son libres de celebrar un contrato y determinar el contenido del mismo, limitando dicha facultad a imposiciones de la ley, el orden y la moral públicas y las buenas costumbres.

En línea con lo anterior, se puede afirmar que a partir de actual CCyC se introdujeron distintas categorías de contratos, tales como el discrecional o paritario, el de adhesión a cláusulas predispuestas, los contratos conexos y el contrato de consumo. Este último es el que se establece entre el profesional médico y el paciente. Estos contratos, se hallan en la permanente búsqueda de un equilibrio entre sus partes, en particular en lo que hace a la relaciones de consumo.

En tanto, en lo que respecta a las precisiones terminológicas y conceptuales, la Ley N° 26.529, acerca de derechos del paciente, atendiendo al término voluntad, la misma resulta verbal. En este sentido, también se contempla que la consabida autonomía de la voluntad deba ser por escrito, ante intervención quirúrgica, procedimientos que impliquen un riesgo de vida, procedimientos y técnicas invasivas y la revocación. (Medina, 2012).

Por último y en acuerdo con la Ley *ut supra*, ésta establece que en razón del ejercicio de la autonomía de la voluntad, el paciente goza del derecho a aceptar o rechazar determinadas prácticas o procedimientos médicos. Aunque, también puede revocar su decisión.

2.7 Conclusiones parciales

A modo de conclusión del apartado, cabe considerar que la responsabilidad civil conlleva presupuestos y caracteres propios del derecho, en razón de regular una conducta humana, que establece lo permitido y prohibido jurídicamente. En este sentido, la responsabilidad del médico profesional se asiente en la culpa o el dolo, es decir en un tipo de obligación de resultados.

Por cuanto, la responsabilidad civil de los médicos se rige por los principios generales que surgen de esa responsabilidad, como el daño, la antijuricidad, la relación de causalidad y el factor de atribución. Sin embargo, cuando no existe el daño, tampoco se considera un interés, ni una pretensión fundada, es decir que solo lo ilícito que implica el daño merece una reparación.

De esta manera, el CCyC establece de manera expresa tanto la naturaleza de obligaciones de medios, como así también las de resultado, lo cual se traduce en una consagración de la responsabilidad objetiva de origen contractual (art. 774, incs. b y c, y arts. 1252, 1253 y 1723 del CCyC) la que se puede ampliar a la de origen extracontractual.

Otra cuestión fundamental, en lo que hace a la presente investigación, es la mala praxis médica, ya que ésta para algunos autores se trataría de un error involuntario. Aunque, la mayoría coincide en afirmar que la mala praxis surge por defecto o ausencia de la aplicación de métodos que hacen a la profesión médica, lo que termina afectando la salud y la vida del paciente. De esta manera, el consentimiento informado cobra gran relevancia al momento de que el paciente preste su conformidad o rechazo a la propuesta médica, ya que dicho consentimiento abarca el derecho del paciente a recibir una completa, detallada y clara información acerca del diagnóstico en su salud, así como también los posibles riesgos y beneficios que atañen a la misma.

En tanto, otro concepto que se enlaza a los anteriores lo constituye la autonomía de la voluntad, ya que en ese sentido, la Ley N° 26.529, acerca de derechos del paciente, establece que la misma resulta verbal, aunque también se contempla que pueda ser por escrito, en razón de intervenciones quirúrgicas o diferentes procedimientos que pongan en riesgo la integridad y la vida de los pacientes.

Capítulo 3

La responsabilidad civil contractual en la especialidad médica de la cirugía plástica

3.1 Introducción

En este último apartado de la investigación se analiza la obligación del médico cirujano plástico, en razón de la responsabilidad civil que le compete y en ese orden se indaga en la finalidad de la cirugía plástica, a las características y la importancia del diagnóstico. Para luego ahondar en la jurisprudencia en torno al accionar del médico en el marco de las cirugías plásticas.

3.2 Análisis de la obligación del médico cirujano plástico

Respecto a la responsabilidad civil del médico, en razón del contrato que establece con el paciente y en particular del médico cirujano plástico, cabe destacar la relación controversial con una obligación de medios o de resultados. En este sentido, cabe notar que en cuanto a la obligación de medios el deudor se compromete a ser idóneo y eficiente en aras de obtener un resultado determinado, sin garantizar que éste se obtenga.

Por otra parte, en las obligaciones de resultados, la parte deudora se “(...) compromete o asegura un efecto determinado, concreto. (Trigo Represas & López Mesa, 2004, p.472). Entonces, cuando el resultado no es el deseado, la responsabilidad se objetiva y si se incumple en la implementación de los medios, pasa hacer subjetiva. Lo que amerita comprobar la culpa del deudor.

En ese sentido, Trigo Represas & López Mesa (2006) sostienen que
(...) Conforme afirma el Dr. Bustamante Alsina, en general la obligación asumida por el facultativo especializado en cirugía estética es de resultado, ya que de no prometerse un resultado feliz el paciente no se sometería al acto quirúrgico - o tratamiento. (p.354)

De esa manera, se aprecia la distinción entre la obligación general del médico y la del cirujano, la que es de resultados. De allí que García Blásquez & Molinos Cobo (1995) aseguran que

(...) la especialidad de Cirugía Plástica o Estética y Reparadora se sitúa en una línea divisoria entre la obligación de medios -que el médico tiene- o de resultados. Efectivamente, el médico no se obliga a lograr la curación, del enfermo, ni siquiera la mejoría y, en algunos casos, ni tan

siquiera puede garantizar la eficacia terapéutica, sino a poner los medios para que el paciente se beneficie, de acuerdo con la *lex artis*, con los conocimientos actuales, con los medios adecuados de que disponga, así como con la cualificación que le otorga su formación. Sin embargo, en muchos casos de la Cirugía Estética, en especial la actual y en aquellos sujetos en los que solamente se pretende cambiar de imagen, es posible que pueda presuponerse que el Cirujano Estético ha de garantizar unos resultados, porque, de lo contrario, sería difícil que una persona sana se pusiera en sus manos. (p.407)

Con lo cual, se deduce que en ocasiones se asiste a una ruptura del vínculo la relación obligatoria de medios y la de resultados.

3.2.1 Finalidad de la cirugía plástica

En primer término, se puede afirmar que la Cirugía Plástica constituye una especialidad de la medicina y una variante dentro de la rama de la cirugía. Además, su denominación genérica abarca todas sus subespecialidades, incluida la Cirugía estética.

En ese sentido, “la palabra “plástica” se relaciona con el vocablo griego “plastikós” cuyo significado es *modelar, dar forma*. Según Corominas J. (1973)” (Corominas, 1973). Así mismo, la palabra “plástico” es tomada del griego “plastikós” cuyo significado es “modelar o amasar”

En tanto, Loftus (1999) se encarga de explicar “(...) claramente cuál es el propósito que persigue la Cirugía Plástica reconstructiva: restaurar, restituir, devolverle al cuerpo su forma y funcionalidad en pacientes que han sufrido accidentes, quemaduras, cáncer, o que tienen defectos de nacimiento, malformaciones de las manos, etc.” (p.74). Por cuanto, que claro que la finalidad de la cirugía plástica posee una preeminencia estética.

Y en razón de la finalidad de la cirugía plástica, como se viene exponiendo, es ante todo, estética, es decir que no es específicamente terapéutica. Aunque, el aporte a mejorar un estado de ánimo y cuestiones que hacen a lo emocional, hacen a una conducta que se basa por el consentimiento de la víctima en conformidad al artículo 14¹⁷ de la CN, ya que dicho artículo hace a los derechos y garantías de los ciudadanos, en el marco de la licitud de las acciones.

¹⁷ Artículo 14.- Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.

Además, el fin de una cirugía estética al conllevar una obligación de resultados, implica que exista una carga de culpabilidad del galeno, del Centro Médico y de aquellos responsables de infringir un daño a la persona, que muchas veces resulta irreparable.

3.2.2 Características del ejercicio de la cirugía estética

Entre las características que hacen al ejercicio de la cirugía estética y ante la conflictividad que representan algunos pacientes, resulta menester lograr una adaptación del perfil psicológico del paciente en razón de contemplar el hecho de que se someta a una intervención quirúrgica con fines estéticos. Así como también la aceptación del resultado

Y tal es así, que “Muchas personas que desean o creen desear una cirugía estética, padecen neurosis con trastornos narcisistas de la personalidad y son hipersensibles a la frustración y los fracasos” (Jacovella & Kennedy, 2004). Mientras que “Otros pueden presentarse con trastornos de personalidad más severos como el trastorno dismórfico corporal, el cual suele ser poco estudiado y diagnosticado” (Jacovella & Kennedy, 2004).

Asimismo, se puede afirmar que en muchas ocasiones el deseo de mejoras estéticas está por encima del aspecto corporal, es decir está motivado por cuestiones espirituales que van más allá de un mero cambio de imagen física, como la reconquista de una pareja o progresar en un trabajo, entre otras cuestiones. Por cuanto, si el medio para obtener tales fines es una cirugía estética, pueden surgir frustraciones que motiven demandas judiciales. Ya que “La cirugía plástica no resuelve conflictos; ayuda a mejorar formas, en una mente estabilizada abierta al cambio” (Jacovella & Kennedy, 2004).

Otra característica ineludible en estos tiempos es la gran influencia de los medios de comunicación, es decir que ellos se prometen una especie de resultados mágicos, por cuanto se pueden observar profesionales que actúan con la seriedad y honestidad requerida, que explican e informan al paciente y otros de dudosa trayectoria que prometen mejoras que resultan imposibles (Vítolo, 2009). Con lo cual se puede afirmar que se asiste al fenómeno de la mercantilización de la cirugía estética, la que cosifica al paciente, transformándolo en un cliente que no acepta un resultado que no haya sido publicitado por los medios de comunicación y por el mismo médico.

Al mismo tiempo, en razón de lo anterior, se puede afirmar “(...) que los mismos medios son muy rápidos en la difusión de accidentes y presunta mala praxis, aún antes de que se expida la justicia, generando un clima que favorece la desconfianza y la generación de

reclamos” (Hurtado Hoyo, 1995, p.6). Además, otras aristas de las prácticas médicas en este sentido, resultan ser las Intervenciones estéticas realizadas por médicos no calificados.

Y en ese sentido, aún abundan muchos médicos que carecen de la idoneidad y experiencia necesaria para realizar las intervenciones. Por cuanto la formación del especialista en cirugía estética resulta ardua y demanda una dedicación y esfuerzo permanentes (Vítolo, 2009). Además, ante conflictos legales, el médico profesional debe acreditar su especialidad y el cumplimiento de programas de entrenamiento con una duración mínima de tres años, así como también residencias, cursos, entre otras cuestiones.

Otra cuestión característica de las intervenciones en cirugía estética es la minimización de los procedimientos, los cuales se tildan de procedimientos menores, ya que “La baja frecuencia de eventos graves suele generar cierta relajación en los estándares de seguridad. En algunos países, por ejemplo, la principal causa de demandas a cirujanos plásticos son las complicaciones graves de la lipoaspiración” (Manrique, 2006, pp. 42-45), por lo que existe una falta de previsión y en ese aspecto la jurisprudencia avala tal afirmación al sostener que

(...) Es responsable del delito de homicidio culposo el médico que realizó dos operaciones quirúrgicas en un ámbito físico precario, no habilitado como quirófano, bajo deplorables condiciones de asepsia y sin un equipo mínimo de colaboradores, ya que dichas condiciones fueron causa evidente de las infecciones posterior muerte de la víctima.¹⁸

Ya que los médicos incurren en la omisión del deber de cuidado impuesto legalmente, por cuanto lo que está en juego es la imprudencia y los riesgos de los pacientes por su salud, que en muchas ocasiones puede significar la muerte de éstos.

3.3 El Diagnóstico. Su importancia a la hora de evaluar una eventual Cirugía Plástica.

El diagnóstico puede ser definido como el conjunto de actos médicos que apuntan a reconocer, evaluar y fundamentalmente a dictaminar cuál es el procedimiento idóneo a seguir en el paciente que consulta al cirujano plástico por una eventual cirugía.

Se puede decir que éste consta de dos fases, claramente delimitadas:

La primera fase consiste en el examen que el especialista realiza sobre el paciente, atendiendo sus aspectos no sólo físicos sino también psíquicos e interpretando la voluntad o

¹⁸ Fallo de la Cámara Nacional Criminal. Sala I (Correc.). 30/4/1993 “R.D.T. (Correc 3, sec. 62) c. 42.214 S., J.H.”.

deseos del mismo. Inicialmente se escucha el deseo del paciente, seguidamente, el especialista realiza el examen físico que consiste en la observación, palpación y documentación del paciente, Posteriormente, se efectúan las prescripciones de eventuales estudios para complementar al examen físico (como por ejemplo: ecografías, radiografías, análisis de laboratorio, entre otras)

La segunda fase hace al diagnóstico propiamente dicho. Esta conclusión final la realiza el especialista teniendo en cuenta todos los elementos de la primera fase.

Por ejemplo: en el caso de la paciente que consulta para aumentarse el busto; el profesional la examina, realiza las mediciones correspondientes las cuales son volcadas a las planillas y solicita una ecografía y mamografía, A continuación, le explica a la paciente el tipo de implante, ubicación y posición; dejando la elección del tamaño a aumentar al deseo de la misma , ya que el tamaño de los implantes es opcional, Por lo tanto, en este caso hay un examen previo, mediciones, estudios complementarios, asesoramiento del especialista y además el deseo de la paciente.

En numerosas oportunidades puede acontecer que el paciente no sólo quiera adaptar un sector de su cuerpo a patrones de belleza actuales, sino que pretenda que su imagen se identifique con un determinado modelo y que este resulte imposible de lograr.

He allí entonces donde el diagnóstico del profesional especialista en cirugía plástica cobra singular importancia. Debe solicitar interconsulta con psicólogos o psiquiatras a fin de desentrañar el verdadero motivo que lo lleva al paciente a querer realizarse una determinada cirugía.

Otro ejemplo que se podría citar es el de una persona que presenta una quemadura facial severa y cree que con una intervención quirúrgica, su rostro va a recobrar la lozanía que tenía, o en otro supuesto quien consulta porque cree que con un rejuvenecimiento facial va a conseguir reconquistar a su pareja, o ya directamente el paciente que presenta lo que los psiquiatras denominan “hipocondría estética”, que es el padecimiento que sufren las personas que se inquietan patológicamente por cualquier mínima imperfección que presente su cuerpo. Les resulta intolerable al igual que si tuvieran una grave enfermedad no somática. Estos ejemplos han sido seleccionados atendiendo a que la cirugía plástica comprende tanto al ámbito estético como el reparador, y siempre sosteniendo que la obligación del facultativo es de medios en uno u otro caso.

Como vemos en esta amplia gama de situaciones, el diagnóstico del cirujano es fundamental. Debe saber determinar si un paciente es pasible de ser intervenido o si en su

defecto requiere de otro tipo de tratamiento – no quirúrgico que le ayuden a aliviar sus inquietudes y a proyectarse en la vida de maneras diferente.

3.3 Análisis de las controversias jurisprudenciales en torno al acto médico de la cirugía plástica

En cuanto a la jurisprudencia, se pueden apreciar casos que giran en torno a controversias que se generan en el acto médico que implica la cirugía plástica, en razón de la obligación de los médicos especialistas en la misma y la norma que regula el ejercicio legal de la medicina. Y en razón de lo precedente, se traen a colación distintos fallos.

Fallo "B. de M. M. B. c/ Medicus S.A y otros/ daños y perjuicios"

En este caso, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo civil, en la causa "B. de M. M. B. c/ Medicus S.A y otros/ daños y perjuicios"¹⁹, del año 2008, rechaza la demanda promovida por el damnificado en contra de la empresa Medicus S.A y del médico que intervino, en razón de la mala praxis del galeno al intervenir quirúrgicamente a la paciente, quien sufrió lesiones en sus mamas. En este aspecto, la finalidad de la operación fue la de reducir el tamaño y reacomodar las mamas de la damnificada quien asegura que como efecto de dicha intervención sufrió alteraciones estéticas en su busto y la posibilidad de empeorar dichas alteraciones.

Por cuanto, la apelante sostiene que los encartados deben responder porque "la obligación de los cirujanos especializados en cirugía estética es de resultado, y no de medios". Entonces la Excma. Cámara desestimó el agravio deducido por la actora y la confirmación -en lo principal que decide- de la sentencia de primera instancia.

De esta manera, en el mencionado fallo se realiza un encuadre jurídico y se determina cuando se configura la responsabilidad médica en las cirugías estéticas, ya que en cuanto a la clasificación entre obligaciones de medios y de resultado, si bien ya no se discute que en la responsabilidad médica en general interviene una obligación de medios, ya que entre los fundamentos del fallo se sostiene que el deber de responder se sustenta en la culpa, a través de la responsabilidad subjetiva.

¹⁹CNACiv. Sala B. "B. de M. M. B. c/ Medicus S.A y otros/ daños y perjuicios" (8/4/2008)

Razón por la cual, se suscitan discrepancias en torno a las cirugías estéticas no terapéuticas, es decir aquellas que persiguen la finalidad de embellecer o mejorar alguna parte del cuerpo, con una finalidad solo cosmética. De esta manera, se entiende que en razón de dichos procedimientos quirúrgicos la obligación del especialista médico es de resultados, ya que la carencia de una patología en el paciente implica que ante la promesa de un resultado beneficioso, el mismo no se hubiera sometido al procedimiento quirúrgico.

En tanto, se acuerda en el fallo analizado se basa en otros precedentes en que aún 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 médico haya empleado en la intervención la mayor de las diligencias. Asimismo, también destaca que la ley N° 17.132 (art. 20, incs. 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 alterará la naturaleza de la obligación asumida por el profesional". (Colazo, 2010)

Ya que, en razón de que los médicos que practican una cirugía con fines solamente estéticos se comprometen ante una obligación de medios, lo cual conlleva a las reglas generales que hacen a la responsabilidad subjetiva, es decir que subyace la culpa, en conformidad con los artículos 512, 902 y 909 del Código de Vélez. Además, en las cirugías puramente cosméticas, la jurisprudencia y doctrina exige todavía apreciar con mayor severidad la conducta del profesional dada la naturaleza y finalidad que dan origen estas intervenciones, que no están motivadas por una patología y, además, teniendo en cuenta la ausencia en general de grandes riesgos. La sola existencia del daño no es suficiente para provocar la responsabilidad de los profesionales que se ocupan de la salud, para ello habrá que analizar si un resultado determinado, el perjuicio padecido por el paciente, se imputará subjetivamente a su autor. (Colazo, 2010)

Entonces, la Cámara desestimó el agravio deducido por la actora y la confirmación de la sentencia de primera instancia, en razón de que cuando el profesional de la salud presta sus servicios, no se compromete a obtener un resultado, sino a poner a disposición del paciente su saber y medios apropiados para alcanzar la obtención del resultado deseado.

Fallo "D. D. c/ A. F. P. y otros s/ DAÑOS Y PERJUICIOS - RESP. PROF. MÉDICOS Y AUX."

Otro fallo, más reciente, que viene a demostrar controversias interpretativas en cuanto a la responsabilidad de los médicos cirujanos es de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en la causa "D. D. c/ A. F. P. y otros s/ DAÑOS Y PERJUICIOS - RESP. PROF. MÉDICOS Y AUX."²⁰, del año 2015, en el que una persona plantea una demanda contra un médico cirujano y su aseguradora, luego de una fallida cirugía estética de implante mamario en un consultorio privado que terminó generando una importante infección en la zona. Luego de varias visitas al médico interviniente por motivo de los dolores que sentía, decidió consultar a otro especialista el cual terminó practicando una cirugía de emergencia debido al cuadro infeccioso que presentaba.

Por su parte el cirujano alega que actuó conforme manda la conducta debida para estos casos, dado informó previamente a la paciente acerca de todo el tratamiento y que la misma prestó el correspondiente consentimiento informado. Agrega, finalmente, que la actora abandonó el tratamiento al no concurrir más al control.

De esta manera, los jueces en primer lugar se ocuparon, para resolver, de si en el caso se trataba de una obligación de medios o de resultados, optando por la primera opción. Para determinar esta postura, es dable citar lo expresado en la Cámara, ya que los camaristas argumentan que

(...) resulta evidente, que no podría concluirse que el Dr. A. se hubiera obligado a realizar la cirugía de manera tal que el busto de la actora quede, desde el punto de vista estético, en aceptables condiciones porque, por lo visto, ello es materialmente imposible (...) ²¹

Por ende, tal postura conlleva a especular con el hecho de que el cirujano no puede prever cuestiones que escaparían a su voluntad, a pesar de su buena ciencia y criterio que hubiese empleado en la intervención quirúrgica. Entones, tampoco puede pasarse por alto que la medicina no constituye una ciencia exacta, en la que se puedan garantizar resultados factibles conforme a datos y mediciones, ya que semejante premisa implicaría entender que el organismo humano constituye una pieza que responde de igual manera ante determinados actos.

Y en razón del tipo de obligación, las normas son claras, al sostener que en las intervenciones plásticas está presente el tipo de obligación de los médicos, es decir aquella que es de medios. A pesar que el paciente que se somete a alguna cirugía plástica es consciente de los riesgos y los asume como tales, pero dichos riesgos son poco frecuentes.

²⁰CNACiv. Sala A. "D. D. c/ A. F. P. y otros s/ DAÑOS Y PERJUICIOS - RESP. PROF. MÉDICOS Y AUX." (13/6/2015).

²¹CNACiv. Sala A. "D. D. c/ A. F. P. y otros s/ DAÑOS Y PERJUICIOS - RESP. PROF. MÉDICOS Y AUX." (13/6/2015). Considerando 4º

Entonces, en función de los referidos riesgos, se toma en cuenta, antes que nada, el deber de informarlos por parte del profesional de la salud al paciente. Lo cual, en el caso de la cirugía plástica, dicha información se torna más extensa.

De esa manera, una vez aclarado esto, pasaron a analizar las pruebas aportadas para determinar el grado de responsabilidad y la exigencia con respecto al actuar del cirujano. Tomaron en cuenta el dictamen del perito, y en base a eso concluyeron que hubo un incumplimiento por parte del cirujano con respecto al modo en que fue llevado a cabo el proceso: en primer lugar que la intervención quirúrgica fue realizada en un lugar privado donde no había quirófano con todos los recursos disponibles y adecuados para emprender una eficaz intervención, y por lo tanto es inidóneo. Además agregaron que aplicar anestesia de forma local no es lo correcto para este tipo de intervenciones.

Por todo lo dicho, la Cámara confirmó la sentencia de primera instancia y falló a favor de la actora por considerar acreditada la mala praxis por culpa del cirujano plástico.

Fallo “D. B. M. Á. c/ D. L. T. S. s/ daños y perjuicios”

En la causa “D. B. M. Á. c/ D. L. T. S. s/ daños y perjuicios”²², la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza rechazó de la demanda por mala praxis médica derivada de una cirugía abdominal reparadora post-parto, ya que si bien la actora presenta dos cicatrices queloides, no concurrió a practicarse la segunda cirugía programada con el demandado.

Con lo cual se desprende del sumario que se hace correspondiente el rechazo a la demanda por mala praxis médica, puesto que si bien hubieron efectos no deseados que generaron un daño en la actora, como consecuencia de la cirugía. Las circunstancias y las pruebas del caso constan en que la mujer no se realizó la segunda cirugía pactada. Por tanto, no se puede asegurar el fracaso del resultado esperado si la referida parte actora hubiera finalizado el tratamiento programado.

Y máxime, al momento de decidir operarse con otro médico, el que no pudo resolver la cuestión estética. Así mismo, en otro de los considerandos se entiende que en materia de responsabilidad médica la doctrina en general ha considerado que el médico no puede asegurar un resultado sino sólo el cumplimiento de una conducta diligente, cuidadosa, prudente y técnicamente irreprochable dirigida a la curación o mejoramiento del enfermo, de tal manera, se considera que el

²²CNACiv y com. Sala I. “D. B. M. Á. c/ D. L. T. S. s/ daños y perjuicios” (18/12/2017)

médico debe satisfacer una obligación de medios, salvo casos excepcionales como el de la cirugía estética no terapéutica.²³

De esta manera, los camaristas observaron que entre la actora y el Centro Médico hubo un consentimiento informado, en razón de una obligación contractual tanto del paciente como del médico especialista. Por cuanto se tomó en cuenta que

(...) siendo que la actora no especifica jurídicamente en qué sentido se saldría en el caso de la regla de responsabilidad contractual para entrar en la excepcional extracontractual, debe seguirse la regla. Ratificó que, en la generalidad de los casos dentro de los cuales encuadra el sub examine, es de aplicación la responsabilidad que tiene como base obligacional (...)²⁴

Por tanto, en razón del consentimiento informado, tanto el profesional de la salud como el paciente conforman una convención de carácter obligacional, ya que es la misma voluntad la que conlleva a tal obligación. Es decir el discernimiento, a través de una elección libre y racional que se expresa por medio de actos indubitados.

Por último, el Tribunal resuelve confirmar la sentencia y en virtud de que la actora decidió operarse con otro médico, el cual no resolvió el problema estético, como lo informa el perito, es necesaria una tercera intervención quirúrgica. En consecuencia, no habiéndose acreditado la culpabilidad del médico interviniente deberá, rechazarse la demanda, razón por la cual el decisorio de grado debe ser confirmado.

Fallo “S. B. E. c/ S. M. B. y otro s/ ordinario – daños y perjuicios – mala praxis – recurso de apelación”

Otro fallo sobre el tema se presentó en la Cámara de Apelaciones en lo Civil Comercial de Córdoba, Sala Tercera, en autos caratulados: “S. B. E. c/ S. M. B. y otro s/ ordinario – daños y perjuicios – mala praxis – recurso de apelación”²⁵. En fecha 18/02/2014. En este caso tenemos una situación similar. La actora inició demanda por daños sufridos luego de una operación de implantes mamarios (contractura capsular). En primera instancia rechazaron la demanda, por lo la actora apeló el decisorio. La Alzada, confirmó la sentencia de primera instancia y falló a favor del galeno.

Principalmente se sostuvo que

²³CNACiv y com. Sala I. “D. B. M. Á. c/ D. L. T. S. s/ daños y perjuicios” (18/12/2017). Considerando 2º

²⁴CNACiv y com. Sala I. “D. B. M. Á. c/ D. L. T. S. s/ daños y perjuicios” (18/12/2017). Voto de la Jueza de Cámara, Orbelli, Alejandra

²⁵ CNACiv. Sala A. "D. D. c/ A. F. P. y otros s/ DAÑOS Y PERJUICIOS - RESP. PROF. MÉDICOS Y AUX." (13/6/2015).

...Está demostrado que el daño que la actora ha sufrido no ha sido causado por un obrar imputable a la profesional interviniente sino que es una reacción de su propio organismo que está estadísticamente determinado se produce en determinado porcentaje de intervenciones de este tipo sin que pueda prevenirse ni evitarse²⁶.

Se basó en el dictamen del perito, el cual explicó que existen dos maneras de colocar los implantes mamarios: de manera retroglándular o retromuscular. Ambas técnicas, concluyeron los magistrados, no presentaban ventajas o desventajas y por lo tanto, resultaron válidas y seguras para el caso. Con ello determinaron que “la prueba rendida en autos ha demostrado claramente que las consecuencias negativas de la intervención quirúrgica no han sido provocadas por un obrar negligente o falta de experticia de la demandada sino que es un resultado previsible e inevitable en cierto porcentaje de casos de operaciones del tipo de la que se sometió voluntariamente la actora y que tenía conocimiento claro de ese riesgo al someterse a la intervención, tal como surge del documento cuya copia corre a fs.94, cuya autenticidad no ha sido puesta en cuestión por la actora y que acredita debidamente el “consentimiento informado” de la accionante para someterse a la intervención quirúrgica”.

En conclusión fue rechazada la demanda por mala praxis por considerar que el cirujano actuó según los parámetros adecuados para este tipo de intervenciones y, por lo tanto, no se logró acreditar la culpa.

Fallo "P., C. c. T., G. D. y otros/ daños y perjuicios"

Por último, cabe destacar el fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, Buenos Aires, en los autos caratulados: "P., C. c. T., G. D. y otros/ daños y perjuicios"²⁷, del año 2017, el cual resulto inédito al responsabilizar a un médico cirujano por las lesiones causadas a un paciente que se sometió a cirugía estética.

En este fallo el médico cirujano es responsable por las consecuencias dañosas padecidas por un paciente, dado que el resultado “de excelencia” prometido en la publicidad que efectuó no fue alcanzado, aun cuando haya cambiado de profesional, porque dicho cambio estaba justificado en la ausencia de resultados positivos.

²⁶CNACiv. Sala A. "D. D. c/ A. F. P. y otros s/ DAÑOS Y PERJUICIOS - RESP. PROF. MÉDICOS Y AUX." (13/6/2015). Fundamentos

²⁷CNACiv. Sala G: "P., C. c. T., G. D. y otros/ daños y perjuicios" (6712/2017)

Apelada la sentencia de primera instancia, la Cámara confirmó la responsabilidad civil de un cirujano plástico que no obtuvo los resultados prometidos en una rinoplastia. Por lo tanto ese incumplimiento prometido acarrea, entonces la responsabilidad del promitente.

3.4 Conclusiones parciales

La obligación del médico especialista en cirugía estética genera controversias, ya que se debe hacer cargo del resultado prometido al paciente, como es todo aquello que atañe a la cuestión estética del cuerpo en razón del principio que emana de la responsabilidad civil de no dañar al otro (*alterum non laedere*), de allí la importancia del diagnóstico, el consentimiento informado, como un derecho del paciente de recibir la adecuada información por parte del médico para hacer uso de su libertad de elección para brindar o no su consentimiento a someterse al tratamiento, o bien una intervención quirúrgica, y de la historia clínica. Además, en acuerdo con la Ley nacional de Derecho del Paciente, la que resulta una normativa insoslayable en virtud del ejercicio de la autonomía de la voluntad

En el diagnóstico el galeno debe saber determinar si un paciente es pasible de ser intervenido o si requiere otro tipo de tratamiento que le ayuden a aliviar sus inquietudes. En cuanto a la historia clínica, resulta de trascendente importancia, la instrumentación de las distintas secuencias médicas (comprende la analítica clínica, resultados de imágenes, laboratorios, etc.) en la vida del paciente para juzgar la responsabilidad de daños producidos al enfermo.

No obstante, dejando de lado que la obligación del galeno resulta ser de medios, en los casos del acto médico de la cirugía plástica, ésta pasa a ser de resultados, tal como lo viene a demostrar la jurisprudencia, ante casos de incumplimiento por parte del cirujano plástico, como se observa en la causa "B. de M. M. B. c/ Medicus S.A y otros/ daños y perjuicios" en el cual los camaristas fallan a favor de la actora damnificada por mala praxis.

En tanto, cabe mencionar al fallo de la causa "P., C. c. T., G. D. y otros/ daños y perjuicios", del año 2017, el cual resulto inédito, ya que se responsabilizó a un médico cirujano por las lesiones causadas a un paciente que sometido a una cirugía estética. En este sentido, se encontró al galeno responsable por el daño generado al paciente, en razón de que el resultado esperado no fue cumplido. Es decir que ausencia de resultados concretos y positivos conllevó a responsabilizar al médico por el incumplimiento de éstos.

Conclusiones finales

Frente al problema de la investigación acerca de qué tipo de obligación jurídica tienen los médicos especialistas en cirugía estética con sus pacientes, en virtud de la contradicción y controversia jurídica que se da que se da entre el concepto de obligación del art. 724 del CCyC y lo establecido por la Ley 17.132 de Ejercicio de la medicina en sus arts. 20 y 21. Se confirma la hipótesis de la investigación, la que afirma que el tipo de obligación jurídica que tienen los médicos especialistas en cirugía estética con sus pacientes se contradice con lo establecido en la Ley 17.132 de Ejercicio de la medicina en su art. 20 (inc. 1 y 2).

Ya que, conforme a los resultados obtenidos durante el proceso de la investigación se puede observar una contradicción con de los incisos del artículo ut supra, los cuales prohíben a los profesionales que ejerzan la medicina, anunciar o prometer la curación según plazos establecidos y la conservación de la salud. Ya que en lo que respecta a las cirugías estéticas, se aprecia que en muchos casos se realiza la práctica profesional, sin tener en cuenta, ni dimensionar las consecuencias de las intervenciones que se realizan con fines estéticos, pero que pueden derivar en graves daños para la salud del paciente.

Y en ese orden, cabe reflexionar que conforme a la recepción constitucional de los instrumentos jurídicos que velan y protegen a la salud como un derecho humano esencial, le cabe al profesional médico seguir parámetros determinados. En razón de ello, resulta ineludible el Código Internacional de Ética Médica que establece una serie de deberes universales para los médicos en general y en relación de éstos con sus pacientes, fundándose en el respeto a la vida humana y siempre teniendo presente el otorgamiento del consentimiento del paciente, en aras de los cuidados necesarios para conservar la salud.

Ahora bien, la Ley N° 17.132, acerca del Ejercicio legal de la medicina en acuerdo con lo anterior, constituye una norma ineludible en cuanto a determinar las obligaciones de los médicos y a la adaptación a los lineamientos del Centro Médico donde presta sus servicios, siempre en torno a la preeminencia de las necesidades del paciente. Por cuanto, respecto al tipo de obligación de los médicos, la mayor parte de la doctrina se inclina por determinar que constituye una obligación de medios, más allá de una de resultados.

Ya que, el galeno no es un simple escultor que tiene enfrente una pieza de arcilla que pueda moldear a su gusto en cada detalle y que pueda perfeccionar sin limitaciones. El resultado, por su subjetividad misma, es muy difícil de garantizar debido a que en muchos casos existen distancias considerables entre lo que los pacientes imaginan que serán los

resultados luego de la intervención y las reales posibilidades médicas de lograrlo a partir de los recursos disponibles para los cirujanos, todo ello en función de la propia predisposición genética de cada persona, como la propia contextura y sus características físicas.

Por ello, resulta fundamental en esos casos que el profesional se encargue de hacer conocer de manera clara, precisa y en un lenguaje comprensible, al paciente de todos estos detalles antes de dar comienzo al proceso quirúrgico. Muchas veces las aspiraciones de los pacientes son irrealizables o incompatibles con sus propias características. Esta es la obligación de la que el galeno nunca puede escapar. Por cuanto tiene el deber de tomar la decisión de inclusive negarse a intervenir si, luego de un examen previo detallado, considera que la persona no está apta para soportar las consecuencias.

Entonces, en razón de lo anterior, cobra protagonismo el consentimiento informado que constituye un proceso en el que debe primar el diálogo entre médico y paciente, en el cual la persona elige libremente someterse a la operación luego de conocer todos detalles. Es un derecho del paciente y no un simple medio por el cual el médico busca librarse de eventuales responsabilidades. Se requiere una mayor explicación de los riesgos propios y un análisis más completo del estado de salud a efectos de evitar una descompensación por el solo motivo de buscar ideales estéticos.

Y como puede observarse en la jurisprudencia, la negligencia podrá estar presente tanto en los momentos anteriores con los estudios previos como luego de intervención, con los tratamientos y controles post-quirúrgicos. Por lo que, llegado el caso de encontrarse en una controversia judicial, cada parte tendrá la carga de acreditar a través de prueba fehaciente los hechos alegados.

Asimismo, sin perjuicio de reconocer que el cirujano plástico se encuentra condicionado a las exigencias que el paciente le expresa acerca de cómo quiere que sea el resultado, no hay que olvidar que éste cumple una obligación de medios, debido a que el realiza todo lo que tiene a su alcance para lograr los resultados. Ya que, la referida Ley N° 17.132, en razón de regular el ejercicio de la medicina a nivel nacional prohíbe en su artículo 20 anunciar o prometer la curación o la conservación de la salud. Por tanto, no se hace una distinción entre cirujanos plástico y el resto de las especialidades médicas.

Con lo cual, se propone que la aplicación la teoría de la carga dinámica de la prueba para los actos médicos que implican cirugías estéticas, ya que los médicos tienen en su poder las pruebas fundamentales y por ende, están en mejores condiciones de traer a conocimiento de los magistrados las mismas, tales como la historia clínica, estudios previos, consentimiento informado y controles posteriores. Pruebas, todas ellas suficientes, para

comprobar la situación del antes y después de la cirugía, y de esta manera, esclarecer la situación en cuanto a la responsabilidad del médico.

Bibliografía

I-Doctrina

- Adhanom Ghebreyesus, Tedros (2017) La salud es un derecho humano fundamental. Declaración del Director General de la OMS 10 de diciembre de 2017. Recuperado el 10/4/2019 de <https://www.who.int/mediacentre/news/statements/fundamental-human-right/es/>
- Agrest A. (2006) *El Conocimiento y el error Médico*. Buenos Aires: Academia Nacional de Medicina. CIE
- Alterini, A. Ameal, O. J. y López Cabana, R. M. (2003) *Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales*. Buenos Aires: Abeledo Perrot. 2ª ed. Actualizada
- Asociación Médica Mundial. (2019) Código Internacional de Ética Médica. Recuperado el 11/4/2019 de <https://www.wma.net/es/policies-post/codigo-internacional-de-etica-medica/>
- Bueres, A. J. (1994). *Responsabilidad civil de los médicos. Derecho de daños en la actividad médica. Lineamientos doctrinales y jurisprudenciales*. Buenos Aires: Editorial José Luis Desalma, 2º edición actualizada.
- Cabanillas Sánchez, A. (1993) *Las obligaciones de actividad y de resultado*. Barcelona: Bosch.
- Ciruzzi, M. S. (2017) El consentimiento informado en el CCyCN y en la ley 26529 de derechos del paciente. En *DELS*, 03/2017. Recuperado el 21/5/2019 de <http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/el-consentimiento-informado-en-el-ccycn-y-en-la-ley-26529-de-derechos-del-paciente>
- Colazo, I. I. (2010) Responsabilidad profesional del médico cirujano estético como obligación de medio o de resultado, a la luz de la doctrina y jurisprudencia. En SAIJ, 2 de Junio de 2010. Recuperado el 20/5/2019 de http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacfl00044-colazo-responsabilidad_profesional_medico_cirujano.htm?bsrc=ci
- Corominas. J. (1973) *Breve Diccionario Etimológico De La Lengua Castellana* Madrid: Editorial Credos S.A.

- García Blázquez, M. y Molinas Cobo, J. M. (1995) *Manual Práctico de responsabilidad y defensa de la profesión médica (Aspectos Jurídicos y médicos-forenses)*. Granada: Ed. J.M.Bosch
- Gómez Haiss, D. (2017) Breve análisis sobre la responsabilidad civil médica y la realidad actual. En *Microjuris. Inteligencia Jurídica*, 18-may-2017. Recuperado el 20/5/2019 de <https://aldiaargentina.microjuris.com/2017/05/30/breve-analisis-sobre-la-responsabilidad-civil-medica-y-la-realidad-actual-gomez-haiss-dante/>
- Hurtado Hoyo, E. (1995) El síndrome judicial. En *Revista de la Asociación Médica Argentina*, vol.108, n°3, 1995.
- Jacovella, P y Kennedy, R. (2004) *Buena/mala praxis en cirugía estética. 1ra ed.* Buenos Aires: Ed Ad Hoc.
- Loftus Jean M. M.D. (1999) *The smart woman's guide to plastic surgery: essential information from a female plastic surgeon.* McGraw-Hill Professional.
- López Mesa MJ. (2008) La naturaleza de las obligaciones del médico: Su correcto encuadramiento en una célebre clasificación. En *Revista Argentina Praxis Médica. Año II N° 10. Marzo-Abril 2008.*
- López Mesa, M. J. y Trigo Represas, F. A. (2006) *Tratado de la Responsabilidad Civil. Cuantificación del daño.* Buenos Aires: La Ley.
- López Mesa, M. J. (2016) Los médicos y la información debida al paciente en el Código Civil y Comercial. S. 1., *La Ley, t. La Ley 2016-A, Buenos Aires, Argentina, lunes 15 de febrero de 2016.*
- López Mesa, M. J. (2016) Los médicos y el consentimiento informado (Necesarias precisiones sobre el tema en el marco del nuevo CCC). En *El Derecho, Diario de Doctrina y Jurisprudencia, Buenos Aires, jueves 11 de febrero de 2016, N° 13.892.* (Edición Electrónica). Recuperado el 21/5/2019 de <http://www.elderecho.com.ar/includes/pdf/diarios/2016/02/11022016.pdf>
- Lorenzetti, R. (2011) *La Empresa Médica, Comentada y anotada T. III.* Buenos Aires: La Ley.
- Manrique JI. (2006) Demandas por complicaciones anestésicas en procedimientos de cirugía plástica. En *Rev. Médico-Legal (Colombia).*N° 2 2006
- Medina, G. (2012). *El principio de autodeterminación y los derechos del paciente.* AR/DOC/4962/2012.

- Mossett Iturraspe, J. (1979) *Responsabilidad civil del médico*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Mosset Iturraspe, J. y Lorenzetti, R. L. (2005) *Responsabilidad de los profesionales del Derecho (abogados y escribanos*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Padilla, R. (2019) Sobre la clasificación de las obligaciones en de medios y resultado y su confusa recepción en el Nuevo Código Argentino. Análisis crítico. En *Revista Argentina de Derecho Civil*, 18 de Abril de 2019. Recuperado el 27/5/2019 de <https://ar.ijeditores.com/mobile/pop.php?option=articulo&Hash=d3152160a67cde0f1e9827d3b0085c33>
- Picasso, S. y Vázquez Ferreyra, R. (2009) *Ley de Defensa del Consumidor*. Buenos Aires: La Ley
- Portero Lazcano, G. (2001) Responsabilidad penal culposa del médico. En *Revista Latinoamericana de Derecho Médico y Medicina Legal*, volumen 6 (2), volumen 7 (1)
- Sánchez González, M. P. (2002) *La impropriadamente llamada objeción de conciencia a los tratamientos médicos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Trigo Represas, F. A. y López Mesa, M. J., (2004) *Tratado de la responsabilidad civil. T. I*. Buenos Aires: Ley.
- Vázquez Ferreyra, R. A. (2016) Los deberes profesionales y la responsabilidad por incumplimiento. En *Revista de Derecho de Daños*, 2016-3
- Vazquez Ferreyra, R. A. (2015) La responsabilidad civil en el nuevo Código. *La Ley on line*. Recuperado el 12/3/2019 de http://www.academia.edu/28835423/Las_obligaciones_de_medios_y_de_resultado_en_el_C%C3%B3digo_Civil_y_Comercial
- Vítolo f. (2009) Aspectos médico-legales y manejo de riesgos en cirugía estética. Biblioteca virtual noble enero 2009. Buenos aires: NOBLE S. A.
- Wüst, G. C. (2016) La responsabilidad médica en los efectores de salud públicos y privados a la luz de la reforma del Código Civil. En Alonso Regueira E. M. et al. (2016) *El control de la actividad estatal II. Procesos Especiales, Responsabilidad y Otros Supuestos*. Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. UBA. Recuperado el 10/3/2019 de <http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/el-control-de-la-actividad-estatal-ii/cae2-wust.pdf>

II-Legislación

- Código Civil y Comercial de la Nación
- Constitución de la Nación argentina
- Ley 11.179, Código Penal de la Nación argentina
- Ley 17.132, Ejercicio de la medicina
- Ley 26.529, Derechos de los pacientes
- Ley 24.240, Derechos del consumidor

III-Jurisprudencia

- CNACiv. Sala A. "D. D. c/ A. F. P. y otros s/ DAÑOS Y PERJUICIOS - RESP. PROF. MÉDICOS Y AUX." (13/6/2015).
- CNACiv. Sala B. "B. de M. M. B. c/ Medicus S.A y otros/ daños y perjuicios" (8/4/2008)
- CNACiv. Sala G: "P., C. c. T., G. D. y otros/ daños y perjuicios" (6712/2017)
- CNACiv y com. Sala I. "D. B. M. Á. c/ D. L. T. S. s/ daños y perjuicios" (18/12/2017)
- CNFed.Civ. y Com., Sala II, 2/12/2004, «C. A.c. Policía Federal Argentina», LL, 2005-F 286.
- Fallo de la Cámara Nacional Criminal. Sala I (Correc.). 30/4/1993 "R.D.T. (Correc 3, sec. 62) c. 42.214 S., J.H."