

¿LA RESPONSABILIDAD DEL CIRUJANO PLÁSTICO ES UNA OBLIGACIÓN DE MEDIO O DE RESULTADO?

Por *Poliane Lagner de Silveira*¹
*Jorge Augusto De Medeiros Pinheiro*²

I INTRODUCCION

La Responsabilidad Civil actualmente es en gran parte la concurrencia de esfuerzos, de un largo y vasto contexto histórico, para tutelar un acto ilícito de origen civil, para ello se le retiró al hombre la autotutela, transfiriéndose ésta al Estado, a fin de evitar todo acto deliberado de violencia, justificado por la ausencia de tutela jurisdiccional, a fin de cumplir los anhelos de la sociedad que se estaba organizando con la intención de generar un equilibrio social.

En el actual etapa en la que está la sociedad brasileña, y, porque no decir el contexto social presente en la mayoría de los países, se percibe que la búsqueda de la belleza física se ha tornado más que un ideal, pasando a ser un estado de preocupación en la sociedad, puesto que esta búsqueda ha superado el límite aceptable, observando que muchas personas se someten a la realización de tratamientos quirúrgicos con profesionales que no han sido habilitados, quienes les causan un daño, generando así, el deber de indemnizar.

Este fenómeno ocurre por la construcción del imaginario social derivado de una ideología de estándares de belleza, inclusive, existen campos de observación y estudios en diversas ramas de las ciencias jurídicas, que analizan los daños ocasionados a los pacientes, y dentro de las ciencias sociales se profundiza su estudio especialmente en los campos de la antropología y de la sociología moderna.

En relación a los procedimientos quirúrgicos de naturaleza estética, existen grandes divergencias doctrinarias y jurisprudenciales en Brasil, acerca de la naturaleza jurídica de ésta, considerándose el hecho de ser tratada bajo el enfoque de una obligación de medio o de resultado, así como, las consecuencias sociales y jurídicas tomadas a partir del enfoque aplicado a cada una de ellas.

¹ Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais -UCES - Argentina

² Doutor em Ciências Empresariais – UMSA – Argentina. Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais – UMSA. Doutor em Ciências da Educação – FICS – Paraguai. Pos-Doutor em Estudos de Gênero. Pos-Doutor em Direito.

Sí el paciente, después del procedimiento quirúrgico, se encuentra con un aspecto físico peor del que presentaba con anterioridad, es decir no se obtuvo el resultado por éste esperado, ello constituiría en razón del contrato entre médico y paciente, un daño que debe ser indemnizado, puesto que el tratamiento no obtuvo el resultado pretendido.

Sin embargo, la dimensión que se espera de determinado tratamiento estético extrapola el campo biológico y la posibilidad de ser cumplido por el profesional de la medicina, toda vez que éste es un mero detentor de los medios quirúrgicos disponibles para el caso concreto de cada paciente, al tomarse como punto de partida al profesional altamente capacitado y diligente, teniendo en cuenta la inserción en el campo subjetivo del paciente, los anhelos y deseos del mismo, los cuales, en diversas oportunidades, jamás podrán dimensionarse o alcanzarse por el profesional, sea por la imposibilidad ética de la aplicabilidad de determinado procedimiento deseado por el paciente, sea por la incoherencia del deseo del paciente, relativo al fin esperado de determinada intervención quirúrgica, y, de esta forma, el consentimiento informado previamente otorgado por el paciente es una valiosa defensa para el profesional médico, más aún en el caso del cirujano plástico, teniendo en cuenta la especificidad de la materia abordada por este.

Además de estas consideraciones, se tiene como objetivo general de este artículo, demostrar la debida correspondencia de la Responsabilidad Civil Médica en los casos en que el médico no actúa con la debida diligencia o, por otro hecho no alcanza el fin al que se comprometió.

Es decir, si no fue lo debidamente diligente en el uso de sus conocimientos de la ciencia médica, o no fue diligente en el trato con el paciente a fin de identificar los objetivos a alcanzar con la intervención.

Este punto presenta una extrema relevancia de plano a esos procedimientos médicos realizados sin la debida técnica y diligencia de algunos profesionales, o que por un motivo relevante, imputado a este, no alcanzó el resultado que se proponía, ocasionando problemas físicos y, en muchas oportunidades, trastornos psicológicos a los pacientes, o, por el hecho de que, se prometen resultados que jamás podrán ser alcanzados por determinado paciente, en virtud de su estructura física y biológica, o, analizando el caso concreto, el profesional no obtiene una clara comprensión del paciente, en cuanto a las posibilidades que puede lograr el profesional, en lo que respecta al tratamiento estético, puesto que, sí se determina la claridad de la propuesta

clínica, deja de existir el deber de indemnizar, puesto que, no hay un hecho ilícito, no hay un nexo de causalidad, que obligue al profesional a realizar una reparación civil.

Respecto del tema en análisis, objeto de nuestro artículo, existen varios trabajos, algunos más extensos que otros, tanto a nivel nacional, como a nivel internacional, que tratan la problemática presentada.

Aunque, no existen estudios exhaustivos sobre la temática. En realidad en ellos se da cuenta acerca de la posibilidad de aplicar la responsabilidad objetiva del médico cirujano plástico, al imputarle una obligación de resultado que deberá ser alcanzada por el mismo, en la realización de la cirugía plástica estética. También hay algunas voces en minoría que conceptualizan e intentan establecer que la responsabilidad de este profesional se califica en una obligación de medios.

Mientras tanto, no existe un estudio específico en lo que se refiere al hecho de la explicación al paciente por el cirujano plástico, de todos los posibles incidentes médicos en el pre y el pos operatorio, tanto como, la realización de formularios de consentimiento debidamente informado, posibilitarían al profesional una exclusión de la responsabilidad civil, notoriamente indemnizatoria.

Cabe aclarar que, el presente artículo es analizar las teorías de la Responsabilidad Civil Médica y las acciones indemnizatorias en general, en los casos en que el médico cirujano plástico no alcanza el fin pretendido y esperado por el paciente, esto es, una mejoría estética.

II INQUIETUDES

Para mejor comprensión del artículo investigación fue utilizado el método deductivo representado por la idea general de la Responsabilidad Civil Médica y su evolución teórica y doctrinaria, caminando hacia la especificidad del tema, la obligación de medio a ser perseguida por el profesional médico en la cirugía plástica estética ante la información brindada previamente al paciente, en lo que se refiere a las posibles complicaciones del procedimiento en su pre y pos operatorio y la forma en como el referido consentimiento informado puede eximir al profesional médico de una eventual acción judicial indemnizatoria, tanto como, la debida aplicación, en estos casos, del Termino de Consentimiento Informado como excluyente del deber de indemnizar, objetivando la obligación de medio a ser proporcionada por el profesional, el hecho de

que el paciente aclaró debidamente todas las posibles complicaciones pre y postoperatorias.

El artículo se basó en la pesquisa doctrinaria y legislativa pertinente al tema, basándose en material bibliográfico, internet, revistas científicas, artículos científicos y documentos del propio órgano ministerial que versan sobre el tema.

Las inquietudes presentes son: ¿El hecho de que el paciente haya sido previamente informado por el cirujano plástico de todas las posibles dificultades pre y postoperatorias, de las posibles complicaciones quirúrgicas sobrevivientes derivadas del acto, en la cirugía plástica retira la obligación del médico de proporcionar al paciente un resultado, convirtiéndola en una obligación de medio?; ¿La violación del deber de obtener un consentimiento del paciente en una intervención estética, convierte la lesión quirúrgica o la falta del resultado esperado por el paciente en una lesión civil, reparada por medio de acción judicial indemnizatoria?; ¿El paciente sometido a la intervención quirúrgica de naturaleza meramente estética deberá probar la falta de cumplimiento de la obligación asumido o no por el cirujano plástico?; ¿El incumplimiento operado por el profesional médico podrá presumir su responsabilidad, teniendo en cuenta las circunstancias y las características de los hechos probados?

III ANTECEDENTES

La responsabilidad civil de los médicos es un tema muy interesante y polémico, principalmente cuando existe la posibilidad del error médico, y cuando se trata de cirugía plástica o de un procedimiento estético la responsabilidad de este profesional normalmente estará en los medios, causando una gran exposición del médico y también de la persona que sufre el procedimiento.

Andrighi (2006) como jurista y ministra del Superior Tribunal de Justicia de Brasil indicaba la importancia de la responsabilidad civil como garantía para todo aquel que injustamente es lesionado sea merecedor de una reparación por el daño, aunque alertaba que a aquel profesional médico que actuaba con cautela y diligencia, no debía imponérsele una obligación de indemnizar a la víctima.

La autora considera que actualmente no existe duda de la relación entre médico - paciente como regla general, es una responsabilidad contractual, sin embargo, las excepciones como la atención de emergencia no pueden pasarse por alto en un caso

de accidente, o de atención en una institución pública o empresa de servicios de salud, en la que el médico está obligado a prestar atención independientemente de un acuerdo previo con el paciente.

Un tema que debe ser abordado por todos los ciudadanos es el de la responsabilidad civil contractual, ello por todas las veces que las personas utilizan los servicios médicos de los planes de salud. Las personas deben tener el conocimiento básico de lo que es una obligación de medios y una obligación de resultado.

Andrighi (2006) alerta que, en el campo médico, la noción general es que los contratos regulan siempre obligaciones de medio. En efecto, no se puede exigir al médico, por la propia naturaleza de sus intervenciones, que sea garantizado determinado resultado práctico. El cuerpo humano presenta muchas variables que hacen imposible cualquier garantía.

La autora trajo a su conclusión un dato importantísimo, es decir, el hecho es que el deber de información desempeña un papel fundamental. Tal deber debe ser cumplido de manera estricta por el cirujano. Se trata de un aspecto más que importante en la preparación de una cirugía plástica estética (sumado, naturalmente, a todas las cautelas que la técnica médica demanda, antes - solicitud y análisis de pruebas de laboratorio – durante, y después del acto quirúrgico).

Granato y Costa (2015) realizaron un estudio interesante dando un enfoque de las subespecialidades de la cirugía plástica: la reparadora y la estética, trayendo a la discusión el marco de ambas subespecialidades como obligación de medio y no de resultado.

Las autoras aportan conocimientos actualizados de los autores França (2014) y Gherzi (2014). El primero considera cirugía estética a la embellecedora, que es el norte central de nuestro estudio, de acuerdo con la mayor parte de la doctrina legal, es una cirugía no necesaria de hecho, dirigida a la satisfacción de personal del paciente debido a un anterior descontento con su cuerpo, y Gherzi (2014) agrega una información importante que es la psiquis del paciente, y considera que cuando el paciente concurre al cirujano plástico no está satisfecho con algo en su cuerpo, pudiendo esa insatisfacción, inclusive, ocasionar un shock psíquico al paciente. De este modo, la insatisfacción (antes o después) de la cirugía puede acarrear consecuencias físicas y mentales al individuo. No se puede perder de vista que el presente artículo analiza la responsabilidad por la satisfacción o insatisfacción del paciente que se caracteriza por una promesa por parte

del médico, esto es, una obligación de medio del cirujano plástico, y el posible fracaso de la cirugía por numerosas variantes presentadas por el cuerpo humano.

Como no podía dejar de ser, Granato y Costa (2015) comenzaron el artículo con la definición de la responsabilidad civil englobando la definición y sus elementos caracterizadores dando la base para una posible responsabilización.

A continuación, se centran en la cuestión si la cirugía plástica estética debe igualmente ser reconocida como cirugía de resultado o de obligación de medio. Sí el cirujano plástico tiene un total control sobre el cuerpo humano al punto de distinguir si una cirugía plástica reparadora es de medio y la cirugía plástica estética es de resultado y entonces, si es posible que el cuerpo humano haga esa distinción.

Por último, analizan algunas decisiones adoptadas por los Tribunales brasileños. Debe resaltarse que las autoras traen un interesante debate basado en el Código de Defensa del Consumidor - CDC, que hasta la fecha de sus estudios estaba olvidada por la gran mayoría de los doctrinarios brasileños.

Las autoras entienden que debe ser adoptada la obligatoriedad del CDC en la relación médico/paciente, es decir, será aplicada la responsabilidad subjetiva en todas las especialidades médicas, la cual necesita tener la culpa debidamente probada por el paciente.

Cabe destacar que conforme el Código Civil Brasileño y las Resoluciones del Consejo Federal de Medicina no hay presunción en el caso de culpa. Cabe aclarar que sí existe una mera insatisfacción del paciente, jurídicamente no habrá una reparación. El médico garantiza la aplicación de las técnicas relevantes y avanzadas, y no el éxito de ningún tratamiento, incluso porque no puede prometer ningún resultado frente a la imprevisibilidad del cuerpo humano.

Los autores concluyen en su artículo que el paciente que es sometido tanto a una cirugía plástica reconstructiva como estética, no está exento a sufrir infortunios y posibles variantes. Por lo tanto, debemos considerar que la cirugía plástica estética es una rama de la cirugía plástica y como tal debe equipararse con otras especialidades con el reconocimiento de responsabilidad subjetiva, ya que no se puede comprometer con los resultados.

Concluyen que el profesional de la salud que trabaja con el bien más valioso que existe no deben sufrir distinciones en relación al tipo de cirugía que realiza (sea plástica estética o reparadora). Más aún porque los imprevistos pueden acontecer en ambas,

por ello no se justifica esa distinción, puesto que consideran la responsabilidad del profesional como obligación de medio.

Otro artículo, realizado por Cucci y Rodrigues (2015) realizó consideraciones sobre el problema de la responsabilidad civil médica, especialmente del cirujano plástico.

Inicialmente, las autoras abordaron las cuestiones generales sobre la responsabilidad civil, y luego se centraron en la responsabilidad de este profesional de la medicina, especificando aquellas situaciones que excluyen el deber de indemnizar, puesto que rompen el nexo causal y, por esta razón, excluyen la culpabilidad del cirujano plástico.

Las autoras describieron dos especies de cirugía plástica con el fin de abordar específicamente la discusión doctrinaria sobre la obligación asumida por estos profesionales en las cirugías plásticas no terapéuticas, es decir: la cirugía plástica meramente estética. Esta discusión tiene gran relevancia jurídica, dado el gran crecimiento de las acciones indemnizatorias que buscan una reparación por ser la resultante de un error médico. También analizaron el *onus probandi*, tanto como la dificultad del magistrado ante el tecnicismo del tema. En cuanto a la reparación integral del daño sufrido, describieron la posibilidad de una acumulación de daños morales, materiales y estéticos, para arribar a una justa indemnización a la víctima.

Cucci y Rodrigues (2015) consideraron que la cirugía plástica estética es realizada, por regla general, por personas que no presentan ningún problema físico, pero que buscan con este procedimiento quirúrgico adaptarse a los estándares de belleza socialmente establecidos. La mejora estética también tiene como objetivo aportar beneficios a la conducta de los pacientes, ya que promueve el aumento de la autoestima, en consecuencia, les proporciona una mayor facilidad de aceptación e inclusión a su entorno social.

Las autoras entienden que la cirugía plástica meramente estética, también conocida como embellecimiento o cosmética, es aquella en la que el paciente, por regla general, tiene como objetivo mejorar su apariencia física. Esta intervención quirúrgica no pretende restaurar la salud del paciente, sino más bien corregir o eliminar las imperfecciones físicas que le desagradan. Es el caso, por ejemplo, del paciente que busca afinar la nariz, eliminar las arrugas o las grasas localizadas, ponerse prótesis de silicona o corregir unas orejas prominentes.

A diferencia de la cirugía plástica reconstructiva, la cirugía estética no tiene carácter de urgencia, ya que no tiene fines terapéuticos y su no realización no traerá ningún daño físico al paciente. Esto se debe a que el objetivo principal es simplemente el

embellecimiento, motivado por la insatisfacción. Malestar que no sólo es físico, sino también psíquico y social.

Cucci y Rodrigues (2015) concluyen en lo que respecta a la cirugía plástica estética, además de las prácticas diligentes comúnmente esperadas, el médico es vinculado a un resultado. En virtud del progreso de las técnicas médicas en los procedimientos estéticos y la creciente búsqueda de una estética perfecta sumada a las imposiciones sociales relacionadas con el "patrón de belleza", es por ello que la cirugía plástica se ha vuelto cada vez más frecuente.

Las autoras afirman al final del artículo que la actividad médica de los cirujanos plásticos deberá siempre observar las técnicas y procedimientos científicamente establecidos y aceptados en el campo médico, además de la observar el deber de diligencia, deber éste comúnmente esperado de todos los profesionales médicos. Dada la amplitud del tema, concluyen brevemente, asegurando que estos profesionales que traen consigo el arte de la medicina estética, no pueden prometer o incluso acordar con el paciente un resultado que no podrá ser alcanzado.

Neves y Oliveira (2017) estudiaron el tema de las obligaciones de medio y de resultados, trataron de llevar la luz del conocimiento a los conceptos y aplicaciones prácticas de sus estudios.

La diferenciación entre las obligaciones es determinante en el caso de incumplimiento y en el caso de una obligación de resultado, por la determinación de la carga de la prueba. Los análisis de estos conceptos merecen una atención peculiar, porque conlleva responsabilidades civiles, de ahí la importancia del estudio de las autoras.

La mayoría de las actividades realizadas por profesionales liberales en Brasil se consideran obligaciones de medio. Tales prestaciones se desarrollan en medio de muchos eventos imprevistos.

En la obligación de medios, el deudor debe utilizar la prudencia para lograr el resultado, de modo que la ejecución de la actividad produzca el efecto satisfactorio del acreedor. Su ejecutor debe tener precaución, apuntando al buen desempeño de los atributos profesionales requeridos.

Por lo tanto, el profesional liberal se presenta como la figura del proveedor de servicios y el cliente/paciente se somete a la figura del consumidor. Se reafirma la correspondencia de la responsabilidad en cuanto al deber de idoneidad, en lo que respecta a un desempeño, leal, honesto y cooperativo, lo que concluirá en la conjugación práctica de los intereses ambas partes.

Como puede verse, Neves y Oliveira (2017) aportan claridad cuanto a las obligaciones de medios y resultados estudiados con base en el Código de Defensa del Consumidor. Neves y Oliveira (2017) entienden que las actividades relacionadas con el área de salud se caracterizan por la “simbiosis” entre el prestador del servicio y el paciente. Literalmente es una declaración de voluntades, manifestación de voluntades contractuales, incluso antes del vínculo obligacional.

La prestación de servicios médicos profesionales se vuelve peculiar, debido a que en su conjunto es necesario el uso de servicios técnicos al paciente, requiere la necesidad de información y seguridad. El éxito de la intervención mediante la aplicación de los conocimientos necesarios, debe excluir la conducta culpable ante la diligencia debida.

La existencia de la inversión de la carga de la prueba requiere establecer la importancia de la distinción entre la obligación de medios o de resultado en el ámbito de los servicios médicos, porque la comprobación de daños, generalmente, no trae dificultades en una demanda judicial, sino que la mayor dificultad es probar en qué constituía la conducta culpable del profesional.

Neves y Oliveira (2017) concluyen que históricamente se ha producido una marcada evolución en la ciencia jurídica ante situaciones o problemas de estancamiento en la resolución o decisión de común acuerdo.

Actualmente la doctrina está prácticamente a disposición de la obligación de los profesionales médicos, sin embargo, para algunas especialidades médicas surgen dudas.

Las autoras reafirman la necesidad de interacción del jurista con el fomento social y sus demandas en cuanto al entendimiento de las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado, a pesar de que el enfoque del análisis objeto de estudio fue el del área de la salud, las interpretaciones de las obligaciones de medios y de resultados abarcan muchas áreas.

Vaz (2019) en un artículo sobre la responsabilidad civil del cirujano plástico trajo a discusión un tema no mencionado por la doctrina jurídica, este es, el trastorno dismórfico corporal en los procesos por mala praxis y la imposibilidad de producir prueba pericial.

La autora afirma que la responsabilidad civil de los médicos es un tema que, dadas las propias peculiaridades, genera innumerables polémicas. Aún más disidencia rodea el tema cuando el enfoque es el error médico resultante de la cirugía plástica o simplemente de procedimientos estéticos.

Cuando la tesis de la responsabilidad profesional deriva de la obligación de resultado analizada, frente al supuesto incumplimiento contractual, se debe tener en cuenta la subjetividad inherente al propio éxito del procedimiento y la plausibilidad del resultado deseado.

Además, debe admitir la posible existencia de patologías psiquiátricas capaces de afectar la percepción de la realidad y la imagen del propio cuerpo, generando en los pacientes, expectativas de resultados inalcanzables. En este sentido, la distribución de la carga de la prueba y la determinación del cumplimiento de la obligación se torna un desafío para los juristas.

Vaz (2019) analiza la responsabilidad civil del cirujano plástico, la inversión de la carga probatoria en casos por mala praxis médica, el impacto de las enfermedades psiquiátricas y su relación con los procesos dirigidos a responsabilizar al profesional, así como los medios de evidencia a su disposición para reducir la obligación de indemnizar.

La autora también se suma a la corriente que emplea en la relación médico-paciente las normas del Código de Defensa del Consumidor, porque la relación se traduce en la prestación del servicio por parte de un profesional liberal. Por lo tanto, la responsabilidad del médico presupone la existencia de culpabilidad y la inversión de la carga de la prueba, al menos en principio, aparenta ser plenamente posible.

Explica que no basta, para atribuir responsabilidad al médico, el probar una acción voluntaria. Es necesario que dicha acción sea también objetable por el ordenamiento jurídico nacional ya que la ilicitud de la conducta puede derivarse del incumplimiento de una obligación extracontractual o contractual.

Resulta importante destacar que cuando se trata de responsabilidad civil médica, ésta no tiene una regla específica, sino que se amolda a la regla general prevista en el Código Civil y el Código de Defensa del Consumidor. De ello se deduce que las reglas indicadas se aplicarán, con el temperamento necesario, a aquellas situaciones donde los médicos hayan causado un daño.

Así, a la responsabilidad civil médica le caben las mismas distinciones y marcos clásicos, entre los cuales se destaca la responsabilidad contractual y extracontractual, tanto como en la diferenciación entre la obligación de medio y de resultado asumidas por los profesionales.

Vaz (2019) alega que se admite, como regla general, en el ámbito médico, el negocio jurídico existente entre las partes es bilateral, poseyendo naturaleza eminentemente

contractual, y consiste en la prestación de asistencia médica mediante la retribución financiera por parte del paciente.

No obstante, es posible reconocer la existencia de la responsabilidad extracontractual entre las partes, particularmente en situaciones de atención gratuita o urgente, donde una de las partes es incapaz de consentir o celebrar un contrato, por lo que es tácito. Explica la autora que se admite la existencia de la obligación de resultado en algunas especialidades médicas, en las cuales el médico se responsabilizaría no solamente por el empleo de la mejor técnica y diligencia en la ejecución de su oficio, sino también por el efectivo resultado anhelado por el paciente. Ejemplos clásicos son los originados de las cirugías meramente estéticas, anestesia, transfusión de sangre, entre otros.

El principal resultado práctico de la determinación de la obligación asumida por el profesional, ya sea de medios o de resultado, se revela en la distribución de la carga de la prueba por las partes.

La posición de la autora es interesante cuando afirma que se hallan presente los elementos que exigen la aplicación de la obligación de medios para las demás especialidades, por ello que a la cirugía plástica, se le dé un tratamiento diferenciado y más gravoso por los Tribunales Superiores es injustificado, y debe prevalecer la obligación de medios y todas las consecuencias que de ello se deriven, especialmente en materia probatoria.

Vaz (2019) es prácticamente la única autora jurídica que se ocupa de la dismorfofobia o trastorno dismórfico corporal, se representa en la presencia de una preocupación exacerbada en torno a un defecto imaginario o una preocupación exagerada por una ligera imperfección corporal, causando un sufrimiento intenso y lesiones significativas en la vida del individuo.

Aunque ha sido reconocida y descrita en la literatura psiquiátrica en el pasado, solo recibió esa categoría de diagnóstico independiente, en la cuarta edición del Manual de Diagnóstico y Estadística de Trastornos Mentales (DSM-IV).

Se trata de una patología subdiagnosticada, por lo cual los pacientes son más propensos a consultar médicos especialistas en dermatología y cirugía plástica que psiquiatras.

Los datos disponibles denotan que la patología es más común en pasados los 16 años, desarrollándose el 70% de los casos antes de los 18 años de edad. Algunos autores evidencian que la enfermedad afecta en la misma proporción a hombres y mujeres.

La autora entiende que es un medio hábil para probar la posibilidad de que el paciente haya creado expectativas poco realistas debido a la falsa percepción que tiene de la realidad, tanto como no poder obtener un análisis objetivo sobre su propia imagen, en sí, depende necesariamente de conocimientos técnicos especializados.

Vaz (2019) claramente apoya la tesis de la obligación de medio, cuando concluye en su estudio que el cirujano plástico, en sentido contrario a la mayoría jurisprudencial, en cumplimiento de la relación contractual establecida con el paciente, asumirá una obligación de medios, porque está sujeto a los mismos riesgos y posibles complicaciones que las demás especialidades médicas, por ello no se justifica un tratamiento diferenciado y más gravoso.

Además, se debe privilegiar la autonomía de la voluntad del paciente que, debidamente informado y advertido de los posibles riesgos, consintió libre y conscientemente la práctica de los mismos.

Por último, la autora concluye que, si se demuestra la existencia de un trastorno, la exención de la responsabilidad del profesional y el consiguiente deber de indemnización quedarían exentos, previa prueba de la ausencia de daño o resultado de la lesión.

Uno de los trabajos más recientes es de los autores Monteschio, Reis y Martins (2019) quienes estudiaron la responsabilidad civil subjetiva del cirujano plástico y el derecho de la personalidad del paciente, siendo el objetivo principal analizar la responsabilidad civil del profesional médico, en las cirugías plásticas estéticas, investigando esa opción con base en la responsabilidad asignada por la teoría del riesgo o por la culpa, así como, la producción probatoria y su oportunidad de indemnizar.

Como se puede observar, los autores partieron de la idea de la obligación de medio, y no de resultado como afirmó la corriente jurisprudencial del Superior Tribunal de Justicia, consagrando la obligación de resultado y la aplicación de la responsabilidad objetiva en los procedimientos estéticos, que es la que adopta la mayoría de la doctrina brasileña.

Los autores analizan en un sentido diametralmente opuesto, presentan un estudio basado en el hecho de que si este tipo de procedimiento médico estético se ve bajo el foco de la responsabilidad subjetiva, se abre un apartado de dilatación probatoria, que elimina la presunción objetiva presente en las decisiones pretorianas.

Monteschio, Reis y Martins (2019) afirman que las causas de exclusión de la responsabilidad del médico en cirugías estéticas, y la consiguiente imprevisibilidad de

estos procedimientos, demuestran que la adopción de la responsabilidad subjetiva es la más compatible con la realidad de estas intervenciones.

Los autores analizan y justifican la comprensión de lo que se entiende como una obligación de medios y obligación de resultado, consecuentemente el trabajo permite, además del debate académico, el objetivo de ofrecer una relectura de la responsabilidad civil del médico en procedimientos de carácter estético.

Las intervenciones quirúrgicas estéticas pueden preverse con alto grado de probabilidad o resultado pretendido por el profesional y por el paciente. No obstante, predominan la subjetividad y la imponderabilidad en estos procedimientos, en razón de la imprevisibilidad de los resultados finales presentes en las cirugías estéticas.

Los autores encontraron así una incongruencia fáctica: de un lado la cuestión médica con la afirmación de la previsión del profesional en el resultado del procedimiento quirúrgico, basado en la responsabilidad objetiva. Por otro lado, está el procedimiento médico clasificado como una obligación de medios debiendo, en caso de fracaso, la responsabilidad determinarse subjetivamente probando la culpabilidad del profesional médico.

Los autores incluso concuerdan con la tesis de que se trata de un procedimiento de resultado, pero no obstante esa conclusión, los autores constataron que la imprecisión, la subjetividad y la imponderabilidad constituyen marcas notorias ante los procedimientos médicos de naturaleza quirúrgica.

El daño estético es perfectamente delimitable y calculable, siendo atribuible la responsabilidad quirúrgica en un caso de lesión, correspondiendo al médico reparar los perjuicios, tanto como, informar los riesgos a los que están sujetos los pacientes.

Monteschio, Reis y Martins (2019) concluyen que, basándose en la protección de los derechos de la personalidad, tanto como en las violaciones de sus derechos constitucionales y civiles, ocurren daños al patrimonio de la víctima que deberá el juzgador delimitar su extensión, así como, fijar el valor del quantum indemnizatorio.

IV. CONCLUSIÓN

El Mito de Narciso como todos los mitos, de carácter atemporal, representa la búsqueda de las personas por la belleza eterna y permanente, surge más de una vez, cómo algo

a ser considerado en las cirugías estéticas, y aunque creado hace siglos, aún nos lleva a pensar sobre la actualidad de su significado.

Algunos filósofos entienden que la vida es un viaje que parte de la apariencia a la realidad, de los grilletes a la libertad, de la confusión al orden, de la oscuridad a la luz, del desierto al mar, de este mundo hacia el próximo, del tiempo a la eternidad.

Gran parte de las personas que se someten a una cirugía plástica están presas por la imagen de ellas mismas, principalmente por el culto al cuerpo, por eso necesitan deshacerse de los grilletes procurando su libertad, consecuentemente la apariencia estará en otra realidad. Ellas se aproximan a las aguas claras del lago de Narciso para beber, a través de una intervención quirúrgica estética, mirando su reflejo y su imagen esperando la perfección.

La cultura del consumo centrada en la valorización de la apariencia del cuerpo encuentra en el discurso mediático y en la moda, la universalización de su imagen, naturalizando un determinado modelo de cuerpo, y un conjunto de prácticas necesarias para su manutención, representado por la cirugía estética.

Sin embargo, se hace necesaria una mayor claridad a las personas, sobre los riesgos que las cirugías plásticas y la búsqueda eterna por la belleza ficticia pueden generar en el ser humano e interferir en su modo de vida, en caso de que el resultado no sea el esperado.

Las decisiones mayoritarias en los tribunales brasileños entienden que es de resultado la obligación asumida por el cirujano plástico, aunque esta tesis no tiende a prevalecer, y debe ser prioridad un cambio de corriente que permita dirimir de una vez por todas esta cuestión y se establezca una posición inequívoca de la responsabilidad.

No debemos olvidar que Brasil es el país con mayor número de cirugías plásticas del mundo, según la Sociedad Internacional de Cirugía Plástica Estética (ISAPS, la sigla en inglés). Sólo en el año 2018 el país realizó alrededor de 1,5 millones de cirugías estéticas, seguido de los Estados Unidos, Alemania e Italia, por ello existe una necesidad urgente de dar una solución al problema planteado.

La propuesta del presente artículo es modificar y pacificar las decisiones en los tribunales, como también para que la sociedad tenga conocimiento de que la responsabilidad del cirujano plástico es una obligación de medios, generando una seguridad jurídica para todos los involucrados, y considerando que el poder legislativo tiene una importancia crucial en la definición de políticas públicas y debe el Estado actuar por medio de sus tres poderes para la efectiva garantía del derecho a la salud,

cabe al poder legislativo la sanción de leyes que orienten y posibiliten la actuación de los demás poderes.

En defensa de la salud se propone el siguiente Proyecto de Ley para ser presentado al Congreso Nacional brasileño:

Proyecto de Ley N° ___/2024

El Congreso Nacional Sanciona:

Art. 1° La Responsabilidad Civil del médico especialista en cirugía plástica, en los procedimientos de cirugías reparadoras y de cirugías estéticas genera una responsabilidad subjetiva, por lo que es una obligación de medio.

Art. 2° Es obligatoria la contratación de un cirujano plástico en las cirugías estéticas a través del Formulario de Consentimiento Informado, firmado por el paciente y el profesional interviniente.

Art. 3° No cabe indemnización al paciente en las cirugías estéticas, salvo que el médico actúe con culpa, a través de impericia, imprudencia y negligencia.

Art. 4° La presente Ley entrará en vigencia, ciento ochenta días después de su fecha de publicación.

Esta es la propuesta del presente artículo, que espera contribuir a una solución a la controversia.

V REFERENCIAS

Andrighi, F.N. (2006). *Responsabilidade civil na cirurgia estética*. XIX Jornada Centro-Oeste de Cirurgia Plástica. Brasília.

Brasil. Presidência da República. (2019). *Código de Defesa do Consumidor*. Planalto.gov.br/ccivil.

_____(2001). *Resolução CFM n° 1.621, de 16 de maio de 2001*. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, n. 109, 6 jun. 2001. Seção 1, p. 40.

Cucci, G.P. & Rodrigues, L.R. (2015). A responsabilidade civil do cirurgião plástico: A cirurgia plástica como obrigação de resultado. *UNOPAR Científica, Ciências Jurídicas e Empresariais*, v. 13, n. 1, p. 49-58.

França, G.V. (2014). *Pareceres IV: esclarecimentos sobre questões de medicina legal e de direito médico*. Guanabara Koogan.

Gherzi, C.A. *et al* (2014). *Contrato médico y consentimiento informado*. Editorial Universidad.

Granato, V. & Costa, A.A. (2015). Cirurgias plásticas reparadoras e estéticas: a responsabilidade e a obrigação cível do cirurgião. *Brazilian Journal of Forensic Sciences, Medical Law and Bioethics*. vol. 4, n. 04, p. 405-418.

Monteschio, H.; Reis, C. & Martins, G.A. (2019). Responsabilidade civil subjetiva do cirurgião plástico em face do direito da personalidade do paciente. *Percurso – Anais do VIII CONBRADEC*. Congresso Brasileiro de Direito Empresarial e Cidadania. vol. 02, n. 29, p. 483-489.

Neves, E.P.F; Oliveira, A.F. (2017). *Obrigações de meio e de resultados*. Londrina.

Vaz, A.R.C. (2019). *Responsabilidade civil do cirurgião plástico. Transtorno dismórfico corporal nos processos por erro médico e a (im)possibilidade de produção de prova pericial*. Ibijus.com/blog/443-responsabilidade-civil-do-cirurgiao-plastico/.