LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS CIRUJANOS PLASTICOS

Juan Carlos García Huayama *

"¿Quieres ser médico hijo mío? (...) ¿Has pensado bien en lo que ha de ser tu vida? Tendrás que renunciar a la vida privada; mientras la mayoría de los ciudadanos pueden, terminada su tarea, aislarse lejos de los inoportunos, tu puerta quedará abierta a todos; a toda hora del día o de la noche vendrán a turbar tu descanso, tus placeres, tu meditación; ya no tendrás horas que dedicar a tu familia, a la amistad o al estudio; ya no te pertenecerás (...)

Aunque la Medicina es una ciencia oscura, a la cual los esfuerzos de sus fieles va iluminando de siglo en siglo, no te será permitido dudar nunca, so pena de perder todo crédito. Si no afirmas que conoces la naturaleza de la enfermedad, que posees un remedio infalible para curarla, el vulgo irá a charlatanes que venden la mentira que necesitan (...)

Hasta la belleza misma de las mujeres, consuelo del hombre, se desvanecerá para tí. Las verás por la mañana desgreñadas, desencajadas, desprovistas de sus bellos colores, y olvidando sobre los muebles parte de sus atractivos. Cesarán de ser diosas para convertirse en pobres seres afligidos de miserias sin gracia...".

LOS CONSEJOS DE ESCULAPIO.

Dios romano de la medicina.

* Fiscal Adjunto Provincial Titular de la Fiscalía Civil y Familia de Castilla - Piura. Magíster en Derecho Civil y Comercial; egresado del Doctorado en Derecho de la Universidad Nacional de Piura; egresado del XI Programa de Formación de Aspirantes a la Magistratura – PROFA. Docente de Derecho de Civil en la Universidad Los Ángeles de Chimbote y Universidad Alas Peruanas - Piura. juancarlosgh1@hotmail.com

I.- INTRODUCCION

La apariencia del ser humano ante sus semejantes es una de las preocupaciones prioritarias. Se dice que "nuestra cultura tiene arquetipos de apariencia enraizados en nuestra educación. Las obras de artistas famosos como Miguel Ángel y Leonardo Da Vinci, la tradición que nos ha enseñado desde pequeños, a través de cuentos infantiles, acerca de hermosos jóvenes que logran la felicidad sólo con bellas mujeres y la idea que la belleza exterior se encuentra relacionada con la belleza interior, genera una actitud en los individuos que influye en la salud y en las relaciones sociales y laborales"[1].

Aún cuando el ideal de belleza no es estático o inmóvil sino que cambia con el tiempo y en el espacio, el culto a la apariencia siempre ha estado presente desde las antiguas civilizaciones. Es por eso que las bases de la cirugía plástica pueden encontrarse en la Historia Antigua y representan el esfuerzo del hombre para tratar las heridas y defectos inflingidos por otros seres humanos o la naturaleza. Estuvo presente con menor o mayor representación en todas las civilizaciones conocidas (Babilonia, Persia, Egipto, Grecia, India, entre otras)[2].

Los registros dejados por los egipcios reflejan una cultura obsesionada por la apariencia física y personal. El interés egipcio por la cirugía estaba estrechamente relacionado con su arte y religión, prácticas mágicas se unían a la ciencia, en un esfuerzo por mejorar la apariencia. Esta cultura plasmó sus conocimientos médicos en el papiro de Edwin Smith (2200 a.c.) donde se describe intervenciones quirúrgicas, tratamiento de lesiones traumáticas o fracturas faciales, contiene también recetas para el rejuvenecimiento de ancianos y extensas descripciones de cuidados postoperatorios y manejo de complicaciones[3].

Paralelamente, en Mesopotamia los médicos ya se habían especializado, los babilonios eran particularmente hábiles en cirugía. Los cirujanos operaban bajo leyes draconianas de la mala práctica médica. El Código de Hammurabi (2000 a.c.) sentenciaba con amputación de los dedos de las manos al cirujano que matase o destruyese el ojo de su paciente.

Los cirujanos indios diseñaron y fabricaron diversos instrumentos quirúrgicos y utilizaban como material de sutura hilos de algodón, tendones de animales, cuero y fibras vegetales según se puede constatar

[1] PIQUERO MARTÍN Jaime y PIQUERO CASALS Vanesa: "Ética en la estética y cosmética" en: http//vitae.ucv.ve/pdfs/VITAE_3582.pdf.
[2] VILLEGAS ALVAREZ, Fernando y POLACO CASTILLO, Jaime A.: "Introducción a la cirugía" en: www.facmed.unam/mx/deptos/cirugia/cap1_inciru.pdf.
[3] PIQUERO MARTÍN Jaime y PIQUERO CASALS Vanesa; ob. cit.

en el compendio de Susruta Samhita[4] (colección de libros médicos de la India escritos entre el 800 a.c hasta el 400 d.c.). En los primeros reinos de la India, la nariz de las personas era mutilada como forma de sanción al adulterio y delitos contra el patrimonio, describiéndose en el Rid – Veda y en el Atharva – Veda reconstrucciones de narices a expensas de colgajos de vecindad tomados de las mejillas y la frente. El mejor antecedente se encuentra en Susruta Samhita, donde se explica la restauración de la nariz mutilada de la siguiente manera*: "cuando la nariz del hombre ha sido cortada (como castigo) o destruida (por alguna enfermedad o contienda bélica), el médico tomará la hoja de una planta que sea del tamaño de la parte destruida, la coloca sobre la frente o la mejilla, para recortar un pedazo de piel de igual dimensión (pero de tal manera que la piel permanezca unida por uno de los extremos). Se refresca con el escalpelo los bordes del muñón de la nariz, para cubrirlo por ambos lados con la piel preparada, cosiéndola por los bordes. Luego coloca dos tubos delgados donde deben ir las ventanas de la nariz para facilitar la respiración y mantener la forma de la piel aplicada. Se completa colocando sobre la zona cruenta polvos de sapan, raíces de regaliz y berberis, cubriendo finalmente con algodón. Tan pronto como la piel se haya integrado a la nariz o zona receptora, se corta la conexión con la zona dadora"*[5].

En Roma el cirujano mejor pagado fue el que se dedicaba a la estética, porque sabía con mucha destreza borrar las infames cicatrices de las letras "F" y "K", que con hierro candente, eran grabadas sobre la frente, pecho o muslo de los esclavos. A los fugitivos se les marcaba con la letra "F" y a los calumniadores con la letra "K"[6].

Sin embargo, aún cuando encontramos actos de cirugía desde las antiguas civilizaciones, hasta inicios del siglo XX la cirugía plástica no existía como especialidad de la Medicina. Es más, casi ningún cirujano se dedicaba exclusivamente a este campo, pues se consideraba que no era prioritario y que no estaba destinado a salvar vidas humanas; los médicos que se dedicaban a esta especialidad no gozaban de prestigio y eran considerados como de "segunda clase" y quienes requerían sus servicios era siempre un sector determinado de la sociedad (actores, vedettes y modelos). Es recién a partir de la II Guerra Mundial desde que empieza a reconocerse la importancia de la cirugía plástica debido al

[4] VILLEGAS ALVAREZ, Fernando y POLACO CASTILLO, Jaime A. ob. cit.

[5] ACERBI CREMADES, Norma: "Orígenes de la cirugía plástica, padres, pioneros y otros más" en: http//:www.saludpublica.fcm.unc.edu.ar/sites/default/files/mirada_historica.pdf).

[6] Íbidem.

elevado número de pacientes heridos, mutilados o quemados producto de las acciones bélicas, forzando la organización de centros especializados.

Desde la segunda mitad del siglo XX, la cirugía plástica se desarrolló a pasos agigantados tanto en lo reconstructivo como en lo estético. Podemos decir que en nuestros días es la especialidad quirúrgica más extensa, pues abarca todas las regiones de nuestro organismo, a punto que ha obligado a superespecializarse (cirugía estética, cirugía reconstructiva, cirugía craneofacial, cirugía de la piel, cirugía de los órganos genitales externos, entre otras). Dejó de ser excepcional y se ha extendido casi a toda la sociedad, ya no es una cirugía para las élites ya que en la actualidad la requieren no solamente modelos, actores o empresarios sino amas de casa, profesionales y población en general.

Esta solicitud generalizada de los servicios de cirujanos plásticos se explica en que vivimos en una sociedad cada vez más apresurada, rápida, cambiante, nada parece ser definitivo. Siempre hay un punto de nueva evolución, un modelo más efectivo (aparatos más pequeños, automóviles más rápidos, ordenadores más potentes, etc.). Hemos creado la cultura de lo efímero, el mercado del cambio, la adoración de la novedad. La cirugía no podía ser ajena a esta mutación[7].

Se han modificado los valores tradicionales, resaltándose mucho más la importancia de lo exterior, ello explica la abundancia de los alimentos de "bajas calorías" que casi superan en cantidad a los comunes, a tal punto que no hay bebida, helado, yogurt, mantequilla o galleta, etc. que no ofrezcan su versión normal y "light" o "cero calorías", inclusive hay quienes afirman que "en la sociedad actual tanto el acceso al mercado de trabajo como el progreso dentro de la propia actividad aparecen profundamente mediatizados por la imagen personal y la buena apariencia y, el requisito de la agradable presencia constituye uno de los filtros principales de la selección de personal"[8].

[7] FERNANDEZ SERRA, Carlos: "Cirugía estética – historia" en www.steticus.com.

[8] MARTINEZ PEREDA RODRIGUEZ, José Manuel: "La cirugía estética y su responsabilidad"; Editorial; Granada, 1997; Pág. 4.

II.- CAMPOS DE ACCION DE LA CIRUGÍA PLASTICA: ESTETICA Y REPARADORA

Etimológicamente cirugía plástica deriva de dos vocablos griegos: *"Girurguiki"* que equivale a mano y *"plástiké"* que significa moldear o formar. Se entiende por cirugía plástica aquella parte de la medicina que tiene por objeto restablecer, mejorar o embellecer la forma de una parte del cuerpo humano. Esta especialidad se ha dividido desde un punto de vista práctico en dos campos de acción:

a) Cirugía reconstructiva o reparadora: tiende a corregir defectos congénitos o adquiridos (labio leporino, reconstrucción mamaria luego de la extirpación de un tumor canceroso, tratamiento de quemaduras, etc.)[9]. Generalmente tiene una finalidad terapéutica conectada con frecuencia a una preocupación estética, aunque queda absorbida por aquélla finalidad.

b) Cirugía estética o embellecedora: tiene como finalidad el embellecimiento de la persona y su perfeccionamiento físico (rinoplastía, lifting, lipoescultura, entre otras).

III.- LA CIRUGIA ESTETICA COMO UN SUPUESTO DE MEDICINA VOLUNTARIA

En nuestra sociedad actual vemos con mayor frecuencia una faceta de la medicina que no pretende restaurar la salud del individuo. Quizá sea por ello que se le denomina "medicina voluntaria", entendiendo que el interesado acude al médico porque desea recibir atención concreta de este profesional y no porque orgánicamente lo necesite. En estos casos no existe gravedad en la situación orgánica del paciente, solamente está presente un respetable deseo de mejorar su aspecto físico o bien obtener satisfacción a otros deseos diferentes como puede ser el evitar descendencia familiar.

La clasificación entre medicina curativa y voluntaria es de origen moderno, porque a la medicina tradicional le resultaba consustancial la aplicación de

[9] La cirugía reparadora tomó impulso luego de la segunda guerra mundial debido fundamentalmente a los problemas que causaron las secuelas de la utilización de armas de todo tipo, que obviamente produjeron innumerables, lesiones, traumatismos y mutilaciones.

una acción terapéutica sólo a la cura de una dolencia, de modo que hubiera resultado inconcebible para un médico de formación clásica influir o actuar sobre el cuerpo humano, cuando nada había que curar.

La **medicina curativa o asistencial** comprende las intervenciones de los facultativos que tienen por finalidad que el paciente recupere la salud que se encuentra deteriorada por una enfermedad o dolencia; la labor del galeno está encaminada a curar al paciente que presenta una alteración patológica en su organismo. En este supuesto, el objetivo primordial de la asistencia es detener el proceso patológico en la salud, tratando de conseguir el mejor resultado posible.

En la **medicina voluntaria o satisfactiva**, donde el interesado acude al galeno, no para ser tratado de una patología previa, sino con otros propósitos. El objetivo primordial no es curar al paciente, sino que se actúa sobre un cuerpo sano para mejorar su aspecto estético como ocurre con la cirugía plástica de embellecimiento (lifting, peeling, aumento de busto, liposucción, etc) o para anular su capacidad reproductora (vasectomía o ligadura de trompas)[10], lo mismo ocurre en el tratamiento para alargamiento de piernas, implante capilar, implantes de prótesis o piezas dentales.

La cirugía estética está comprendida dentro de la llamada medicina voluntaria, debido a que no existe gravedad del caso a tratar y la actividad médica no está encaminada a la curación de una afectación patológica, sino al mejoramiento físico o estético.

Las intervenciones del galeno comprendidas dentro de la medicina voluntaria o satisfactiva llevan consigo cierta obligación de resultado[11], pues el paciente acude voluntariamente para alcanzar un resultado determinado, una transformación satisfactoria del propio cuerpo, de manera que el resultado esperado actúa como auténtica representación final de la actividad que desarrolla el profesional. Estamos ante un sujeto sano que desea anular su capacidad reproductiva o una mejora real en su aspecto físico como por ejemplo eliminar arrugas de la piel, aumento de bustos, retirar grasa de determinadas zonas corporales, etc.

[10] GALAN CORTES, Julio César: "Responsabilidad civil médica" en: "La responsabilidad civil del profesional"; Cuadernos de Derecho Judicial; Madrid, 2003. Pág. 181.

[11] BLAS ORBÁN, Carmen: "Responsabilidad profesional del médico. Enfoque para el siglo XXI"; Editorial Bosch; Barcelona, 2003; Pág. 101.

Con razón se ha señalado que en la medicina satisfactiva – cuya finalidad no es la curación de una enfermedad, sino que se persigue un beneficio de otra clase para el sujeto que la requiere -, no debería hablarse de paciente sino de cliente.

Según se trate de intervenciones en medicina voluntaria o curativa, tendremos distintas consecuencias jurídicas conforme se explica a continuación:

MEDICINA CURATIVA O ASISTENCIAL	MEDICINA VOLUNTARIA O SATISFACTIVA
Las intervenciones de medicina curativa se encuadran dentro de contratos de locación de servicios (Art. 1764 del CC), asumiendo los galenos generalmente obligaciones de medios.	Las intervenciones de medicina voluntaria se tipifican generalmente como contratos de obra (Art. 1771 del CC), asumiendo el galeno obligaciones de resultado.
El médico deberá responder conforme a factores de atribución subjetivos (culpa o dolo).	El médico debe responder conforme a factores de atribución objetivos.
El paciente deberá acreditar además del nexo causal, el actuar culposo del médico.	El médico demandado tiene la carga de probar que la no obtención del resultado comprometido, se debe a una causa ajena a su actuar: caso fortuito, fuerza mayor, hecho de tercero o hecho de la propia víctima.

IV.- CIRUGÍA PLASTICA ESTÉTICA: ¿OBLIGACIONES DE MEDIOS U OBLIGACIONES DE RESULTADO?

Dentro de las obligaciones que tienen como objeto una prestación de hacer, se distingue a las obligaciones de medios y obligaciones de resultados; ésta clasificación fue formulada en 1925 por el jurista francés René Demogue, eminente profesor de la Universidad de París, sin embargo, no la desarrolló dentro de la generalización de su tratado, sino al exponer la argumentación sobre su punto de vista en la debatida cuestión de si la responsabilidad de fuente contractual es la misma o distinta de la extracontractual; dicha distinción fue seguida también por los hermanos Mazeud, aunque atribuyéndole otra denominación: obligaciones generales de prudencia y diligencia y obligaciones determinadas[12].

[12] TRIGO REPRESAS, Félix: "Responsabilidad civil del abogado"; Hammurabi; Buenos Aires, 1996; Pág. 140.

Existen vestigios de esta clasificación en el Derecho romano, en las obras alemanas de Fisher y Bernhoft, en la obra italiana de Osti y en las investigaciones francesas como las de Domat y Planiol; sin embargo, coincido con quién afirma que ”las teorías jurídicas deben ser atribuidas no a quiénes tímidamente se atreven a enhebrar algunas solitarias consideraciones, sino a aquellos que con base conceptual definida nutren al mundo del Derecho con exposiciones sistemáticas y orgánicas. En éste orden de ideas el mérito es de Demogue”[13].

Un sector de la doctrina plantea esta clasificación como una de carácter general, no obstante, considero que en estricto es una sub clasificación de las obligaciones de hacer. “No parece existir la posibilidad de concebir la entrega de una cosa como pasible de incluirse en alguno de los ámbitos de la clasificación. Esto viene determinado por el hecho que, bien en el fondo, la distinción comporta una diferente manera de apreciar el cumplimiento de la prestación debida. Ello no tiene lugar en las obligaciones de dar, si se tiene en cuenta que el único límite que admite tal forma de relación, es la imposibilidad de la prestación sobrevenida y no imputable al deudor…”[14].

En las obligaciones determinadas o de resultados, al acreedor le basta con establecer que no se logró el resultado prometido y nada más; correspondiendo en todo caso al deudor que quiera exonerarse de responsabilidad la acreditación de que ello sucedió por caso fortuito u otra causa ajena extraña al mismo. En tanto que en las obligaciones de medios es insuficiente la no obtención del fin perseguido, pero no asegurado, sino que también debe demostrarse que ello sucedió por culpa o negligencia del obligado[15].

En síntesis, se señala que en las obligaciones de medios el deudor no asegura un resultado sino tan solo se compromete a seguir diligentemente la conducta que ordinariamente conduce al mismo, pero que bien puede no producirlo; en tanto que en las obligaciones de resultado, por el contrario, no basta con que el deudor actúe diligentemente, ya que es necesario alcanzar el resultado prometido y esperado por el acreedor. En este sentido, Massimo Franzoni sostiene que “la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado se funda en el hecho que sólo en las segundas existe un resultado efectivamente comprometido (*in obligatione*), de modo tal que, en dicho supuesto, el deudor únicamente queda liberado mediante la obtención del resultado en mención. En las obligaciones de

[13] Jorge Horacio Alterini citado por Woolcott Oyague, Olenka: “La responsabilidad de los profesionales”; Ara Editores; Abril del 2002; Pág. 462.

[14] DE LA PUENTE; Manuel: “El artículo 1762 del Código Civil peruano” en: “Responsabilidad Civil. Derecho de daños”, Tomo V; Grijley; Lima, 2006; Pág. 30.

[15] TRIGO REPRESAS, Félix; Ob. cit; Pág. 140.

medios, por el contrario, el resultado no ha sido comprometido, aun cuando la conducta del deudor estuviera vinculada con la realización de un resultado determinado"[16].

El profesor Sedano Vásquez[17] sostiene que la invocación a las obligaciones de medios y de resultado en la responsabilidad civil profesional sirve para aquellos ordenamientos donde la prueba de la culpa no está sujeta a reglas claras, no obstante, en nuestro ordenamiento jurídico dicha clasificación resulta inútil, ya que para todo los casos la culpa se presume, tanto en el ámbito obligacional como extraobligacional, tal como lo establecen los artículos 1329 y 1969 del Código Civil. En consecuencia, al paciente perjudicado le basta alegar dolo o culpa del prestador de salud para que dicho dolo o culpa se presuman, correspondiendo a éste la prueba en contrario.

Woolcott Oyague menciona que la clasificación analizada rompe con la concepción unitaria de la obligación, toda vez que "postula una variación en el objeto, esto es, la prestación. Así mientras en un caso, se señala, se debe sólo un comportamiento y no se toma en cuenta para nada el interés creditorio, al que se le considera como aleatorio – obligaciones de medios - , en otro, se dice, que lo debido es el resultado, entendido por éste, la satisfacción del interés – obligaciones de resultado"[18]**.** Agrega que la distinción carece de todo valor dogmático "sobre todo, en cuanto concierne a los tres aspectos subrayados por sus defensores, a saber: 1) en cuanto al objeto, 2) en cuanto a la disciplina de la responsabilidad por incumplimiento, específicamente al factor de atribución y 3) en cuanto a la carga probatoria"[19].

En el mismo sentido, Osterling y Castillo indican que la diferencia entre obligaciones de medios y resultados es artificial, ya que en las primeras se busca también un resultado y, en las últimas, existe necesariamente un medio para cumplirlas; además, el Código Civil no efectúa ninguna distinción. El artículo 1329 del citado Código sustantivo establece que se presume que la inejecución de la obligación o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor; agregando el artículo 1330 del citado texto, que la prueba de dolo o culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, en consecuencia, si el deudor desea liberarse de responsabilidad deberá

[16] FRANZONI MASSIMO: "La responsabilidad en las obligaciones de medios y en las obligaciones de resultado"; publicado en "Estudios sobre la responsabilidad civil", traducción y edición al cuidado de Leysser León; Ara Editores; noviembre, 2001; Pág. 377.

[17] SEDANO VASQUEZ, Duncan: "La responsabilidad civil médica en el Perú"; en Revista Jurídica del Perú. Año LII, Nº 36, Julio del 2000.

[18] Ob. cit; Pág. 493.

[19] Ibidem.

probar su diligencia, trátese de una obligación de medios o de resultado; a su turno, si el acreedor desea agravar la responsabilidad del deudor, deberá probar el dolo o la culpa inexcusable, trátese también de una obligación de medios o resultados[20].

Por nuestra parte, creemos que la importancia de la distinción entre obligaciones de medios y de resultados no se agota en determinar las reglas sobre la carga de la prueba, sino que también es útil para establecer el contenido del deber y de los presupuestos del cumplimiento y por lo tanto, de los extremos del incumplimiento. En las obligaciones de medios la diligencia es el contenido de la actividad debida; en las obligaciones de resultado, por el contrario, es la obtención de dicho resultado el contenido de la actividad debida.

En tal razón, la relevancia de la distinción se coloca en el plano del cumplimiento de la obligación. La realización de la conducta diligente basta para que la obligación de medios se considere cumplida, aunque el interés primario del acreedor (resultado) no se realice. Aquello que determina el cumplimiento del deudor no es la presencia del resultado deseado por el acreedor sino la ejecución diligente de las actividades necesarias para alcanzar dicho resultado. El cumplimiento de la obligación de resultado requiere, en cambio, la satisfacción del interés primario del acreedor, no siendo suficiente la mera conducta diligente del deudor encaminada a satisfacerlo.

Guido Alpa afirma que la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultados, tiene que ver con la dimensión de la responsabilidad, es decir no tanto con el control de la diligencia empleada en la ejecución de la prestación sino con el control de la exigibilidad de la prestación. En otras palabras, se busca establecer si es suficiente haber empleado los medios necesarios, dictados por la diligencia profesional, o si, por el contrario, se debe garantizar la satisfacción íntegra del interés creditorio, sin importar el esfuerzo que ello demande al deudor[21].

En la obligación de medios, el médico cumple y por tanto se libera prestando una cura diligente, aún cuando el enfermo no llegue a curarse, es la conducta diligente el contenido de la obligación. Caso distinto acontece cuando se pretende cumplir una obligación de

[20] OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario: "Compendio de derecho de obligaciones"; Palestra Editores; Lima, 2008; Pág. 130.

[21] ALPA, Guido: "Nuevo tratado de la responsabilidad Civil"; traducción y notas de Leysser León; Jurista Editores; mayo del 2006; Pág. 900.

resultado, aquí no basta ser diligente, es necesario alcanzar el resultado comprometido y esperado por el acreedor.

Achával sostiene que las obligaciones de medios o de diligencia vinculan, no la promesa de un resultado, sino la promesa de atención médica como tal. "El acreedor (paciente en este caso), espera el resultado y podrá obtenerlo, pero no exigirlo, aunque sí puede exigir que la atención médica sea prestada con pericia y diligencia. En la obligación de medios, como el deudor no puede prometer un resultado, sólo será responsable cuando obró sin diligencia y el cuidado que la naturaleza de la obligación exigen tener"[22].

En las obligaciones de medios el deudor necesariamente debe conducirse con prudencia o diligencia, aún cuando el resultado esperado no se obtenga. El médico no se libera si solamente se limitó a visitar al enfermo pero no realizó actos adicionales de medicación o le brindó medicamentos que de ninguna manera eran aptos para la curación del paciente.

En principio y por regla general los médicos asumen obligaciones de medios (o de diligencia y prudencia) conforme al estado actual de la ciencia médica, pues en su actividad se halla siempre presente elementos aleatorios, en el sentido que el resultado buscado no depende exclusivamente de su proceder, sino de otros factores endógenos y exógenos a su actuación, los mismos que escapan a su control. Es verdad que en la gran mayoría de casos la obligación que asume el médico es de medios pues "el médico que es contratado para la atención de un paciente puede prometer cuidado y competencia, pero no el resultado de salvarle la vida ni erradicar por completo la enfermedad. Hay razones de ética, legales de ejercicio profesional y aún tipificadas penalmente, que le impiden comprometerse a curar. Finalmente hay razones de fuerza mayor que llevan irremediablemente al hombre con enfermedades agudas o crónicas y aun con ellas en latencia – con total desconocimiento de signos y síntomas – a la muerte, y esas razones surgen de su realidad humana"[23].

No obstante, en el caso de la cirugía estética la prestación del médico cirujano no está dirigida a la terapia del paciente, ni a remediar su estado de salud ni mucho menos a salvarle la vida (hipótesis en las cuales la falta de obtención del resultado no comporta responsabilidad del médico, si éste ha observado la diligencia profesional). Ella se dirige, más bien, a una mejora de la apariencia del paciente, a la eliminación de defectos físicos, etc; entonces, si el resultado no se

[22] ACHÁVAL, Alfredo: "Responsabilidad civil del médico. Libertad, verdad y amor en una profesión"; Abeledo Perrot; buenos Aires 1983; Pág. 24.
[23] Íbidem; Pág. 25.

obtiene, y si realizada la intervención, la situación original se mantiene o empeora ¿se puede imputar responsabilidad al médico?

Aún en supuestos de cirugía plástica embellecedora se indica que "sería sumamente riesgoso exigirle al cirujano estético, siempre y en todos los supuestos, una obligación de resultado. Hay que pensar que no siempre se puede asegurar o garantizar al paciente un resultado favorable. Ello depende de múltiples factores, entre ellos la capacidad reactiva del propio enfermo, que constituye, sin duda un factor que no se puede prever de antemano"[24] o que "durante la intervención, el alea existe siempre, las posibilidades de fracaso no son ajenas a este tipo de acto quirúrgico por mas que se trate de narcisismos. A lo sumo, lo que el cirujano plástico aseguraría es que el paciente quedará de tal o cual forma, pero no puede asegurar el resultado en sí de la intervención"[25].

Galán Cortés afirma que los supuestos de medicina voluntaria "deben calificarse como "obligación de medios acentuada", en el sentido que aún tratándose todavía de un arrendamiento de servicios se halla muy cercano al de obra por cuanto si bien no se garantiza el resultado, por el componente aleatorio inherente a toda actuación médica, debe partirse de una "cierta garantía" en su obtención pues de lo contrario el cliente, que ya no paciente, no se sometería a la actuación médica"[26].

Se afirma también que "no puede exigirse al médico cirujano estético, siempre y en todos los casos una obligación de resultado, atento a que no en todas las situaciones que se le planteen va a poder garantizar al paciente un resultado favorable o el que pretenda"[27]. Ricardo Luis Lorenzetti señala que "considerar a la obligación del médico cirujano como de resultado no se ajusta a derecho. Aún cuando se lo evaluara como un opus técnico y no como la curación, dicha noción está impregnada de una objetivación incompatible con el sustrato material que enfrentamos. Innumerables alternativas son las que debe tener que enfrentar el cirujano que hacen que su obra como tal, no pueda ser pactada genéricamente…"[28].

[24] ROMERO COLOMA, Aurelia María: "En torno a la responsabilidad civil del cirujano estético" en: http:www.peritajemédicoforense.com

[25] SAGARNA, Fernando A.: "Responsabilidad civil de los médicos en la jurisprudencia argentina"; en: "Responsabilidad Civil. Derecho de daños", Tomo V; Grijley; Lima, 2006; Pág. 30.
Pág. 249.
[26] Ibidem; Pág. 181.

[27] COLAZO, Ivana Inés: "Alcances de la responsabilidad civil del médico cirujano" en: lex-pro.blogspot.con/2010/…/alcences-de-la-responsabilidad-del.htm
[28] LORENZETTI, Ricardo Luis:"La responsabilidad civil de los médicos"; Tomo II; Hammurabi; Buenos Aires, 1995; Pág. 90.

Asimismo, María del Carmen García Sánchez opina que "el cirujano estético en todas las hipótesis se compromete a una obligación de medios debido al carácter aleatorio de la empresa quirúrgica y médica en general, resultando imposible garantizar un resultado a pesar de que los adelantos tecnológicos aplicados a la ciencia médica nos convenzan de un alto grado de probabilidad de éxito".[29]

En lo personal, considero que en actos de cirugía estética el galeno asume una obligación de resultado y en este caso no basta con ser diligentes, sino que es necesario alcanzar el resultado prometido y esperado por el usuario, pues de otro modo éste no se hubiera sometido al tratamiento u operación, sin que medie afectación o dolencia alguna.

En este sentido, coincidimos con Cristóbal Montes cuando afirma que "la cirugía plástica reparadora tiene por finalidad reparar verdaderas enfermedades congénitas o adquiridas y la cirugía estética tiene por finalidad reparar las desgracias de la naturaleza y sólo esta última supone una obligación de resultados"[30]. En la misma línea a se ubica Martínez – Pereda Rodríguez quién afirma que "en cirugía estética se atiende a la idea del resultado obtenido como requisito del cumplimiento de la obligación asumida por el operador, por lo que se trata de una obligación de resultado"[31].

En definitiva, en supuestos de cirugía plástica embellecedora (no en la cirugía reconstructiva) se debe exigir al médico un resultado completo, claro está cuando se trate de intervenciones cuyo éxito se encuentra prácticamente asegurado conforme al estado actual de la ciencia. Debe entenderse que el usuario acude motivado por la representación de un resultado determinado y específico, que es el real mejoramiento de su apariencia física; contrariamente, no hubiera acudido al cirujano roda vez que no lo aqueja enfermedad o dolencia alguna.

En dichos casos la responsabilidad sería objetiva y la carga de la prueba le debería corresponder al médico, quién para liberarse debe probar la existencia de un supuesto de fractura del nexo causal, esto es, caso fortuito, fuerza mayor, hecho de tercero o de la propia víctima. Ello fundado en que al paciente se le asegura que quedará de tal o cual forma, no sólo como estaba antes sino en mejores condiciones estéticas.

[29] citado por GARAY, Oscar Ernesto: "Especialidades médicas. ¿Obligaciones de medios o resultados?. Revisión de las posiciones doctrinarias y jurisprudenciales" en: http://www.ama-med.org.ar/revistas/2006-3/especialidades_médicas.pdf

[30] CRISTÓBAL MONTES, Javier citado por "La responsabilidad médica" en "Responsabilidad Civil. Derecho de Daños"; Tomo V; Editorial Grijley; Lima, 2006; Pág. 154.

[31] Citado por GALAN CORTES, Julio César: "Responsabilidad civil médica" en "La responsabilidad civil del profesional"; Cuadernos de Derecho Judicial; Madrid, 2003. Pág. 187.

El galeno debe responder ante el paciente por el simple hecho de no obtener el resultado convenido y sólo se libera de responsabilidad si prueba la existencia de un hecho que ocasione la ruptura del nexo causal, esto es, una circunstancia extraordinaria, imprevisible e irresistible (caso fortuito o fuerza mayor) que haya impedido el resultado, como también el hecho determinante de un tercero o el actuar de la propia víctima. En tal razón, consideramos apropiada la modificación del artículo 36º de la Ley Nº 26842 – Ley General de Salud que señala "los profesionales, técnicos y auxiliares de salud son responsables por los daños y perjuicios que ocasionen al paciente por el ejercicio *negligente, imprudente o imperito de sus actividades*", dispositivo que consagra en nuestro ordenamiento jurídico la responsabilidad subjetiva de los médicos, aún en el caso de los cirujanos plásticos que asumen obligaciones de resultados.