



Revista Bioética
ISSN: 1983-8042
ISSN: 1983-8034
Conselho Federal de Medicina

Romeiro, Dandara Araruna; Mascarenhas, Igor de Lucena; Godinho, Adriano Marteleto
Descumprimento da ética médica em publicidade: impactos na responsabilidade civil
Revista Bioética, vol. 30, núm. 1, 2022, Enero-Abril, pp. 27-35
Conselho Federal de Medicina

DOI: <https://doi.org/10.7440/res64.2018.03>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=361570858004>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

UAEH  redalyc.org

Sistema de Información Científica Redalyc
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso
abierto

El incumplimiento de la ética médica en la publicidad: impactos en la responsabilidad civil

Dandara Araruna Romeiro¹, Igor de Lucena Mascarenhas², Adriano Marteleto Godinho³

1. Centro Universitário Facisa, Campina Grande/PB, Brasil. 2. Centro Universitário de Patos, Patos/PB, Brasil. 3. Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa/PB, Brasil.

Resumen

Este artículo se propone reflexionar sobre la obligación médica derivada de la violación de las normas éticas de la publicidad en medicina, especialmente cuando se difunde por las redes sociales. Con base en el método deductivo se discutirá la naturaleza jurídica de la obligación del profesional que, en general, se da como obligación de medios. Sin embargo, se plantea la discusión cuando el contenido del mensaje publicitario y la forma como se difunde permiten convertir esta obligación en una obligación de resultado, modificando así la naturaleza jurídica de la esencia del médico. Para facilitar el debate, y con base en una revisión bibliográfica, este artículo expone la posibilidad de que el profesional sea civilmente responsable de las violaciones éticas relacionadas con la publicidad médica y con el compromiso del consentimiento informado, es decir, si el médico induce un resultado, debe ser responsable de no lograr el resultado propuesto.

Palabras clave: Publicidad. Red social. Resultado del tratamiento. Evaluación de resultados de intervenciones terapéuticas.

Resumo

Descumprimento da ética médica em publicidade: impactos na responsabilidade civil

Este artigo se propõe a refletir sobre a obrigação médica em decorrência da violação das regras éticas de publicidade em medicina, em especial quando veiculada nas mídias sociais. Por meio do método dedutivo, será discutida a natureza jurídica da obrigação do profissional, que, via de regra, se dá como obrigação de meio. Entretanto, a discussão surge quando o conteúdo da mensagem publicitária e a forma como é veiculada possibilitam transformar essa obrigação em obrigação de resultado, alterando então a natureza jurídica de essência do médico. Para viabilizar o debate, com base em revisão bibliográfica, este artigo expõe a possibilidade de o profissional responder civilmente por violações éticas relativas à publicidade médica e ao comprometimento do consentimento informado, ou seja, se o médico induz resultado, que ele seja responsabilizado por não alcançar o desfecho proposto.

Palavras-chave: Publicidade. Rede social. Resultado do tratamento. Avaliação de resultado de intervenções terapêuticas.

Abstract

Non-compliance with medical ethics in advertising: impacts on civil liability

This article reflects on medical obligation due to the violation of the ethical rules of advertising in medicine, especially when published on social media. Using the deductive method, the legal nature of a professional's obligation will be discussed, which, as a rule, is an obligation of means. However, the discussion arises when the content of the advertising message and how it is conveyed make it possible to transform this obligation into an obligation of result, thus changing the legal nature of the physician's essence. To enable the debate, based on a literature review, this article exposes the possibility of the professional being civilly responsible for ethical violations related to medical advertising and the impairment of informed consent, that is, if the physician induces results, that he is liable for not achieving the proposed outcome.

Keywords: Advertising. Social networking. Treatment outcome. Evaluation of results of therapeutic interventions.

Los autores declaran que no existe ningún conflicto de interés.

La práctica médica, cuando se combina con las redes sociales y el consumo, puede resultar en una situación compleja, por lo que la unión equivocada, defectuosa o fallida puede conducir a un final no deseado. Tal resultado se da en la posibilidad de que el médico sea responsable de la obligación de resultado, cuando en realidad su obligación es de medio. Este escenario ocurre, en teoría, cuando el médico emite un mensaje publicitario para hacer creer el alcance de un resultado cierto y determinado

Inicialmente, se discutirá la diferencia entre obligación y responsabilidad médica, para conceptualizar y distinguir las obligaciones de medio y de resultado en el acto médico. El estudio específico de estos fenómenos del derecho civil es necesario para comprender los términos utilizados en el curso de esta investigación. A continuación, se tratará la publicidad, para diferenciarla de otros términos como “propaganda”, “marketing” y “promoción” y especificarla en la conducta del profesional médico. La publicidad será analizada y discutida en base a las previsiones del Consejo Federal de Medicina (CFM)^{1,2}, organismo regulador de los derechos y deberes del médico, y en el Código de Defensa del Consumidor (CDC)³, responsable de disciplinar las relaciones de consumo, incluida aquella entre médico y paciente.

En su Código de Ética Médica (CEM), en especial en el inciso XX de los Principios Fundamentales, el CFM afirma que *el carácter personalísimo de la actuación profesional del médico no caracteriza una relación de consumo*⁴, aunque el Poder Judicial ha aplicado el CDC a las interacciones entre médico y paciente. El breve análisis que aquí se propone permitirá ampliar conocimientos, teniendo un mayor contacto técnico con las disposiciones legales que regulan la publicidad médica.

Por último, se hizo necesario sintetizar la obligación y la responsabilidad civil del médico por publicidad indebida. Esta discusión abordará cómo la publicidad puede reflejarse en la carga del profesional que ejerce la medicina y, así, caracterizar una obligación de resultado por el contenido de la publicidad. Con eso, parece que esta investigación será eminentemente bibliográfica y justificada por la posibilidad de que un médico responda por una obligación de resultado al emitir un mensaje publicitario que lleva al consumidor a creer en la consecución del resultado.

¿Obligación o responsabilidad médica?

A pesar de que los términos “obligación” y “responsabilidad” sean tratados como sinónimos por algunos juristas, expresan situaciones diferentes, y por eso es necesario conceptualizarlos, identificarlos y diferenciarlos. La relación jurídica obligatoria nace de la voluntad de las partes que la integran o de la determinación legal, y debe cumplirse espontánea y íntegramente. Cuando la obligación no se cumple voluntariamente, o si se cumple de forma parcial, surge la responsabilidad⁵.

La obligación del médico se caracteriza por lo que estará obligado a proporcionar en su actuación. Puede ser de medio o de resultado, y esta clasificación diferenciará lo que debió obtenerse al final del procedimiento médico. Al respecto, Rosenvald y Braga Netto⁶ señalan que existe cierta arbitrariedad en el establecimiento de obligaciones de medios o resultados según la especialidad. Por lo tanto, surge la necesidad de diferenciar estas dos posibilidades de obligatoriedad e identificar en cuál se encuadra el médico, o la especialidad médica⁷.

En las obligaciones de medios, el deudor, que en esta obra será el médico, se obliga a proporcionar los recursos necesarios para la consecución de un fin, sin ser responsable del resultado, recordando que la responsabilidad surge cuando la obligación no se cumple en su totalidad. Aquí, el médico debe emplear todos los esfuerzos y cuidados necesarios para llegar al resultado deseado; sin embargo, no está obligado a esto. Es decir, el médico no está obligado a curar al paciente, sino a tratarlo. El deber médico es actuar con celo, cautela y diligencia⁸.

Ya en la obligación de resultado, el deudor (el médico) tendrá que lograr un fin determinado para cumplir con su obligación, es decir, debe entregar exactamente el objeto de la relación contractual⁵. Sin embargo, Barros⁸ destaca que la medicina no puede tener la obligación de resultado, ya que el médico no trabaja con promesas, en la medida en que innumerables factores externos impiden ese tipo de postura. La promesa puede generar el intento de estandarizar el cuerpo que, sin embargo, dada la subjetividad de la reacción, no es estandarizable⁹.

Según Maluf y Maluf¹⁰, a pesar de que el CFM defiende la obligación de medio en la medicina, tal como se extrae del CEM, el Poder Judicial ha aplicado para algunas especialidades médicas la obligación de resultado^{11,12}. Esto ocurre principalmente para actos médicos relacionados con especialidades con destaque estético, como la dermatología, la nutrología y la cirugía plástica con fines embellecedores, aunque tales especialidades también pueden enfatizar los aspectos reparadores y curativos¹³. Sobre el tema, se sugiere leer el artículo “La medicalización de la belleza: reflexión bioética sobre la responsabilidad médica”, de Silva y Mendonça¹⁴.

En esa perspectiva, los médicos pueden ser eventualmente responsabilizados por la violación flagrante a las normas éticas por el uso abusivo de la publicidad con fines comerciales, en desacuerdo con la sobriedad exigida al profesional. Habiendo expuesto y entendido la obligación del médico y su responsabilidad frente al paciente en caso de incumplimiento (aunque sea parcial), se discute la conducta del profesional en las redes sociales, cambiando la naturaleza de su obligación. Es decir, por regla general, su obligación es de medio, y su responsabilidad, subjetiva, pero lo que se discutirá es si el profesional que induce la garantía de resultados con su publicidad podrá responder por el desenlace no alcanzado, aunque se haya utilizado de todos los recursos que la medicina ofrece.

Publicidad médica

Antes de cualquier discusión, es necesario entender y definir muy bien las diferencias entre publicidad, *marketing* y propaganda. Aunque comúnmente se usan como sinónimos, son actos que se distinguen en su esencia y objetivo, y por lo tanto deben distinguirse claramente. EL CDC³, que será el mayor aliado de este trabajo, se preocupó por la publicidad al establecer sus normas y principios, dejando la propaganda y el *marketing* como coadyuvantes, y es por esta razón que este artículo se centrará, en especial, en la publicidad.

Este tipo de divulgación tiene como objetivo la comercialización, estando vinculada a un objeto de *marketing*. Es decir, adopta un carácter comercial para atraer a potenciales compradores, espectadores o usuarios. La publicidad tiene el fin, directo o

indirecto, de promover la adquisición de un producto o la utilización de un servicio por los consumidores¹⁵. La finalidad principal de la publicidad es persuadir y agregar valor a un determinado bien o servicio¹⁶.

Código Brasileño de Autorregulación Publicitaria, en su artículo 8º, definió la publicidad como *actividades destinadas a estimular el consumo de bienes y servicios*¹⁷; por lo tanto, el objetivo se identifica en la captación de consumidores. Por lo tanto, la publicidad no se caracteriza por proporcionar información, sino por presentar contenido comercial que incita a los consumidores (aquí, pacientes) a adquirir bienes y servicios (procedimiento médico). Es decir, induce al potencial paciente a consumir un determinado servicio.

La propaganda, a su vez, se distingue de la publicidad en razón de su finalidad y objetivo. Mientras que la publicidad tiene como objetivo “capturar” a las personas para que se adhieran o consuman productos o servicios, la propaganda tiene como objetivo “capturar” a las personas para que se adhieran a una idea, ya sea política, social, económica o incluso religiosa: se trata de una adhesión ideológica, no comercial. Es decir, la propaganda, a pesar de encuadrarse como técnica de persuasión, no tiene un fin económico, sino solo de difusión de ideas¹⁸.

Para diferenciar la publicidad y *marketing* se observa que la primera, de hecho, consiste en una de las diversas herramientas del segundo, ya que el concepto de *marketing* implica todas las actividades comerciales relacionadas con la circulación de bienes y servicios, desde su producción hasta el consumo final. El *marketing* es el conjunto de actividades ejercidas para crear y llevar los bienes del productor al consumidor final¹⁸.

Publicidad prevista por el Consejo Federal de Medicina

Definidos los tres términos, ahora se aplicarán a la relación médico-paciente. Se entiende por producto, bien o servicio todo procedimiento presentado por un médico a través de publicidad. Los consumidores, a su vez, son los pacientes potenciales, es decir, no importa si la persona se adhirió a la publicidad y se someterá al procedimiento o si sólo fue alcanzada por su contenido (sin adherirse, al menos por ahora). De acuerdo a los conceptos presentados, así como a la propuesta de este trabajo, se puede identificar de inmediato que la

conducta a tratar aquí será la publicidad médica, acto cuya finalidad es la ganancia económica.

El profesional de la salud, en particular el médico, es libre de producir su *marketing* a través de la publicidad. Sin embargo, esta libertad no es tan amplia como puede parecer; de hecho, está minuciosamente regulada por el CEM y las resoluciones municipales, que definen lo que se puede y no se puede hacer con respecto a la publicidad médica. El consejo profesional, de hecho, restringe la libertad de expresión en cuanto a la manifestación de contenido médico¹⁹.

Las técnicas de comunicación e información se expandieron, asumiendo un papel fundamental en la aproximación del consumidor y del proveedor. En consecuencia, la publicidad no puede tener libertad absoluta, con el fin de garantizar su licitud bajo el prisma de la buena fe, la veracidad, la confianza y la transparencia, garantizando que la expectativa del consumidor, figura presuntamente vulnerable, sea satisfecha, notablemente en razón de la asimetría de información existente²⁰.

Antes de comprender el asunto a la luz del CDC, que, en principio, limita la publicidad, cohibiendo abusos y engaños, se inicia un breve análisis sobre algunas resoluciones del CFM. Cabe señalar que, si bien los términos “publicidad”, “propaganda” y “*marketing*” ya han sido diferenciados y reconocidos como conductas distintas, algunas fuentes bibliográficas y de estudio consultadas usan los tres términos, o por lo menos dos de ellos, como sinónimos, por lo que fue necesario prestar atención a lo que la información pretendía comunicar. Lo mismo ocurre en las publicaciones del propio CFM, parámetro principal de este trabajo. Sin embargo, esto no significa que tales términos sean sinónimos, por lo que fue necesario diferenciarlos antes.

Para entender el tema que nos ocupa, es necesario analizar la Resolución CFM 1.974/2011 –actualizada por la Resolución CFM 2.126/2015²¹–, cuyo artículo 1° define publicidad, anuncio o propaganda como *la comunicación al público, por cualquier medio de difusión, de una actividad profesional de iniciativa, participación y/o consentimiento del médico*¹. Es decir, cualquier forma de difusión para divulgar una actividad profesional que implique alguna conducta del médico será considerada publicidad.

Como se puede observar en el artículo citado¹, la publicidad médica es lícita y se caracteriza fácilmente. No obstante, para su aplicación, el artículo 2° de la misma resolución¹ exige la inclusión de

algunos datos en el mensaje publicitario: nombre del profesional; su número de registro en el Consejo Regional de Medicina (CRM); su especialidad y/o área de actuación, si está registrada en el CRM; y el número de Registro de Cualificación de Especialista, cuando lo haya. Es decir, la ausencia de alguna de estas informaciones puede perjudicar al médico en futuras investigaciones de responsabilidad, por lo menos en la vía administrativa¹.

También se debe prestar atención a las conductas prohibidas en los apartados del artículo 3° de la Resolución CFM 1.974/2011: *b) anunciar equipos que le atribuyan capacidad privilegiada; (...) d) permitir que su nombre sea incluido en publicidad engañosa de cualquier naturaleza; (...) g) exponer la figura de su paciente como forma de divulgar técnica, método o resultado de un tratamiento, aunque con [su] autorización expresa (...), [salvo en el caso de divulgación científica en que la exposición sea estrictamente necesaria, conforme a artículo 10 de dicha resolución]; y k) garantizar, prometer o insinuar buenos resultados del tratamiento*¹. De manera más incisiva, el artículo 3° restringe los anuncios publicitarios, y los profesionales deben ser conscientes de su conducta. Si algún médico eventualmente ejerce alguna de las acciones prohibidas, seguramente será responsable en forma administrativa, y quizás también judicial, si el acto repercute en el paciente y el paciente así lo decide.

De acuerdo con el entendimiento y posicionamiento del CFM, es importante prestar atención a la prohibición de publicar autorretratos (*selfies*), imágenes y/o audios que caractericen sensacionalismo, autopromoción o competencia desleal en las redes sociales, así como la necesidad de resguardar el sigilo y la imagen del paciente (incluso si el paciente autoriza la divulgación). En este sentido, también se prohíben los anuncios que difundan el “antes y el después” de los procedimientos, así como la publicación por parte de terceros de reiterados elogios a las técnicas y resultados obtenidos. En caso de duda, o si en realidad no sabe qué información puede o no legal y éticamente exponer en su mensaje publicitario, el profesional médico cuenta con el apoyo de la Comisión de Divulgación de Asuntos Médicos del CRM.

El artículo 9° de la Resolución CFM 1.974/2011¹ a su vez, enfatiza que el médico debe evitar la autopromoción y el sensacionalismo, en virtud de la profesión que ejerce, y en sus párrafos ejemplifica

conductas así entendidas. En este estudio se analizará especialmente el inciso f del apartado 2 de este artículo. Este ítem define el sensacionalismo como *utilizar de forma abusiva, engañosa o seductora representaciones visuales e información que pueda inducir a promesas de resultados*¹. Tal comportamiento es demasiado común en el contexto actual y, a menudo, pasa desapercibido. Está presente de forma desenfrenada, principalmente en las redes sociales, siendo posible acceder a aplicaciones y páginas de relaciones y encontrar fácilmente perfiles de médicos que presentan resultados seductores que inducen garantías de resultados.

Es notoria la influencia actual de las redes sociales –llamadas “medios sociales” por el CFM–, que mueven la sociedad de tal forma que son posiblemente el medio más utilizado para captar clientes-pacientes, socios y compradores. Este vasto universo, aparentemente ilimitado y “sin dueño”, habilita una importante cantidad de mensajes publicitarios, llegando a una audiencia incalculable y permitiendo que los contenidos se emitan de manera irresponsable, como si fuera posible encubrir su deslealtad.

El Anexo I de la Resolución CFM 1.974/2011 especifica además que *la participación del médico en la divulgación de asuntos médicos, en cualquier medio de comunicación de masas, debe pautarse por el carácter exclusivo de esclarecimiento y educación de la sociedad, no cabiendo [al profesional] actuar de forma a estimular el sensacionalismo, la autopromoción o la promoción de otro(s), asegurando siempre la difusión de contenidos científicamente comprobados, válidos, relevantes y de interés público*²¹.

En general, en la propaganda o publicidad de servicios médicos, está prohibido utilizar expresiones tales como “el mejor”, “el más eficiente”, “el único capaz”, “resultado garantizado” u otras con significado similar. Se prohíbe además sugerir que el servicio médico o el profesional es el único capaz de tratar el problema de salud; asegurar resultados al paciente o sus familiares; mostrar de manera abusiva, engañosa o seductora imágenes de cambios corporales causados por supuestos tratamientos; e incluso usar celebridades para publicitar su servicio e influir en las personas laicas¹.

Por lo tanto, se observa que la Resolución CFM 1.974/2011¹ regula la publicidad médica y tiene como objetivo prevenir el sensacionalismo,

la autopromoción y la comercialización del acto médico, a fin de evitar abusos en los mensajes publicitarios que puedan derivar en procesos ético-disciplinarios y judiciales. Tal medida respalda la medicina y salvaguarda la seguridad del paciente, favoreciendo a toda la sociedad.

Sin embargo, la existencia de la norma no garantiza su observancia. De hecho, hay innumerables casos de médicos que simplemente la ignoran y transmiten contenidos según su propio deseo. Estas conductas llevan a repercusiones administrativas y también judiciales. Después de todo, si se demuestra la intención del médico de señalar el resultado, es razonable que responda como una obligación de resultado y no más de medio. Sin embargo, a pesar de tal razonamiento, es oportuno analizar el CDC³ e identificar lo que dice sobre la obligación y responsabilidad del médico como resultado de la publicidad.

Obligación del médico por publicidad indebida

El mensaje publicitario tiene importancia mercadológica para el profesional en el sentido de reforzar su marca. Sin embargo, hay que transmitirlo con mucho cuidado, en la medida en que una publicidad tergiversada o abusiva puede generar expectativas inalcanzables en los potenciales pacientes, y, por supuesto, atraerlos por la “promesa” que ofrece el médico en su difusión –se trata del principio de la vinculación del mensaje publicitario.

Por tanto, el profesional induce muchas veces a la garantía del resultado, es decir, parece asegurar a sus posibles pacientes que obtendrán exactamente ese resultado presentado –muchas veces a través de imágenes surrealistas o resultados obtenidos puntualmente– en el mensaje publicitario. Entonces, si el médico se comporta de esta manera (induciendo una garantía del resultado), ¿por qué no debería ser también responsable del resultado de su intervención? Así, su obligación se convertiría en obligación de resultado.

El médico debe estar atento al contenido transmitido en sus mensajes publicitarios en las redes sociales, sobre todo en su relación con el paciente. Esto se debe a que, a veces, un anuncio publicitario puede transmitir al paciente información distorsionada (publicidad engañosa), o generar en

él expectativas inalcanzables, y, por regla general, los médicos lo saben. Es decir, el profesional es consciente de que, al exponer determinado asunto o procedimiento, va a atraer mayor número de pacientes, aunque esa exposición sea sensacionalista e inalcanzable. Si se observa, este escenario no dejará dudas en cuanto al carácter engañoso o abusivo del contenido publicado, surgiendo de ahí la potencial responsabilidad del médico.

Los anuncios de servicios médicos no están prohibidos ni son ilícitos. El problema no está en las publicaciones en sí, sino en su contenido, que estará expuesto a la sociedad laica, que no tiene los conocimientos técnicos suficientes sobre medicina. Por tanto, la publicidad debe tener una información clara y objetiva que será determinante para que el paciente busque o no al profesional presentado (principio de transparencia de la publicidad). Se debe considerar además que a menudo esta elección se basa en la “garantía” de tal resultado.

Existe un deber de veracidad de la información publicada, pero, más allá, existe un deber de lealtad y respeto, que resulta ser un corolario del principio de buena fe objetiva, enumerado en el artículo 422 del Código Civil²², tan querido para la plena realización de todo negocio jurídico. No se puede admitir publicidad pautada en resultados particulares y/o que no son alcanzables por la colectividad. La práctica publicitaria exige una relación de confianza entre el proveedor y el consumidor²³.

El paciente, deslumbrado por lo que ve en los medios digitales, busca al médico para realizar el procedimiento deseado, lleno de expectativas por lo que se le presentó. El médico, a su vez, con el fin de lucrar (objetivo de toda publicidad), ni siquiera transmite la información necesaria al paciente, porque sabe que la verdad puede llevarlo a abandonar el procedimiento. Esto lleva a una mirada más cercana a la relación médico-paciente, que debe basarse en la verdad y la confianza. Los profesionales deben estar siempre preparados y dispuestos a exponer al paciente la verdad sobre el servicio deseado para permitirle ejercer su autonomía¹⁰.

Dependiendo de la forma como presenta su servicio en los mensajes publicitarios, el médico induce la garantía de un determinado resultado, aun consciente de que cada ser humano es individualizado, que cada organismo tiene sus particularidades y que un desenlace único jamás podría ser asegurado a diversos tipos de personas. En esta perspectiva,

la falsa información o expectativa representa justamente la violación del consentimiento informado y del principio de autonomía del paciente. El consentimiento informado tiene por objeto dar al enfermo el conocimiento de todas las implicaciones posibles del procedimiento médico al que será sometido. Este mecanismo también tendrá la facultad de eximir al médico de cualquier responsabilidad civil en caso de fracaso del tratamiento^{24,25}. No es sólo una exigencia de una relación de consumo, sino también, y principalmente, una exigencia ética, en la que el médico, valiéndose de la verdad, debe explicar a su paciente cómo procederá, las posibles consecuencias del procedimiento, cómo se llevará a cabo, lo que será necesario para llegar a buen resultado y toda la información pertinente al caso⁴.

El consentimiento informado está amparado en el CDC³, que asegura al consumidor el derecho a una información adecuada y clara sobre los servicios y los riesgos derivados de ellos. El CEM⁴ también le da autoridad al paciente sobre su propia vida, garantizándole el derecho a decidir libremente sobre su persona o su bienestar, así como a ejercer su autoridad para limitarlo²³. Además de salvaguardar la autonomía del paciente, el mismo dispositivo legal⁴ prohíbe determinadas conductas médicas, como dejar de esclarecer al enfermo sobre su enfermedad y dejar de obtener su consentimiento para la realización del procedimiento, salvo en caso de riesgo inminente de muerte^{24,25}.

Este proceso de consentimiento es una expresión de buena fe. También es una forma de que el médico se proteja de posibles resultados, no solo de transmitir conocimientos al paciente, lo cual es de derecho^{26,27}. Después de todo, cuando informaciones relevantes respecto al objeto y contenido del negocio se retienen, cualquier resultado que no sea el ofrecido debe ser indemnizado²³. El médico debe presentar en sus anuncios publicitarios todos los riesgos de las prácticas utilizadas, de la misma forma que presenta los beneficios. Y, por supuesto, esta conducta debe observarse no solo en el acto de publicidad, sino también en la consulta en la que el paciente contrata el servicio, ya que allí ya se establece el objeto de la relación legal obligatoria.

Es evidente que sólo se reconocerá el consentimiento informado cuando la información proporcionada por el médico sea clara y precisa, por lo que, de no hacerlo, correrá el riesgo de responder por la omisión de datos considerados esenciales.

Será sobre la base de lo que se le ha aclarado que el paciente decidirá libremente si tiene la intención de someterse o no al procedimiento sugerido.

La conducta del médico en su ejercicio profesional, siempre que no haya exceso, se considerará legítima, ya que la ética se asume como una forma de preservar la dignidad y la autodeterminación. Por lo tanto, a pesar de presentar resultados formidables en su anuncio publicitario profesional, al borde de la fantasía, el médico tiene la oportunidad de hablar con el paciente e informarle sobre los detalles de los resultados presentados en las publicaciones. Esto se debe a que el deber de informar, brindado de manera completa y satisfactoria, permitirá al paciente responder, traducido en su consentimiento informado. Estas aclaraciones permitirán que el enfermo acepte los riesgos del procedimiento de manera libre y autodeterminada.

Sin embargo, la mayoría de los profesionales no proceden de la forma indicada porque pretenden lucrar “a cualquier precio”. Esta sed de remuneración alta y rápida es exactamente lo que lleva a muchos médicos a responder a demandas judiciales, ya que prometen, incluso implícitamente, un resultado inalcanzable, enmarcándose en publicidad engañosa y, a veces, incluso abusiva.

Obligación de resultado

La obligación de resultado parece estar lejos de ser enmarcada como la mejor forma de evaluar la conducta médica. Sin embargo, se advierte al mismo tiempo que la publicidad basada en el engaño o el abuso debe ser severamente sancionada, incluso administrativamente por el propio CRM. La discusión da lugar a la unión de estos dos fenómenos: la obligación y el mensaje publicitario del médico.

Los profesionales tienen prohibido utilizar la tecnología, como las redes sociales, para publicitar condiciones privilegiadas para tratamientos o procedimientos, además de métodos o técnicas que no estén científicamente reconocidos. Por supuesto, el médico también está impedido de garantizar, prometer o insinuar buenos resultados del tratamiento. Es decir, el profesional debe, efectivamente, evitar cualquier forma de autopromoción y sensacionalismo²⁸.

En la obligación de resultado, como se vio anteriormente, la prestación del servicio tiene un fin definido (objeto de la relación legal obligatoria o

relación contractual), por lo que la ausencia del resultado esperado implica el incumplimiento, lo que obliga al médico a asumir la responsabilidad de no haber satisfecho la obligación prometida²⁸.

Se observa que para configurar obligación de resultado es necesario que sea definida la finalidad, es decir, la promesa de desenlace. Para que la conducta médica se enmarque de esta manera, debe estar respaldada por una garantía, que puede tomar muchas formas. Para esta discusión, tal promesa está implícita. Evidentemente, y como se ve, el médico tiene un interés económico en publicar sus servicios, y, para lograr este objetivo, trata de convencer al paciente para que contrate lo que ofrece. Para ello, el profesional promete en el anuncio, implícitamente, que, al contratarlo, el paciente llegará al resultado expuesto en el mensaje.

De esta forma, es plausible entender que debería caracterizar obligación de resultado para el médico que, en un mensaje publicitario, seduce al paciente con base en resultados de terceros. Nada más parece tan razonable como que el profesional responda por lo que practica, sobre todo cuando vulnera intereses jurídicos ajenos, que son la parte vulnerable. Después de todo, el paciente es laico en medicina, mientras que el médico es un experto en el tema, por lo que no hay forma de exigir conocimientos técnicos al paciente, ya que todo lo posee el profesional.

Luego, lo que se propone es comprobar que la legislación ética puede incidir en el ámbito del derecho civil, ya que típicamente una obligación de medio se transmutará en una obligación de resultado. A diferencia de lo que sucede con el Poder Judicial en el contexto de ciertas especialidades estéticas, esta modificación será provocada por el propio médico, por lo que se requiere cuidado en la publicidad.

Consideraciones finales

Frente a la construcción lineal del contenido propuesto, se concluyen algunos puntos esenciales: la obligación del médico es de medio, pero puede convertirse en de resultado; su responsabilidad será siempre subjetiva, debiendo el paciente probar la culpabilidad médica; el contenido del mensaje publicitario es esencial para caracterizar la promesa de un resultado y, en consecuencia, generar la obligación de resultado para el médico;

y la relación médico-paciente no es más que una relación de consumo, ya que, cuando se firma, hay un contrato.

Como se ve, el anuncio al que se hace referencia aquí es el que está cargado de una promesa implícita como método para convencer al paciente de adherirse al servicio médico propuesto y consolidar un negocio legal (contrato de consumo). El contrato debe ser cumplido íntegramente, o dará lugar a la responsabilidad y, en consecuencia, si se prueba la culpa, a la reparación.

El contrato entre médico y paciente, cuando provenga de publicidad engañosa o abusiva, estará manifiestamente corrompido por el vicio del consentimiento, en el cual el paciente manifestó su deseo de adherirse a la relación contractual pero lo hizo de manera viciada y defectuosa, porque, si conociera la

realidad del servicio o trámite ofrecido, podría declinar. Es decir, el paciente se equivoca debido al engaño/abuso publicitario. Por ignorancia o falsa percepción de la realidad, manifiesta su voluntad contradiciendo lo que haría si conociera perfectamente las condiciones del procedimiento.

En vista de lo anterior, se entiende que el punto crucial para dar lugar a los institutos discutidos será el contenido del mensaje publicitario, a fin de determinar si una garantía fue inducida por el médico y, en consecuencia, si hubo un error en el consentimiento del paciente. Una vez comprobados los hechos, si existe vulneración de los intereses jurídicos del paciente y se prueba la culpabilidad del médico, se cree que existirá una posible obligación de resultado a cumplir por el profesional, aunque ésta no sea su obligación en esencia.

Referencias

1. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 1.974, de 14 de julho de 2011. Estabelece os critérios norteadores da propaganda em medicina, conceituando os anúncios, a divulgação de assuntos médicos, o sensacionalismo, a autopromoção e as proibições referentes à matéria. Diário Oficial da União [Internet]. Brasília, 19 ago 2011 [acesso 16 jun 2021]. Disponível: <https://bit.ly/3q2wgoU>
2. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 2.126, de 16 de julho de 2015. Altera as alíneas “c” e “f” do art. 3º, o art. 13 e o anexo II da Resolução CFM nº 1.974/2011, que estabelece os critérios norteadores da propaganda em medicina, conceituando os anúncios, a divulgação de assuntos médicos, o sensacionalismo, a autopromoção e as proibições referentes à matéria. Diário Oficial da União [Internet]. Brasília, 1º out 2015 [acesso 16 jun 2021]. Disponível: <https://bit.ly/3t91bBW>
3. Brasil. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União [Internet]. Brasília, 12 set 1990 [acesso 17 mar 2022]. Disponível: <https://bit.ly/3u8OupY>
4. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 2.217, de 27 de setembro de 2018. Aprova o Código de Ética Médica. Diário Oficial da União [Internet]. Brasília, 1º nov 2018 [acesso 14 mar 2020]. Disponível: <https://bit.ly/3JauLFT>
5. Azevedo ÁV. Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil. São Paulo: Atlas; 2011.
6. Rosenvald N, Braga Netto FP. Responsabilidade civil na área médica. Actual Juríd Iberoam [Internet]. 2018 [acesso 3 mar 2022];(8):373-420. Disponível: <https://bit.ly/3tYSJ7A>
7. Martins-Costa J. Entendendo problemas médico-jurídicos em ginecologia e obstetrícia. Rev Trib [Internet]. 2005 [acesso 3 mar 2022];94(831):106-31. Disponível: <https://bit.ly/3JrENd3>
8. Barros EA Jr. Código de ética médica: comentado e interpretado. Timburi: Cia do Ebook; 2019.
9. Mascarenhas IL, Godinho AM. A utópica aplicação da teoria da perda de uma chance no âmbito do direito médico: uma análise da jurisprudência do TJRS, TJPR e TJPE. Rev Direito Lib [Internet]. 2016 [acesso 3 mar 2022];18(3):159-92. Disponível: <https://bit.ly/3q3b2HN>
10. Maluf CAD, Maluf ACRFD. A responsabilidade civil na relação dos profissionais da área da saúde e paciente. In: Azevedo ÁV, Ligiera WR, coordenadores. Direitos do paciente. São Paulo: Saraiva; 2012. p. 511-51.
11. Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 976.655/MG. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 4 ago 2017.
12. Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 913.687/SP. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 4 nov 2016.

13. Alves RGO, Loch JA. Responsabilidade civil do cirurgião plástico em procedimentos estéticos: aspectos jurídicos e bioéticos. *Rev. bioét. (Impr.) [Internet]*. 2012 [acesso 3 mar 2022];20(3):397-403. Disponível: <https://bit.ly/3JarE7V>
14. Silva LC, Mendonça ARA. Medicalização da beleza: reflexão bioética sobre a responsabilidade médica. *Rev. bioét. (Impr.) [Internet]*. 2012 [acesso 3 mar 2022];20(1):132-9. Disponível: <https://bit.ly/3JbkqAp>
15. Oliveira JL. A responsabilidade dos meios de comunicação pelo conteúdo das mensagens publicitárias. Belo Horizonte: Edições Superiores; 2015.
16. Almeida AMSDNT. A publicidade enganosa e o controle estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor. *Rev Direito Consum [Internet]*. 2005 [acesso 3 mar 2022];14(53):11-39. Disponível: <https://bit.ly/3q3Hslt>
17. Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária. Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária [Internet]. São Paulo: Conar; 2018 [acesso 23 fev 2022]. Disponível: <https://bit.ly/3CEVsqS>
18. Dias LALM. Publicidade e direito. São Paulo: Revista dos Tribunais; 2013.
19. Machado YAF. Redes sociais e a publicidade médica: breve análise entre Brasil e Portugal. *Rev Direito Med [Internet]*. 2020 [acesso 23 fev 2022];5(2). Disponível: <https://bit.ly/3qpRqOf>
20. Barbosa CCN, Silva MC, Brito PLA. Publicidade ilícita e influenciadores digitais: novas tendências da responsabilidade civil. *Rev Iberc [Internet]*. 2019 [acesso 23 fev 2022];2(2):1-21. DOI: 10.37963/iberc.v2i2.55
21. Conselho Federal de Medicina. Resolução n° 1.974, de 14 de julho de 2011. Op. cit. p. 11.
22. Brasil. Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União [Internet]. Brasília, 11 jan 2002 [acesso 17 mar 2022]. Disponível: <https://bit.ly/3igTxiP>
23. Furlan VCP. Princípio da veracidade nas mensagens publicitárias. *Rev Direito Consum*. 1994;(10):97-125.
24. Corrêa MMB. Direito de informação e consentimento informado. In: Scalquette ACS, Camillo CEN, coordenadores. *Direito e medicina: novas fronteiras da ciência jurídica*. São Paulo: Atlas; 2015. p. 19-29.
25. Ligiera WR. Termos de consentimento informado ou de “constrangimento desinformado”? A defesa do paciente diante de uma medicina ilícita e antiética. In: Azevedo ÁV, Ligiera WR, coordenadores. *Direitos do paciente*. São Paulo: Saraiva; 2012. p. 623-39.
26. Conselho Federal de Medicina. Recomendação CFM n° 1/2016. Dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica [Internet]. Brasília: CFM; 2016 [acesso 23 fev 2022]. Disponível: <https://bit.ly/36iLu21>
27. Dantas E, Coltri M. Comentários ao Código de Ética Médica. 3ª ed. Salvador: Juspodivm; 2020.
28. França GV. Direito médico. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense; 2019.

Dandara Araruna Romeiro – Especialista – dandara_araruna@hotmail.com

0000-0002-7527-5370

Igor de Lucena Mascarenhas – Estudante de doctorado – igor@igormascarenhas.com.br

0000-0002-5336-1083

Adriano Marteleto Godinho – Doctor – adrgodinho@hotmail.com

0000-0001-5050-3659

Correspondencia

Igor de Lucena Mascarenhas – Av. Cabo Branco, 1.780, Cabo Branco CEP 58045-010. João Pessoa/PB, Brasil.

Participación de los autores

Dandara Araruna Romeiro redactó el manuscrito original. Igor de Lucena Mascarenhas conceptualizó el proyecto y redactó, revisó, editó y formateó el artículo. Adriano Marteleto Godinho realizó la revisión crítica y contribuyó sustancialmente a la versión final.

Recibido: 23.5.2020

Revisado: 25.2.2022

Aprobado: 28.2.2022