

Título: **Medicina digital, inteligencia artificial y nuevos confines de la responsabilidad civil**

Autores: **Maglio, Ignacio - Wierzba, Sandra M.**

Publicado en: **Sup. Esp. LegalTech 2018 (noviembre), 05/11/2018, 213**

Cita Online: **AR/DOC/2387/2018**

(*)

(**)

I. Planteo del tema

El avance imparable de nuevas tecnologías digitales inaugura la denominada Cuarta Revolución Industrial, la dimensión de los cambios y el grado de disrupción adquieren tal magnitud que también se denomina al fenómeno como una auténtica "revolución cultural".

La revolución instalada afecta significativamente las formas de socialización, de creación y transmisión del conocimiento humano y hasta la esencia de la producción de bienes y de la prestación de servicios. Ello se evidencia también en el ámbito de la salud, donde se plantean cambios profundos y se incorporan prácticas e instrumentos que ponen en crisis las formas de cuidado tradicionales.

La nueva cultura digital global encuentra aliados estratégicos: el aumento exponencial de datos circulando digitalmente, la velocidad de su procesamiento y el abaratamiento de costos de almacenamiento; en menos de dos décadas el costo de archivar digitalmente la totalidad de la Biblioteca del Congreso de EE.UU., disminuyó de USD 200.000, en 2001, a tan solo USD 180 en la actualidad.

La magnitud de los datos sanitarios (big data) crece de modo astronómico, en solo dos años los datos médicos se duplicarán cada 73 días, toda persona a lo largo de su vida generará un millón de gigabytes de datos de su salud, solo en 2016 se publicaron 1.261.379 de trabajos científicos, en EE.UU. en 2015 se generaron 60.000 millones de imágenes médicas, durante el año 2018 se generaron 318.000 aplicaciones móviles en salud (health apps).

Las Naciones Unidas, a través del Comité Internacional de Bioética, ha elaborado durante 2017, un reporte sobre big data y salud, en donde se advierte la contribución del uso de big data para la salud, y al mismo tiempo la necesidad de evitar que el avance y las investigaciones puedan violar los derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales y en particular en la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos.

El volumen de datos médicos y científicos generados hace imposible que cualquier médico/a, estén en condiciones de mantenerse debidamente actualizados; esta situación resiente un deber galénico repetido desde tiempo inmemorial, vinculado a la obligación de actualización permanente, aquí se observa claramente, en términos de responsabilidad profesional un necesario replanteo crítico de la tesis tradicional.

Es así que hoy en día existen formas concretas de utilizar los recursos de salud de un modo diferente a las de antaño, la medicina digital, la telemedicina y la inteligencia artificial son los ejemplos paradigmáticos de esta nueva era que nos obligan a repensar ciertas concepciones jurídicas tradicionales, del campo del derecho de daños y del derecho de consumo, o al menos a revalorizar las conductas humanas en tales ámbitos.

Categorías jurídicas incommovibles, como las denominadas obligaciones de medios, en donde el médico/a solo compromete el despliegue de una actividad diligente y prudente, se verán amenazadas cuando, a través del aprendizaje e inteligencia artificial los márgenes de error diagnóstico, por ejemplo, serán prácticamente inexistentes.

II. Medicina digital. Riesgos y beneficios

El avance de la telemedicina, en particular las teleconsultas mediadas por dispositivos digitales, conlleva algunos riesgos cuando su uso es omnipresente y la relación virtual reemplaza el contacto personal, en ese sentido se ha advertido el riesgo de empobrecimiento de la clínica, por la abrumadora cantidad de información médica disponible y la exaltación del fenómeno del big data, que obligan a médicos/as a un gran derroche de tiempo en búsquedas bibliográficas, limitando el contacto físico y presencial con los pacientes y sus familias.

La explosión digital en las relaciones humanas también potencia la "cultura de la inmediatez", donde todas las respuestas se requieren de modo rápido; la ausencia de reflexión, y sobre todo de cautela, se expresa en las relaciones virtuales, donde la presencia física se reemplaza por la intermediación de un monitor o pantalla. La telemedicina, y en particular el uso de redes sociales en la atención médica, también aumentan de modo exponencial.

El riesgo más temido vinculado a la sobreutilización de relaciones clínicas digitales es la deshumanización y degradación de las relaciones humanas. Con claridad se ha advertido que esos canales de comunicación

"...cuando se convierten en omnipresentes, no favorecen el desarrollo de una capacidad de vivir sabiamente, de pensar en profundidad, de amar con generosidad. Los grandes sabios del pasado, en este contexto, correrían el riesgo de apagar su sabiduría en medio del ruido dispersivo de la información. Esto nos exige un esfuerzo para que esos medios se traduzcan en un nuevo desarrollo cultural de la humanidad y no en un deterioro de su riqueza más profunda. La verdadera sabiduría, producto de la reflexión, del diálogo y del encuentro generoso entre las personas, no se consigue con una mera acumulación de datos que termina saturando y obnubilando, en una especie de contaminación mental. Al mismo tiempo, tienden a reemplazarse las relaciones reales con los demás, con todos los desafíos que implican, por un tipo de comunicación mediada por Internet. Esto permite seleccionar o eliminar las relaciones según nuestro arbitrio, y así suele generarse un nuevo tipo de emociones artificiales, que tienen que ver más con dispositivos y pantallas que con las personas y la naturaleza. Los medios actuales permiten que nos comuniquemos y que compartamos conocimientos y afectos. Sin embargo, a veces también nos impiden tomar contacto directo con la angustia, con el temblor, con la alegría del otro y con la complejidad de su experiencia personal. Por eso no debería llamar la atención que, junto con la abrumadora oferta de estos productos, se desarrolle una profunda y melancólica insatisfacción en las relaciones interpersonales, o un dañino aislamiento"⁽¹⁾.

El deterioro y la deshumanización se relacionan con el uso excesivo de la comunicación digital, pero, además, su mal uso también podría conllevar a una degradación de la práctica profesional. En este sentido las consultas médicas realizadas de modo virtual han sido criticadas por sectores gremiales, el representante de Asociación de Médicos de la Actividad Privada ha manifestado que se trata de un negociado de las empresas de medicina prepaga, cuyo objetivo sería la reducción de gastos y la precarización laboral de los médicos; en tal sentido manifestó: "Esta modalidad no es medicina. Es un negocio, ya que la telemedicina debería ser una solución a los problemas de las personas que no tienen acceso a la salud y no una metodología de atención en lugares donde hay un sanatorio o un hospital en las cercanías (...) todo va camino a hacer de esto un negocio ya que cuatro de cada tres consultas se resuelven por vía telefónica. ¿Quién gana? Las empresas de salud, que reducen costos y multiplican ingresos económicos".

En la inmensa mayoría de los casos, en nuestro medio ⁽²⁾, los médicos no cobran honorarios por las consultas realizadas en soportes digitales, cualquiera sea su modalidad: WhatsApp, SMS, email, se trata de una práctica generalizada, en donde médicos y pacientes comparten indicaciones y consejos sobre el proceso de atención, sin llegar a tener noción de la responsabilidad y consecuencias que genera el consejo virtual, ya que se trata de un auténtico acto médico. De todas formas, algunos seguros de salud prepagos y servicios de asistencia médica al viajero ya comenzaron a utilizar plataformas digitales para consultas no presenciales.

Del mismo modo, pueden mencionarse otros riesgos y desventajas de la comunicación médica virtual, no presencial:

- Limitar el encuentro personal en la relación, aspecto esencial y necesario para un proceso de escucha activa y comunicación efectiva.
- Empobrecimiento de la comunicación y el lenguaje, exaltación de datos y minimización de la clínica ⁽³⁾.
- Generación de riesgos y contingencias legales cuando el acto médico digital no se transcribe a la Historia Clínica o Ficha de Atención Ambulatoria.
 - Fragilidad sobre la posibilidad de auditoría del acto médico digital.
 - Puede socavar la confidencialidad de los datos y la intimidad de pacientes.
 - Puede generar riesgos por comprensión equívoca de indicaciones por errores de tipeo o de autocorrección de los dispositivos.
 - Podría generar incertidumbre médico-legal por la ausencia de un marco regulatorio específico.
- No está claro cuál sería el ámbito o la jurisdicción que determine la responsabilidad de los actores, ya que pueden realizarse consultas desde diferentes regiones del país, donde el consultor no se encuentre debidamente inscripto en la matrícula que le permita ejercer la profesión en el lugar de residencia del paciente consultante.
- El riesgo del uso de celulares en áreas críticas (terapias intensivas, quirófanos, unidades coronarias) en infecciones por contaminación cruzada y la interferencia electromagnética.

Los beneficios que plantea la era digital en medicina aparecen también de modo claro, tal es así que un sector de la comunidad médica, como la Sociedad de Medicina Participativa ha declarado que la atención mediada por medios digitales constituye "... un modelo de salud cooperativa que busca la involucración activa de pacientes, profesionales, cuidadores y otros agentes del proceso de la atención sobre todos los aspectos relacionados con la salud de los individuos. La medicina participativa es un enfoque ético del cuidado que

además promete mejorar los resultados clínicos, reducir los errores médicos, mejorar la satisfacción del paciente y disminuir los costos del cuidado sanitario...".

La telemedicina es una herramienta efectiva que contribuye a la equidad y a la mejora en la accesibilidad al derecho a la salud; en la Argentina existen ya interesantes experiencias en la materia, variadas en objetivos y extensión, en el ámbito privado (4). Pero se destaca especialmente el programa de telemedicina operado por el Hospital de Pediatría Dr. Juan P. Garrahan, a nivel público, en cuyo ámbito se atenderían actualmente unas 70.000 consultas anuales, observándose una sensible disminución de las derivaciones desde el interior del país (con ahorro en traslados y costos económicos, pero, además, con habilitación de la continuidad en la actividad educativa y laborales de los pacientes en sus lugares de residencia), promoviéndose la continuidad en la atención médica y la actualización continua de conocimientos por parte de profesionales que desempeñan su actividad en zonas alejadas de la metrópoli.

El uso prudente y racional de la comunicación digital, entre médicos y pacientes, podría generar además las siguientes ventajas:

- Es una forma de comunicación rápida, efectiva y económica.

- Se utiliza a través de dispositivos accesibles (Smartphone, tableta, PC), además, ya existen en el mercado, plataformas digitales que permiten tener disponible la historia clínica y estudios complementarios de cada paciente en el celular del médico tratante.

- Mejora algunos estándares de seguridad y atención (alertas, seguimiento, adherencia a tratamientos, etcétera).

- Ofrece respuestas efectivas para cuestiones administrativas (turnos) y en lectura de resultados de exámenes complementarios.

- Mejoran la comprensión de las indicaciones y tratamientos, propiciando elevados niveles de adherencia a los tratamientos.

III. Inteligencia artificial y atención médica

Se ha definido a la inteligencia artificial (IA) como "...una disciplina que estudia y desarrolla artefactos operativos que exhiben propiedades de autonomía, interoperabilidad o interacción y que pueden aprender de esas interacciones"(5). La IA impacta de algún modo en miles de millones de personas, el desarrollo de información algorítmica moldea el ritmo de nuestras vidas de modo inadvertido en la mayoría de los casos, desde la ruta que debemos utilizar para llegar al trabajo, la cantidad de calorías que debemos gastar y consumir, la determinación de nuestra capacidad crediticia, la chance de contraer determinada enfermedad, hasta la posibilidad de predecir y advertir la evolución de commodities y la logística en transportes multimodales.

En el ámbito propio del derecho, la aplicación de la IA, sobre todo en procesos judiciales es una de las aplicaciones de mayor proyección a nivel global, se trata del desarrollo de sistemas "recomendadores", que evalúan y procesan cantidades abrumadoras de precedentes aplicables a un determinado caso judicial, que no estarían disponibles al alcance de la inteligencia humana del fiscal o del juez. De todas formas, la sinergia entre la IA y el ámbito judicial aún es tenue y se requiere de mayor investigación y profundización (6).

La IA, como toda poderosa herramienta, dependerá también del uso que se le confiera, pendulando su utilización entre la búsqueda del máximo bienestar humano, hasta el desarrollo de Sistemas Armamentísticos Autónomos Letales (SALA, por sus siglas en inglés), generando una auténtica tercera revolución bélica, después de la pólvora y las armas nucleares. A tal punto llega la preocupación global, que Izumi Nakamitsu, la alta representante para Asuntos de Desarme de la ONU, advirtió que este nuevo tipo de tecnologías se traduce en métodos y medios de librar una guerra "con consecuencias inciertas, eventualmente indeseables" y destacó la necesidad de "llegar a un consenso sobre un entendimiento común con respecto a los posibles límites del grado de autonomía en el uso de la fuerza letal".

Pero, más allá de los riesgos descriptos, los beneficios de la IA son poderosos y aún indeterminados en cuanto a sus futuras aplicaciones prácticas, la propia Unesco, a través de su directora general, ha indicado que la IA "podría ayudar a la humanidad a superar muchos problemas sociales graves a los que se enfrenta, pero plantea al mismo tiempo una serie de desafíos complejos, sobre todo en materia de ética, de derechos humanos y de seguridad. Ahora bien, no existe en este momento ningún marco ético internacional que se aplique a todos los adelantos y aplicaciones de la IA. Es indispensable un instrumento normativo internacional", pero en cuyo diseño las consideraciones extrajurídicas resultan sustanciales. En este sentido, se viene afirmando que debemos pensar qué metas y parámetros establecemos a su respecto, considerando las implicancias sociales, éticas, políticas y estratégicas de otorgar a estos sistemas cada vez más independientes, capacidades para la toma de decisiones sobre nuestras vidas (7).

La Asamblea General de Naciones Unidas en 2016 con motivo del lema: "Transformar nuestro Mundo: La agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible" estableció que la expansión de las TICs y la interconexión mundial brindan una gran oportunidad para acelerar el progreso humano, avanzar en la sociedad de conocimiento, reducir la brecha digital, indicando un impacto similar de la innovación científica y tecnológica, por ejemplo, en la medicina.

El poder de la IA es de tal magnitud que se la llega a considerar como un nuevo factor de producción, con gran poder de inclusión social, tal como se ha comprobado en el aprendizaje personalizado con algoritmos que permitió un aumento del éxito escolar en un 15%, el costo de secuenciar genomas cayó cinco veces más que lo previsto en la ley de Moore, ampliando la accesibilidad en medicina personalizada, el modelo de la IA Watson contribuyó a la detección temprana de enfermedades a partir del reconocimiento automático de imágenes, en procedimientos estatales el tiempo invertido en trámites se reduce en más del 75%.

La utilización de la IA en salud es una de las áreas de mayor desarrollo y con mayor posibilidad de uso, en particular en análisis predictivos, medicina de precisión y apoyo a las decisiones clínicas.

La IA puede entender el lenguaje natural en sus distintas formas de expresión, tales como texto, palabra e imágenes, una vez procesada la información y aprendida, la IA podrá realizar juicios de razonamiento pudiendo responder preguntas con cierto grado de inferencia, a medida que se va desarrollando un mayor volumen de datos y entrenamiento el sistema de la IA será considerablemente más experto.

El riesgo de discriminación de parte de sistemas de la IA está vigente, ya que dependerá del proceso por el cual es entrenado, en la medida en que en el mismo existan riesgos de estigmatización en los algoritmos. Tres décadas atrás se implementó un algoritmo para automatizar la primera etapa de admisión de estudiantes de medicina, se construyó sobre la base de "datos históricos" y tuvo una precisión del 95% respecto de lo que hubieran decidido humanos, pero luego se pudo advertir que se otorgaba menos puntaje a las mujeres y a grupos de minorías étnicas, no es que el algoritmo discriminó, sino que aprendió sobre datos históricos, allí claramente se comprobó el riesgo de perpetuar el estigma.

Otro de los riesgos de los sistemas de la IA es la confusión entre correlación y causalidad, otro ejemplo sirve para demostrar la falacia: En EE.UU. la esperanza de vida es superior para quienes conducen un Mercedes Benz, ya que se supone que quien tiene ese vehículo tiene un ingreso superior al promedio y mejores condiciones de vida; pero ello no significa explicación causal, ya que si alguien, con menos ingresos, gasta todo lo que tiene en comprar un Mercedes, no solo no va a vivir más, sino seguramente menos, dado el impacto catastrófico que generará semejante gasto.

De todas formas, hasta ahora las ventajas que ofrece la IA aplicada a la salud, exceden ostensiblemente a esos riesgos, sobre todo en la mejora de atención médica y en la seguridad del paciente, considerando, en especial, que los errores médicos provocan un significativo daño, y es la tercera causa de muerte, luego del cáncer y las enfermedades cardiovasculares.

La capacidad para el reconocimiento de imágenes de la IA es impresionante, en 2016 Google se asoció con el NHS (Sistema Nacional de Salud) para acceder a imágenes oftalmológicas. En solo cinco meses se anunció que se había desarrollado un sistema de aprendizaje profundo para reconocer daños en la retina producidos por la diabetes con una precisión que igualaba a la de oftalmólogos especialistas certificados. Al año siguiente una publicación determinó que un sistema podía clasificar imágenes de tumores de piel entre benignos y malignos con la misma precisión que los dermatólogos certificados. En el mismo año, un sistema de IA podía diagnosticar 14 ritmos cardíacos diferentes a partir de tiras de ritmo con la misma precisión que los cardiólogos [\(8\)](#).

Sin embargo, el fantasma del reemplazo de máquinas autónomas y su dominación sobre el ser humano, no tiene asidero científico, ya que la IA nunca podrá reemplazar habilidades y sentimientos humanos insustituibles, tales como el sentido común, la valoración moral, el planteo de dilemas éticos, la compasión, entre otros; en 1964, Thomas Watson Jr., presidente de IBM, en uno de los períodos de mayor crecimiento y expansión de la tecnología decía "Las máquinas pueden darnos más tiempo para pensar, pero nunca van a pensar por nosotros".

En solo dos décadas es altamente probable que se asista a un cambio único en la historia de la humanidad a través de la teoría de la "singularidad", que plantea una simbiosis entre el cerebro humano y la tecnología, existirán posibilidades de conexión entre el neocórtex a la nube de forma inalámbrica, generando un sistema híbrido de pensamiento biológico y tecnológico [\(9\)](#).

El principio de precaución y la primacía de la dignidad humana deberían primar frente a la posibilidad de un crecimiento desmesurado e incontrolable de los procesos de la IA, una de sus aplicaciones más potentes, como es la robótica ya ha acaparado la atención de organismos internacionales. En efecto, en su informe sobre la ética

de la robótica, publicado en noviembre de 2017, la Comisión Mundial de Ética del Conocimiento Científico y de la Tecnología de la Unesco (Comest) propone un marco ético basado en la tecnología, con el fin de formular recomendaciones sobre la ética de la robótica basadas en la distinción entre robots deterministas y robots cognitivos. El informe resalta también valores y principios éticos que pueden contribuir a establecer una reglamentación a todos los niveles y de forma coherente, que va desde códigos de conducta para ingenieros hasta legislaciones nacionales y convenios internacionales. Los valores y principios éticos puestos de relieve son la dignidad humana, la autonomía, el respeto de la vida privada, la seguridad, la responsabilidad, la beneficencia y la justicia. El principio de la responsabilidad humana es el hilo conductor que conecta los diferentes valores examinados en este informe. La Comest formula también una serie de recomendaciones específicas relacionadas con la aplicación de tecnologías robóticas, que van desde la elaboración de códigos de ética para especialistas en robótica hasta advertencias contra el desarrollo y el uso de armas autónomas.

Ese tipo de recomendaciones requieren de una valoración circunstanciada y adaptada a las idiosincrasias locales. En este sentido, por ejemplo, los robots de cuidado para personas enfermas o ancianas, resultan ya un recurso implementado con éxito en Japón [\(10\)](#), siendo que en nuestro medio se piensa en la necesidad de definir políticas públicas que ayuden a democratizar las tareas de cuidado en el marco de un Sistema Nacional de Atención —humano—, que considere a dicho trabajo como una actividad formal [\(11\)](#), sistema que por lo demás, podría de algún modo mitigar la pérdida de puestos de trabajo que acarrear la implementación de los avances tecnológicos en el ámbito de la salud.

IV. Normativa relevante

Nuestro país no cuenta con una legislación integral sobre el tema bajo estudio, aunque se ha presentado ya algún Proyecto de Ley de Fomento a la Investigación y Desarrollo de la Telemedicina, contemplándose la actividad en la normativa presupuestaria nacional.

En rigor de verdad, cabe preguntarse si tiene sentido el dictado de una norma general para la materia, en función de su naturaleza y características o más bien resulta preferible el seguimiento de los avances en telemedicina por un cuerpo estatal que integre a la autoridad de Salud y de Telecomunicaciones, considerando la legislación sanitaria relevante y posponiendo una eventual regulación para el futuro, cuando exista mayor experiencia al respecto.

De hecho, en la profusa legislación sanitaria vigente en la Argentina, existen variadas pautas para enmarcar la actividad bajo análisis. En este sentido, por ejemplo, la Ley de Ejercicio de la Medicina 17.132/1967, en su art. 20, inc. 7º, prohíbe a los profesionales que ejerzan la medicina "...aplicar en su práctica privada procedimientos que no hayan sido presentados o considerados o discutidos o aprobados en los centros universitarios o científicos reconocidos del país", disposición que por defecto, habilita las prácticas de telemedicina a nivel privado, en razón de la presencia y evolución de esta actividad en los medios científicos locales.

El Código Civil y Comercial de la Nación contiene una serie de disposiciones importantes para la materia. Así por ejemplo, su art. 53 requiere de consentimiento "...para captar o reproducir la imagen o la voz de una persona, de cualquier modo que se haga...", salvo excepciones. Por su parte, los arts. 58 y 59 del Código unificado brindan pautas concretas sobre el proceso de información y consentimiento que debe preceder a dicha transmisión, de tal modo que esta resulte lícita y avalada por profusa legislación especial (p. ej., Ley de Derechos del Paciente 26.529/2009 y dec. regl. 1089/2012).

Por lo demás, las comunicaciones electrónicas y digitales también cuentan con especial protección en el art. 153 del Cód. Penal (que castiga la violación de comunicaciones electrónicas); en la Ley de Protección de Datos Personales, 25.326/2000 (que fija principios generales relativos a la protección de datos, describe los derechos de sus titulares y acciones ante su violación); y la ley 25.506/2001 de Firma Digital (que reconoce el empleo y eficacia jurídica de las firmas electrónica y digital, disponiendo sobre las certificaciones correspondientes, responsabilidades y sanciones aplicables).

V. Telemedicina: consideraciones sobre su impacto en materia de responsabilidad civil y derecho de consumo

La atención profesional por telemedicina sin duda significa cambios relevantes en la relación médico paciente, que se van advirtiendo con la experiencia e impactarán en los tradicionales enfoques propios del juzgamiento de la responsabilidad profesional y el derecho del consumidor.

Veamos algunos aspectos:

V.1. La cuestión de la identificación de las partes en la atención médica

Antaño, una indicación médica telefónica, como cualquier prescripción no presencial, normalmente habría

sido cuestionada por la justicia, considerándose la ilícita, por asumirse la falta de calidad de atención de cualquier diagnóstico o prescripción no precedido de una atención personal. Pero en el contexto de la telemedicina es natural la supresión de la consulta "cara a cara", también de la confidencialidad del encuentro e intercambio en un sitio privado, con variadas consecuencias.

En algunas de sus expresiones, la telemedicina se utiliza para resolver dudas sobre la salud, que —supuestamente— son respondidas por profesionales médicos desde la comodidad del celular. El uso anónimo de este recurso es aún posible en muchos países. Sin embargo —por ejemplo— el Comité Permanente de Médicos Europeos (12), ha recomendado que se impida tal uso anónimo, con independencia del carácter comercial o no comercial del servicio (13). En este sentido, la Directiva 2000/31/CE (14), referida particularmente al correo electrónico, dispone sobre la información mínima que tiene que ofrecer sobre sí el prestador del servicio: nombre, dirección geográfica, título profesional, nombre del organismo, Estado y número bajo el cual están registrados.

Las prácticas de telemedicina también requieren de una identificación adecuada de los pacientes, presentándose en su ámbito situaciones nuevas, con intervención de personas en la consulta que no lo harían en un espacio no mediado por la tecnología y que, sin duda serían excluidas de la atención presencial. Así, por ejemplo, en más de un caso de atención a distancia mediante videoconferencia, se ha observado la asistencia de un paciente junto con un abogado. Pensamos que deben desalentarse estas conductas, que desnaturalizan el buen cuidado de la salud.

Por su parte, en supuestos de atención vía correo electrónico, whatsapp u otros medios afines, corresponderá la adopción de accesos restringidos con claves de identificación, también acordes al principio de privacidad.

V.2. Empleo de imágenes

Hace a una realidad cotidiana la posibilidad de transmitir imágenes a sitios remotos, mediante teléfonos celulares y computadoras, por procedimientos cuya seguridad resulta difícil de asegurar, involucrando a expertos ajenos al equipo tratante. A su vez, la videograbación de consultas enfrenta a los operadores de salud ante la duda sobre la necesidad de videograbar y conservar las filmaciones de actos médicos que normalmente no se registran en la atención presencial.

Ante ello, cobra importancia el art. 53 del Código unificado, que reconoce un derecho personalísimo a la imagen, protegiéndola cualquiera sea el modo en que esta se exprese, suponiendo un control que no solo atañe a la difusión, sino que permite oponerse a la captación, a la conservación y a la reproducción de la misma por un tercero (15). La norma incluye una novedosa protección especial para la voz de las personas, aunque para la mayoría de nuestra doctrina, esta "...constituye el reflejo sonoro de la imagen y configura junto con esta la identidad externa de una persona" (16).

Las prácticas de telemedicina imponen extremar los cuidados, ya que, en su caso, la posibilidad de envío y reenvío de fotografías contribuye a una despersonalización que puede favorecer el uso no consentido de imágenes de pacientes.

V.3. Nuevas conformaciones de los equipos de salud. Valoración de la responsabilidad por los operadores jurídicos

Más allá de los variados factores antes expuestos, la calidad de la atención mediante telemedicina se hallará siempre condicionada por la conectividad suficiente, significando una nueva conformación de los equipos de salud, donde la actividad de ingenieros y especialistas en sistemas será determinante. Además, observaremos otras diferencias sustanciales en cuanto a la organización de las prestaciones de servicios, en tanto las prácticas muchas veces aunarán la labor de un "profesional requirente o primario" con otro "profesional especialista", de distintas instituciones e incluso con sede en distintos países.

Desde el punto de vista jurídico, ello podrá significar la necesidad de recurrir a disciplinas como el derecho internacional privado, para juzgar la acreditación de un servicio de salud extranjero, el reconocimiento de un servicio internacional, el análisis de la jurisdicción y la aplicable, en caso de juzgarse la responsabilidad civil.

Por lo demás, desde la concepción del derecho interno argentino, podrá seguir considerándose que los distintos responsables de una atención médica a distancia injustificadamente dañosa, deberán indemnizar a los damnificados en base a una obligación concurrente (arts. 850 a 852, Cód. Civ. y Com.). De allí que estos puedan accionar contra los agentes de salud y acaso contra los responsables de una inadecuada conectividad, pudiendo exigir la reparación de cualquiera de ellos. Una vez satisfecho el crédito, el solvens podrá exigir el regreso de parte de los codeudores, con base en las relaciones causales que originen la concurrencia (art. 851 inc. h), Cód. Civ. y Com.).

Cabe también preguntarse si esta nueva modalidad de atención significará algún cambio en los tradicionales

seguros de responsabilidad civil que, entre sus variados límites, tradicionalmente imponen restricciones territoriales.

V.4. Aplicaciones móviles sobre salud ("apps")

Hemos mencionado que se ha extendido el uso de aplicaciones que se descargan de los teléfonos móviles, que permiten estimar riesgos de enfermedades (p. ej.: aterosclerosis), hacer diagnóstico (p. ej.: de ictericia neonatal) y monitoreo (p. ej.: de enfermedad bipolar), en las que quien está al otro lado del teléfono no es un profesional que analiza el caso concreto, sino más bien un dispositivo de inteligencia artificial comercializado por un empresa, que bien puede ofrecerse "gratuitamente", en realidad tendrá un costo cargado en la tarifa del móvil o bien se traducirá en el recibo de publicidad no solicitada.

Algunos de estos programas contendrían problemas de calidad —como indicación de dosis inadecuadas de medicamentos, falta de información de interacción entre drogas— y su descarga sería generalmente captada por empresas de obtención y difusión de datos masivos, sin conocimiento, ni consentimiento de los interesados; para luego venderse los datos sensibles a potenciales empleadores, aseguradores y bancos, generando discriminación por razones de salud (17).

A su respecto nuestra doctrina debe aún desarrollar criterios específicos, en tanto estos servicios no entrañan una nueva forma de atención profesional, sino un empoderamiento de los individuos para el manejo de cuestiones propias de su salud, en el contexto de una relación de consumo. El usuario será aquí una persona física (...) que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social) (18), y el derecho deberá intentar que el potente estatuto del consumidor no sucumba en las fragilidades que depara el mundo virtual.

VI. Palabras finales

El sistema de salud asistencial digital que ya coexiste en nuestro medio con el modelo médico tradicional hipocrático, constituye una verdadera novedad para el mundo jurídico, frente al acecho de la deshumanización y el riesgo distópico del avance de las relaciones clínicas virtuales mediadas por el uso de redes sociales, se presenta una gran oportunidad para redefinir la relación médico/paciente, en donde la presencia, "el escuchatorio", continúen siendo la parte medular el ejercicio profesional, y donde todo aquel acercamiento virtual sea el complemento auxiliar de ese "encuentro entre una conciencia y una confianza".

La necesidad del contacto personal en la vinculación clínica indica la imposibilidad de mantener relaciones entre el equipo de salud-pacientes exclusivamente virtuales, debe precisarse siempre la necesidad de un contacto personal, cara a cara; en este sentido el Código de Ética de la Confederación Médica Argentina establece en el art. 115 que "No son éticas las prácticas inspiradas en el charlatanismo, las carentes de base científica y que prometen a los enfermos curaciones; los procedimientos ilusorios o insuficientemente probados que se proponen como eficaces; la simulación de tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas; el uso de productos de composición no conocida; y el ejercicio de la Medicina mediante consultas realizadas exclusivamente por carta, teléfono, radio, prensa o Internet".

Por todo lo expresado resulta necesario armonizar un modelo médico hipocrático con un sistema asistencial digital, ello redundará en relaciones médico-paciente seguras, de calidad y respetuosas de la dignidad humana. Repetidamente se ha indicado que la medicina es la más humana de las ciencias y la más científica de las humanidades, la medicina digital, la telemedicina y la inteligencia artificial deberían enmarcarse dentro de esa definición, ni tecnofobia ni tecnolatría o tecnosabiduría. En términos aristotélicos, el justo medio: ser amos de la tecnología, no sus esclavos.

(*) Abogada en ejercicio. Doctora de la Universidad de Buenos Aires (área Derecho Privado). Profesora titular de Obligaciones Civiles y Comerciales (Derecho-UBA). Integrante de la Comisión de Bioética, Código Civil y Comercial de la Nación.

(**) Abogado en ejercicio. Diplomado en Salud Pública. Jefe del Departamento Riesgo Médico Legal Htal. Muñiz. Coordinador Área Promoción de Derechos Fundación Huésped. Coordinador Comité Bioética Sanatorio Finochietto.

(1) Santo Padre Francisco, Carta Encíclica *Laudato Si*, sobre el cuidado de la casa común, 1ª ed., Conferencia Episcopal Argentina. Oficina del Libro, Buenos Aires, Argentina, 2015, apartado 47.

(2) En EE.UU., el sistema Medicare ha incorporado un nuevo código (CPT code 99490) para el pago de honorarios por consultas virtuales for non-face-to-face care coordination services.

(3) Flichtentrei, D., "Matando emoticones a garrotazos", Puntos de vista. Cerebro clínico, Intramed, Buenos Aires, 6/2/2018. <http://www.intramed.net/contenido.asp?contenidoID=92030>, acceso el 7/2/2018.

(4) Existen asociaciones dedicadas a la "Telemedicina" y a la "Telesalud" a nivel nacional e internacional, como la recientemente creada Asociación Civil de Telemedicina de la República Argentina (ACTRA).

(5) Dignum, Virginia, directora ejecutiva del Delft University Center on Design for Values, en "High-Level Hearing: A European Union Strategy for Artificial Intelligence", 27/3/2018, disponible al 1/10/2018 en https://ec.europa.eu/epsc/events/high-level-hearing-european-union-strategy-artificial-intelligence_en.

(6) Moguillansky, Martín O., "Inteligencia artificial y derecho - Realidades y ficciones (Parte I)" Diario Penal, nro. 178 del 2/2/2018.

(7) Crootof, Rebecca, directora ejecutiva del Information Society Project, Yale Law School, en "High-Level Hearing: A European Union Strategy for Artificial Intelligence", cit.

(8) Gillam, Michael, "E-Salud, el futuro del bienestar", en Beliz, G., Algoritmolandia, 1ª ed., Planeta Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018.

(9) ¿La inteligencia artificial es una realidad virtuosa?, en www.lanacion.com.ar/2106776.

(10) Ver por ejemplo la nota titulada "Enfermeras robots cuidan a los ancianos solitarios de Japón", disponible al 1/10/2018 en <https://www.youtube.com/watch?v=1hATHelD598>.

(11) Conf. Cámara de Representantes, 15/6/2017, disponible al 1/10/2018 en <http://laborlegislativa.com/valorar-y-reconocer-la-tarea-de-cuidado/>.

(12) Organización matriz que representaría a 1.6 millones de médicos.

(13) Vitolo, Fabián, "Nuevas tecnologías. Nuevos riesgos", en Biblioteca Virtual Noble, octubre de 2011, p. 4.

(14) Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), Diario Oficial L 178 de 17/7/2000 p. 0001-0016, disponible al 25/4/2018 en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0031:Es:HTML>.

(15) Este tema fue discutido en un interesante precedente resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, conocido "Asunto de la Flor Cabrera c. España (Demanda no 10764/09)", Estrasburgo, 27/5/2014; disponible al 23/2/2016 en <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427055095?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disp>

(16) Pizarro, Ramón D., Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1997, p. 245, doctrina y jurisprudencia allí citadas. En contra, Leiva Fernández, Luis, "El derecho personalísimo sobre la propia voz", LL 1990-A-845, quien considera que se debe una protección autónoma a la voz.

(17) Estudio del Institute for Science, Law, and Technology at IIT Chicago-Kent College of Law, EE.UU., sobre la base de 200 aplicaciones de celulares, conf. ponencia titulada "Fundamental Rights, Privacy and Mobile Medical Apps", presentada por la profesora Lori Andrews, directora de ese instituto en el 7º Encuentro Interdisciplinario organizado por el proyecto UBACYT Lectores para la Justicia, titulado "Cómo leemos y cómo nos leen. El impacto de la tecnología en la cultura" (Salón Rojo, Facultad de Derecho-UBA 8/11/2017).

(18) Conf. art. 1º. Ley de Defensa del Consumidor 24.240, sustituido por punto 3.1 del Anexo II de la ley 26.994, BO 8/10/2014 Suplemento. Vigencia: 1 de agosto de 2015, texto según art. 1º de la ley 27.077, BO 19/12/2014).