

INCIDENCIA DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL SEGURO DE PERSONAS.

LOS RECIENTES AVANCES TECNOLÓGICOS EN EL CAMPO DE LA MEDICINA. SU INCIDENCIA EN EL SEGURO Y EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL

por los Dres. Alberto A. Alvarellos

y Gustavo Bosco

Introducción

Las noticias periodísticas nos dan cuenta del incremento de la llamada "*telemedicina*", desde el uso cada vez más frecuente de las llamadas consultas *on line* hasta la realización de complejas intervenciones quirúrgicas practicadas "*a la distancia*".

La Asociación Americana de Telemedicina ha definido a esta práctica como "el intercambio de información médica de un sitio a otro a través de comunicaciones electrónicas", como las fotografías digitales y las videoconferencias.

En "Clarín" del 28.03.06 una nota sobre este tema informa que " las radiografías, electrocardiogramas o signos vitales de un paciente en Albany, capital del Estado de Nueva York, pueden ser leídos o interpretados por un cardiólogo o un radiólogo en otra ciudad, de la misma manera que si tuviera al paciente en su consultorio" .

Este formidable instrumento tecnológico, la par que puede ayudar a salvar vidas y a mitigar el dolor, provocará, seguramente, importantes consecuencias en el seguro de personas y en la responsabilidad civil emergente de las mencionadas prestaciones médicas.

Intentaremos en esta comunicación esbozar algunos de las cuestiones que habrán de presentarse a raíz de esta novedosa situación.

Los seguros de personas y las prestaciones asistenciales

La salud como riesgo cubierto y como bien jurídicamente protegido

Coincidimos con el criterio del Dr. Eduardo Baeza quien, en el proyecto de ley para los seguros de vida, al referirse a aquellos que cubren el riesgo de enfermedad menciona que *“cuando el riesgo asegurado sea la enfermedad, la aseguradora puede obligarse a abonar una prestación en caso de diagnóstico*

de una enfermedad, prescripción de un tratamiento o bien, a pagar o reembolsar gastos de asistencia médico – farmacéutica o tratamientos de rehabilitación del asegurado, prestados por terceros. Si la aseguradora asume directamente la prestación de asistencia médico – farmacéutica, la realización de tales servicios se efectuará dentro de los límites y condiciones que las disposiciones reglamentarias determinen".¹

Pese a que la prestación del asegurador se encontrará limitada por las pautas y condiciones que fijen las condiciones reglamentarias, debemos recordar que la salud es en sí misma un derecho natural de la persona, previo a cualquier reglamentación, inclusive a normas constitucionales. Ha sido definida por la Organización Mundial de la Salud (OMS) como "*el completo estado de bienestar físico, psíquico y social*", sosteniéndose que todo ser humano tiene derecho a gozar de la misma tanto en el aspecto físico como psíquico.

En consonancia con lo expuesto, señalamos que en nuestro país, la Argentina, existe, a partir de la reforma constitucional de 1994, un reconocimiento expreso del derecho a la salud inserto en el texto de la Carta Magna, cuya protección efectiva tiene una relación directa con el derecho a la vida y la integridad psicofísica. Se trata de un derecho fundamental para todo ser

¹ Artículo 224 del Proyecto de Reformulación del Marco Legal de la Actividad Aseguradora. Proyecto ARG94-018 Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (Baeza, Eduardo Federico – López Saavedra, Domingo y otros)

humano sin distinción de raza, religión, credo político, condición social o económica, que resulta una precondition para la realización una vida plena.

Los interrogantes en el campo jurídico

a. La relación médico paciente

Quienes actuamos profesionalmente en el ámbito del seguro y en el de la responsabilidad civil venimos sosteniendo desde hace varios años - concomitantemente con el llamado auge de la responsabilidad civil médica- que la gran causa del incremento del número de demandas en esta materia obedece al deterioro de la relación médico- paciente. Y para sostener tal aserción nos remontamos a épocas pretéritas en las que toda la asistencia sanitaria de la familia se hallaba en manos de un solo profesional, convertido por el trato habitual entablado en uno más del grupo familiar, en las que eran infrecuentes los juicios por "*mala praxis*".

La existencia de distintos especialistas a los que se consulta sin pasar antes por el médico de cabecera y que se abocan sólo al estudio y atención de una "parte" del paciente, sin conocer toda su problemática; la despersonalización de la medicina, producida por nuevos modos de prestación asistencial, realizada hoy por empresas que han reemplazado al médico individual y, en gran medida, los

avances tecnológicos que, al tiempo que permiten conocer más sobre la patología que afecta al enfermo, debilitan el vínculo entre éste y el galeno, han hecho que aquella relación cuasi familiar entre médico y paciente se convirtiera en un distante trato.

Nuestra prédica en aras al robustecimiento de la relación médico paciente como un medio para disminuir el número de demandas pero, también, en aras de robustecer ese vínculo con la finalidad superior de que el enfermo se encuentre acompañado por el profesional durante su dolencia, aparece claramente cuestionada por el avance de la telemedicina.

No podemos imaginar que pueda cultivarse una relación entre el facultativo que opera a miles de kilómetros de distancia y el enfermo sometido a la intervención quirúrgica y tampoco podemos advertir qué vínculo habrá de entablarse al diagnosticar un galeno de Nueva York el mal que afecta a un hombre que vive en Buenos Aires.

Valoramos la irrupción de la tecnología al servicio de la medicina, recordando que la finalidad última de ésta es la protección de la salud y, en definitiva, de la vida. Por lo tanto, todos los medios que se pongan a su disposición –siempre respetando los consabidos límites éticos- bienvenidos sean.

Sin embargo, nos parece que, pese a estos valiosos avances, el enfermo, sobre todo cuando está afectado por graves patologías o cuando siente que está transitando hacia el minuto final, necesita contar a su lado con el médico de cabecera que lo asiste y conforde.

Por lo tanto, entendemos que la buena relación médico-paciente, pese a los formidables avances tecnológicos, debe continuar manteniendo el privilegiado lugar que se le ha venido asignando hasta ahora.

b. La responsabilidad civil médica

En el marco de la atención ordinaria de los pacientes, a la que así llamamos para diferenciarla de ésta que aquí nos ocupa que bien puede calificarse como extraordinaria, el individuo que ha sufrido un daño como consecuencia del obrar galénico tiene expedita, en el campo del derecho privado, una acción resarcitoria por los perjuicios que invoque y que pueda probar.

Tiene, como es sabido, una acción expedita contra el médico tratante, sus auxiliares, el establecimiento asistencial y las instituciones de seguro de salud a través de las cuales accedió a la prestación que reputa dañosa (en la Argentina, obras sociales, empresas de medicina prepaga, aseguradoras de riesgos del

trabajo, estados nacional y provinciales y municipalidades, todos ellos en su calidad de propietarios de hospitales públicos, etc.).

Obviamente, no bastará, desde luego, la mera acreditación del daño. Deberá demostrar, para que resulte configurada la obligación indemnizatoria (la responsabilidad civil) del reputado responsable, que éste evidenció una conducta antijurídica, con dolo o con culpa (en esta materia nos hallamos, en general, en el ámbito de la responsabilidad meramente subjetiva) y que esa conducta es la causa del daño que aduce.

Por otra parte, ante el ya referido incremento de demandas originadas en la llamada *mala praxis* las instituciones asistenciales -sobre todo las de capitales privados- han recurrido a la conducta prácticamente universal de requerir a los profesionales que prestan servicios a través de ellas la contratación de seguros que amparen su responsabilidad civil. Todo esto como un modo de distribuir las consecuencias del daño entre el mayor número de responsables a fin de que, recibido el reclamo, sean varios los que cuenten con capacidad económica y financiera para responder ante el damnificado.

Este sencillo esquema que hasta ahora ha funcionado más o menos bien para determinar responsabilidades o para exonerarlas y para, eventualmente, resarcir

a la víctima del error médico, se verá seriamente trastocado con la irrupción de la medicina a distancia.

En efecto, esta virtual cadena de responsables, con un diseño lineal, en la que se advierte con facilidad una línea de personas e instituciones que, en mayor o menor medida, deberán responder ante el reclamo de un damnificado, presenta sustanciales modificaciones con la aparición en el acto mismo de la asistencia al paciente de actores hasta ahora desconocidos en esta materia.

En efectos, ingenieros, de sistemas y de otras especialidades, empresas proveedoras de servicios de Internet, empresas proveedoras de energía eléctrica, organizadores de los servicios de *telemedicina*, por citar sólo a algunos de los mencionados actores, podrán verse involucrados en un eventual reclamo resarcitorio.

Desde luego que no se nos escapa que hoy mismo quien provee de un bisturí eléctrico a un sanatorio puede resultar responsable ante el paciente por el defectuoso funcionar de dicho elemento. Pero la diferencia que aquí se plantea entre uno y otro caso es ciertamente abismal a poco que se piense que mientras que el proveedor de un insumo se limita sólo a ello, los nuevos actores a los que hemos aludido pasarán a intervenir en el mismo acto médico.

Crecerá, pues, la cadena de responsables a la que antes aludimos y deberán crecer, necesariamente, los seguros de responsabilidad civil que esos nuevos actores deberán contratar para hacer frente a los eventuales reclamos a fin de que, tal como sucede ahora, se distribuya entre varios el resarcimiento a pagar.

c. La valoración de la conducta del reputado responsable

En el ámbito de la responsabilidad profesional médica, en los casos de asistencia ordinaria, los planteos tienen una fundamentación relativamente sencilla, tal como lo hemos expresado: deberá demostrarse el daño, la conducta antijurídica obrada con culpa o con dolo y la relación causalidad entre aquél y ésta.

Dado que el médico asume ante su paciente obligaciones llamadas de medio o de diligencia o de empeño, éste, receptor del accionar galénico deberá demostrar, como dejamos dicho, la culpa del facultativo, su obrar negligente o imprudente y que dicho obrar ha sido el causante del daño que alega. El profesional, por su parte, deberá exhibir ante el magistrado un desempeño activo y diligente, que puso a disposición de la cura o de la mejoría del enfermo todos los medios científicos y técnicos a su alcance en aras del mencionado objetivo superior.

Este esquema de responsabilidad profesional médica, fundado básicamente en las llamadas obligaciones de medios, también sufrirá modificaciones. Es que el trabajo de los médicos, satisfecho hoy, en líneas generales, con la demostración de una adecuada diligencia, estará acompañado por el auxilio de elementos de alta y compleja tecnología que dejará reducidísimo margen al error humano, mutando el tradicional esquema de la obligación de medios a la obligación de resultados.

Se agregará a ello que la conducta de muchos de los nuevos actores en el ámbito de la *telemedicina* será juzgada directamente por sus resultados, tal como sucederá, entendemos, con, por ejemplo los proveedores de los servicios de Internet que se empleen en los actos médicos realizados bajo esta modalidad.

En suma, entendemos que se presentarán numerosas y novedosas nuevas situaciones en el ámbito jurídico con motivo de la irrupción de esta nueva alta tecnología incorporada a la Medicina, habiéndonos limitado aquí a sólo tratar algunas de ellas.

La conducta de los médicos será juzgada de manera diferente y ello incidirá, desde luego, en las empresas de seguros de salud, en tanto seguros de personas.

Y, por ello, hemos considerado oportuno incluir estas breves reflexiones con la finalidad de advertir sobre los nuevos escenarios que habrán de presentarse.

La *telemedicina* y su justificación científica y ética

Hicimos referencia precedentemente al formidable aporte que la denominada *telemedicina* puede significar para la mejor atención de la salud.

Ahora bien, en virtud de lo expresado anteriormente, entendemos que los avances tecnológicos nos enfrentan al desafío que la prestación de tales servicios por parte de las aseguradoras de salud no implique una devaluación de la insustituible relación médico-paciente que califica por excelencia al servicio médico profesional, quien además de los conocimientos médicos y técnicos cumple acabadamente con su rol cuando se identifica mental y afectivamente con el estado de ánimo de su paciente y le brinda la necesaria contención, comprendiendo que frente a sí tiene a una persona que constituye una integridad y no una expresión patológica de su especialidad científica.

Siendo principales interesados en la cuestión por revestir el carácter de sujetos activos de la relación, en modo alguno intentamos vernos privados de los avances tecnológicos que puedan facilitar el restablecimiento de nuestra salud.

Sin embargo, consideramos oportuno alertar sobre lo que juzgamos como un potencial peligro fundado en que, tras la búsqueda de un abaratamiento de costos, proporcionado por los avances tecnológicos, se implemente la *telemedicina* para realizar intervenciones quirúrgicas y prácticas médicas corrientes, reemplazándose al médico asistente, que con sentimiento hipocrático está junto al paciente, por impersonales equipos galénicos instalados en remotos confines.

Seguramente que existen un sinnúmero de cuestiones que abordar que no han sido tratadas en esta comunicación, a las que, como juristas, nos deberemos abocar, tales como la necesidad de determinar con precisión en qué casos sería factible o necesario recurrir a este tipo de procedimientos y asimismo, poder definir dónde se entenderá realizado el acto médico, quien resulta ser el jefe del equipo médico, cuál será la legislación aplicable, que título resulta habilitante para realizar el procedimiento, si nos encontramos ante una obligación de medios o de resultados, entre otras.

En síntesis, nuestra comunicación tiene por exclusiva finalidad efectuar un alerta sobre la cuestión planteada con la finalidad de evitar que la prestación de los servicios de salud se vea reducida a una sobrevaloración de lo tecnológico en desmedro de lo humano.

Y, en tal sentido, recordamos lo recientemente expresado en un reportaje periodístico por el Dr. Eduardo San Román, Presidente de la Sociedad Argentina de Terapia Intensiva (“Clarín, 09.07.2006): *“Obviamente que los aparatos motorizan avances en diagnóstico y tratamiento, pero en el medio, hay un individuo sujeto a la tecnología que necesita un entorno de protección”*.