



UNIVERSITAT DE
BARCELONA



Observatori de
Bioètica i Dret
Universitat de Barcelona

FLACSO
ARGENTINA

Revista de Bioètica y Derecho

Perspectivas Bioéticas

www.bioeticayderecho.ub.edu – ISSN 1886 –5887

DOSIER MONOGRÁFICO SOBRE TELEMEDICINA

El acto de telemedicina: hacia un nuevo concepto de asistencia médico-personal

L'acte de telemedicina: cap a un nou concepte d'assistència mèdica-personal

The Telemedicine act: A new concept of medical-personal assistance

SANDRA CAMACHO CLAVIJO *

* Sandra Camacho Clavijo. Profesora agregada de Derecho Civil, Universitat Autònoma de Barcelona (España). Email: Sandra.Camacho@uab.cat. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1424-6285>.

Este artículo es resultado de una estancia de investigación en el Centre of European Private Law (CEPL) de la Universidad de Graz, en el marco de una ayuda de recualificación concedida por resolución de 4 de marzo de 2022 del rector de la Universitat Autònoma de Barcelona, en el marco del Real Decreto 289/2021 de 20 de abril por la que se regula la concesión directa de subvenciones a universidades públicas para la recualificación del sistema universitario español.



Copyright (c) 2023 Sandra Camacho Clavijo

Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-No Comercial-Sin Obra Derivada 4.0 Internacional.

Resumen

Gracias a la equivalencia funcional entre acto médico y acto de telemedicina, la prestación sanitaria a distancia queda sujeta a las exigencias deontológicas, legales y profesionales previstas para toda actuación médica. Sin embargo, la calificación jurídica del acto de telemedicina como acto médico suscita el debate sobre si la prestación médica a distancia cumple con la exigencia de prestación personal y directa del acto médico. Este estudio, analiza esta cuestión y su resolución en diferentes sistemas jurídicos, como el francés, el español, el alemán y el austriaco. De este análisis comparativo, resultarán los elementos necesarios para reflexionar sobre la nueva configuración de la relación asistencial personal como presupuesto de la regulación del acto de telemedicina.

Palabras clave: acto médico; acto de telemedicina; telemedicina; principio de equivalencia funcional; principio de inmediatez; relación personal y directa facultativo-paciente; garantías.

Resum

Gràcies a l'equivalència funcional entre acte mèdic i acte de telemedicina, la prestació sanitària a distància queda subjecta a les exigències deontològiques, legals i professionals previstes per a tota actuació mèdica. No obstant això, la qualificació jurídica de l'acte de telemedicina com a acte mèdic suscita el debat sobre si la prestació mèdica a distància compleix amb l'exigència de prestació personal i directa de l'acte mèdic. Aquest estudi, analitza aquesta qüestió i la seva resolució en diferents sistemes jurídics, com el francès, l'espanyol, l'alemany i l'austríac. D'aquesta anàlisi comparativa, resultaran els elements necessaris per a reflexionar sobre la nova configuració de la relació assistencial personal com a pressupost de la regulació de l'acte de telemedicina.

Paraules clau: acte mèdic; acte de telemedicina; telemedicina; principi d'equivalència funcional; principi d'immediatesa; relació personal i directa facultatiu-pacient; garanties.

Abstract

Thanks to the functional equivalence between medical act and telemedicine act, the healthcare service at a distance is subject to the deontological, legal and professional requirements established for any medical performance. However, the legal qualification of the act of telemedicine as a medical act raises the debate on whether the medical service at a distance meets the requirement of personal and direct benefit of the medical act. This study analyzes this issue and its resolution in different legal systems such as French, Spanish, German and Austrian. From this comparative analysis, the necessary elements will result to reflect on the new configuration of the personal care relationship as a regulatory budget for the act of telemedicine.

Keywords: medical act; telemedicine act; principle of functional equivalence; principle of immediacy; personal and direct physician-patient relationship; guarantees.

1. Planteamiento: el acto de telemedicina y el principio de equivalencia funcional

El escenario de la pandemia por COVID-19 ha contribuido a un mejor conocimiento por parte de los facultativos de los beneficios de la telemedicina o prestación sanitaria a distancia¹. Si bien, *a priori* ésta era considerada como una solución para la atención sanitaria en las zonas rurales dónde el aislamiento y la falta de recursos dificulta el acceso al sistema de salud. En la actualidad, Europa la contempla como una vía para liberar un sistema sanitario presionado por las consecuencias asistenciales del envejecimiento de la población que implica una notable presencia de enfermedades crónicas².

De todos los retos que la digitalización de la sanidad plantea, el más relevante es la tipificación de la “prestación sanitaria a distancia” y, en concreto, la calificación jurídica del acto de telemedicina como acto médico. Conforme a esta calificación, la asistencia sanitaria a distancia quedaría sujeta a las mismas exigencias deontológicas, legales y profesionales previstas para la actuación médica.

En el Derecho de las Nuevas Tecnologías, el principio de equivalencia funcional se erige como la vía para alcanzar la equiparación jurídica entre distintas figuras. Su aplicación consiste en identificar la función de la instrumentación en el mundo físico y sus requisitos, a efectos de reproducirla en el soporte electrónico y concederle los mismos efectos jurídicos³. En este trabajo vamos a preguntarnos si procede esta equivalencia funcional entre acto médico y acto de

¹ Proponemos un concepto amplio de telemedicina como “prestación de servicios sanitarios a distancia” que revela mejor su naturaleza de prestación asistencial a distancia y a su vez, comprenda cualquier técnica de comunicación que permita la asistencia entre partes que no se encuentran presentes físicamente. Ver esta propuesta en CAMACHO, S. (2021) “La telemedicina en la pandemia por el COVID-19: cuestiones jurídicas” en NAVASS (Dir); *Salud e inteligencia artificial desde el derecho privado: con especial atención a la pandemia por SARS-CoV-2 (covid-19)*, (p.94), Granada, Comares. Coincide con esta definición más amplia de telemedicina FIELD, M.J.;(1996), *Telemedicine: A Guide to assessing telecommunication in health care*, Washington DC, National Academy Press y MARTÍNEZ, J.A (2018), *El régimen jurídico de la salud electrónica*, Valencia, Tirant lo Blanch.

² REITER, B/TURECKJ/WEINDENFELD, W (2011), *Telemedizin-Zukunftsgut im Gesundheitswesen*, C.A.P. Analyse, 1/2011, s.9.

³ Por ejemplo, el art. 3.4 de la Ley 59/2003 de 19 de diciembre de firma electrónica (BOE núm. 304 de 20 de diciembre de 2003) (LFE) ordena la equiparación de los efectos jurídicos de la firma manuscrita y la firma electrónica reconocida. Se identifica que la firma manuscrita tiene la función de ser signo personal distintivo que informa sobre la identidad del autor del documento y manifiesta la conformidad con el contenido. Según el art. 3.4 LFE estas funciones se entienden ejercidas por la firma electrónica reconocida y se le reconoce el mismo valor jurídico que la firma manuscrita Vid CAMACHO, S (2016) “Documentos y firma electrónica” en NAVASS / CAMACHO.S; *Mercado Digital*, (p.214), Valencia, Tirant lo Blanch, Otro ejemplo lo encontramos en el art 23 de la Ley 34/2000 de 11 de julio de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (BOE núm.166 de 12 de julio de 2002 (LSSI y CE) que recoge la equivalencia funcional entre documento escrito y documento electrónico en la contratación electrónica “siempre que la Ley exija que el contrato o cualquier información relacionada con el mismo conste por escrito, este requisito se entenderá satisfecho si el contrato o la información se contiene en un soporte electrónico”.

telemedicina. Para responder a esta pregunta, en primer lugar, es necesario un breve análisis sobre la función del acto médico en el mundo físico y sus requisitos, para después, concluir si ésta se cumple en la actuación sanitaria a distancia.

2. El acto médico: concepto y requisitos

El Comité de expertos en problemas legales del Consejo de Europa define el acto médico como “todo tipo de tratamiento, intervención, o examen con fines diagnósticos, profilácticos, terapéuticos o de rehabilitación llevados a cabo por un médico o bajo su responsabilidad”. Con posterioridad la Unión Europea de médicos propone la siguiente definición: “El conjunto de pasos efectuados en todos los campos de la salud, exclusivamente por un licenciado en medicina con vistas a formular un diagnóstico, seguido, si es necesario de la aplicación de acciones médicas, terapéuticas o preventivas”⁴. Por su parte el art. 7 del Código de Deontología médica del ordenamiento jurídico español define el acto médico como:

“toda actividad lícita, desarrollada por un profesional médico, legítimamente capacitado, sea en su aspecto asistencial, docente, investigador, pericial u otros, orientado a la curación de una enfermedad, al alivio de un padecimiento o a la promoción integral de la salud. Se incluyen actos diagnósticos, terapéuticos o de alivio del sufrimiento, así como la preservación y promoción de la salud, por medios directos e indirectos”⁵.

Según las definiciones expuestas los requisitos del acto médico son los siguientes: 1º) Es una actividad profesional realizada por un facultativo, condición que requiere que el ejecutante se halle en posesión de la titulación médica oficial, es decir estar en posesión del título de formación básica en Medicina y, en su caso, especializada, así como estar inscrito en el Colegio

⁴ Definiciones transliteradas en GISBERT; J.A (2019), *Medicina legal y toxicología*, Barcelona, Elsevier, ATAZ, J; (2002), *Los médicos y la responsabilidad civil*, Madrid, Montecorvo, también en DE LAS HERAS, M.A (2008), Concepto de acto y tratamiento médicos, *Estatuto ético-jurídico de la profesión médica. Tomo II*, (pp. 461-566), Madrid, Dykinson,

⁵ Además, la Ley 44/2003 de ordenación de las profesiones sanitarias prevé entre los principios de la actuación del profesional sanitario que: 1º) “Los profesionales tendrán como guía de su actuación el servicio a la sociedad, el interés y salud del ciudadano a quien se le presta el servicio, el cumplimiento riguroso de las obligaciones deontológicas, determinadas por las propias profesiones conforme a la legislación vigente, y de los criterios de normo-praxis o, en su caso, los usos generales propios de su profesión”(art.4.5)”^{2º}) Con relación a la relación entre el profesional sanitario y persona atendida el art. 5.1 de la misma ley ordena que “Los profesionales tienen el deber de prestar una atención sanitaria técnica y profesional adecuada a las necesidades de salud de las personas que atienden, de acuerdo con el estado de desarrollo de los conocimientos científicos de cada momento y con los niveles de calidad y seguridad que se establecen en esta ley y el resto de normas legales y deontológicas aplicables. (BOE núm. 280, de 22 de noviembre de 2003).

Oficial de Médicos⁶; 2º) Es una actividad que tiene como finalidad la conservación o mejora de la salud humana y; 3º) El acto implica una relación personal establecida entre el médico y el paciente⁷. De todos los requisitos del acto médico aquí enumerados, nos detendremos a continuación en el estudio de la necesaria existencia de una relación personal entre médico y paciente ya que, su cumplimiento en la asistencia a distancia determinará la aplicación del principio de equivalencia funcional.

3. El acto médico y el requisito de relación personal médico-paciente

La existencia de una relación personal entre el facultativo y el paciente queda implícita en la configuración conceptual del acto médico. Una de las notas características de la relación que se establece entre el médico y el paciente es la comunicación personal en su dimensión humana y profesional. La relación humana se basa en el trato personal que tiene como finalidad inmediata la consulta médica y como finalidad esencial encontrar bien un diagnóstico, un tratamiento, información o consejo relacionado con algún proceso patológico⁸.

Por lo general, el médico realiza uno de los principales actos médicos como es el diagnóstico clínico en base a exámenes personales que exigen la previa relación personal y que consisten en la exploración básica del paciente con la utilización de técnicas como la inspección, la palpación, la auscultación, la exploración de reflejos, y todo tipo de exploraciones instrumentales en la que

⁶ Ver en este sentido art. 2 y 4.8 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias (BOE núm. 280, de 22 de noviembre de 2003) que requiere para el ejercicio de la medicina “Estar colegiado, cuando una ley estatal establezca esta obligación para el ejercicio de una profesión titulada o algunas actividades propias de ésta”, mientras no se apruebe la ley la colegiación es obligatoria y se mantendrá la vigencia de las obligaciones de colegiación existentes en la actualidad según la STS de fecha 16 de julio de 2017 (Roj: STS 2791/2018). Ver sobre ejercicio de la profesión sanitaria GARCÍA, M/CASTILLO, J.M; (2011) *Manual práctico de responsabilidad de la profesión médica*, Granada, Comares, pp.56 y ss y PALOMAR, A/CANTERO, J (2013); *Tratado de Derecho Sanitario*, Vol. 1, Navarra, Aranzadi, pp.1009 y ss.

⁷ Así el artículo 6.2 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias (BOE núm. 280, de 22 de noviembre de 2003) prevé que “Sin perjuicio de las funciones que, de acuerdo con su titulación y competencia específica corresponda desarrollar a cada profesional sanitario ni de las que puedan desarrollar otros profesionales, son funciones de cada una de las profesiones sanitarias de nivel de Licenciados las siguientes: a) Médicos: corresponde a los Licenciados en Medicina la indicación y realización de las actividades dirigidas a la promoción y mantenimiento de la salud, a la prevención de las enfermedades y al diagnóstico, tratamiento, terapéutica y rehabilitación de los pacientes, así como al enjuiciamiento y pronóstico de los procesos objeto de atención”.

⁸ Sobre la relación médico-paciente ver SCHULZ, S/ STEIGLEDER, K/FANGERAU, H/PAUL.N.W; (2006), *Geschichte, Theorie und Ethik der Medizin*; Frankfurt, Suhrkamp Verlag, también LAÍN,P. (1964); *La relación médico-enfermo. Historia y teoría*, Madrid, Ediciones Castilla.

el facultativo se vale de diferentes instrumentos para reconocer al enfermo⁹. De todas estas actuaciones de la exploración básica, la inspección del paciente, es decir, ver al paciente, inspeccionar el tono de su piel, es la única parte que puede realizarse a distancia. Sobre esta dimensión personal se superpone la dimensión profesional, ya que, el paciente busca en el conocimiento, arte o ciencia del médico un beneficio generalmente de carácter diagnóstico o curativo.

La asistencia sanitaria a distancia pone de relieve el debate sobre si la actuación presencial del facultativo es presupuesto necesario del acto médico. Como analizaremos *ut infra* este debate adquiere más relevancia en aquellos ordenamientos jurídicos cuyos reglamentos profesionales o normativa médica prevén una configuración estrictamente personal y directa de la actuación médica. En suma, la cuestión que plantea la asistencia a distancia es si la no presencialidad del facultativo impide su configuración jurídica como acto médico y si, en su caso, la calificación de la telemedicina como acto médico podría ser admitida conforme a una nueva interpretación del requisito de atención personal y directa del facultativo. ¿La relación a distancia entre médico y paciente sigue siendo una relación directa? A esta reflexión dedicaremos los siguientes epígrafes de este trabajo.

4. El concepto de acto de telemedicina como actuación médica a distancia

En nuestra opinión, el acto de telemedicina toma como presupuesto la actuación profesional médica a distancia, que sigue siendo personal, inmediata o directa pero no es presencial. En consecuencia, existiría una distinción entre “acto médico” en sentido estricto y “acto de telemedicina” ya que éste definiría exclusivamente aquel acto médico realizado a distancia por cualquier medio de comunicación. En todo caso, la calificación jurídica sería de acto médico ya que la telemedicina implica el uso de la tecnología a distancia en la prestación del acto médico. En consecuencia, la telemedicina quedaría sujeta al marco legal y deontológico del ejercicio del acto médico y su ejercicio incluido en el alcance de la cobertura del seguro de responsabilidad civil médica.

Probablemente, esta remisión del acto de telemedicina al marco normativo general sanitario ha supuesto en gran parte de los países del entorno europeo, una relajación en la tarea

⁹ Respecto a las técnicas utilizadas en la exploración Ver en este sentido GARCÍA, M/ CASTILLO, JM; (2011), *Manual práctico de responsabilidad de la profesión médica (Aspectos jurídicos y médico-forenses)*, Granada, Comares.

de regular de forma amplia la telemedicina. En efecto, aunque los países han experimentado un notable incremento del uso de la telemedicina debido a la pandemia provocada por el virus SARS-CoV-2¹⁰, existe actualmente un gran vacío legal respecto a su regulación especial.

Según analizaremos *ut infra*, mientras en países como Austria, el concepto de telemedicina carece de regulación¹¹, en otros como Francia, Alemania y España, se ha producido una parcial tipificación de la telemedicina que ha consistido, en una proclamación general de la aceptación de su uso. Sin embargo, en los países citados, su regulación, aunque parcial, se manifiesta con distinta intensidad y se vehiculiza a través de disposiciones de distinto rango. Así, por ejemplo, en el caso de Francia, la regulación de la telemedicina, aunque no es completa, es más amplia, pues incluye el concepto y tipos de actos de telemedicina y se recoge en los artículos 6316-1 y ss del *Code de le Santé Publique*¹² que es la codificación francesa de los textos legislativos y reglamentos relativos a la salud. Mientras que, en países como Alemania o España, la aceptación del uso de la telemedicina se regula a través de normativas profesionales y deontológicas: en Alemania, en el § 7.4 del código modelo de conducta profesional médica o (*Muster*) *Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte* (en adelante MBO) y en España, en el artículo 26 del Código de Deontología médica del Consejo General de Colegios oficiales de médicos¹³.

A continuación, estudiaremos como en países como Francia, Alemania o España, la equivalencia funcional y jurídica entre acto médico y acto de telemedicina ha permitido aceptar *ex lege* su utilización mientras que, en países como Austria, la doctrina y una escasa jurisprudencia, proponen de *lege ferenda* la aceptación de la telemedicina conforme una interpretación flexible de lo que significa la inmediatez del acto médico.

¹⁰ Ver informe de THIEL, R/DEIME,L; (2020), *SmartHealthSystems, Einsatz und Nutzung von Telemedizin – Länderüberblick*, Gütersloh, BertelsmannStiftung.

¹¹ Aunque en Austria se crea la Comisión de servicios de telesalud o *Telegesundheitsdienste-Kommission* que formula recomendaciones para la introducción de servicios de telemedicina (2014) y respecto a la telemonitorización (2018), no existe una tipificación del concepto de telemedicina. Ver estas recomendaciones en la página web del Ministerio <https://www.sozialministerium.at/Themen/Gesundheit.html> (consultado en fecha 15/01/2013), existe en la práctica la plena admisibilidad de servicios de telemedicina como la teleradiología o la telemonitorización.

¹² Así el artículo 78 de la LOI n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relatif aux patients, à la santé et aux territoires modifica el libro III del Code de la Santé Publique e introduce el capítulo VI sobre telemedicina incluyendo el art. 6316-1 que la define (JORF n°0167 du 22 juillet 2009).

¹³ Ver Código de Deontología Médica (2011), Consejo General de Colegios oficiales de médicos (<https://www.cgcom.es>) consultado en fecha 13/10/2022 también en los arts 22- 24 del código de Deontología del Consejo de Colegios de médicos de Cataluña de 5 de febrero de 2022 (<https://www.comb.cat/es/comb/codi-deontologia>) (consultado en fecha 11.01.2023).

4.1 El modelo de equivalencia legal del acto médico/acto de telemedicina

Los países que han seguido el modelo de regulación de la telemedicina por equivalencia jurídica con el acto médico encuadran, con alguna salvaguarda, el acto de la telemedicina en el régimen jurídico del acto médico. El ejemplo más relevante de aplicación de este modelo es Francia. El legislador francés¹⁴ en el art. L.6316-1 del *Code de le Santé Publique* define la telemedicina como “*forme de pratique médicale à distance utilisant les technologies de l’information et de la communication*”¹⁵ y en el reglamento de su desarrollo, el Decret n° 2010-1229 du 19 octobre 2010 relatif a la télémédecine, admite de forma expresa que la telemedicina es un acto médico¹⁶. Así, salvo las normas previstas por el legislador francés para garantizar la seguridad en la realización del acto de telemedicina basadas en la deontología médica y los derechos de los pacientes, el resto de actuación médica a distancia se inscribe en el derecho común de ejercicio de la medicina y de protección de los derechos de los pacientes¹⁷.

En Alemania, el §7 del código (modelo) de conducta profesional para médicos o (*Muster*) *Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte* (en adelante MBO) exige el contacto personal en la atención médica: “(4) *Ärztinnen und Ärzte beraten und behandeln Patientinnen und Patienten im persönlichen Kontakt* (“Los médicos aconsejan y tratan a los pacientes en contacto personal”)¹⁸. Sin embargo, la necesaria implementación de la telemedicina ha supuesto la modificación en mayo de 2018 de este precepto¹⁹. Aunque, el texto sigue exigiendo como principio general el contacto personal en la atención médica, admite ahora

¹⁴ Ver comentario en SIMON.P/WILLIATTE PELLITTERI (2012); Le décret français de télémédecine: une garantie pour les médecins; *European Resarch in Telemedicine*, 1, pp.70-75 y MERGNAC.K/PHILLIPE.T/MOULIN.T/BINET,J.R (2012); Télémédecine: quel cadre juridique lui conférer?, *European Research in Telemedicine*, 1, pp.66-69.

¹⁵ Artículo introducido en el Code de le Santé Publique por la LOI n° 2019-774 du 24 juillet 2019 relative à l’organisation et à la transformation du système de santé (JORF n°0172 du 26 juillet 2019).

¹⁶ (JORF núm. 0245 du 21 octobre 2010).

¹⁷ Así se aplicará la Loi n° 1577-2002 du 30 de décembre 2002 relative à la responsabilité civile médicales et loi n° 2004-810 du 12 août 2004 relative à l’assurance maladie.

¹⁸ *Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte* (MBO-Ä-1997).

¹⁹ Además de esta relevante modificación, el legislador alemán ha impulsado la digitalización de la salud con la aprobación de tres leyes relevantes que promueven la implementación de la telemedicina: en 2015 la llamada E-Health Gesetz (*Gesetz für sichere digitale Kommunikation und Anwendungen im Gesundheitswesen sowie zur Änderung weiterer Gesetze* (21/12/2015), (Bundesgesetzblatt Nr. 54, 2015), en 2019 la Digitale-Versorgung-Gesetz (*DVG*) *Gesetz für eine bessere Versorgung durch Digitalisierung und Innovation* de 9/12/2019 (Bundesgesetzblatt Nr. 49, 2019) y en 2021 la *Digitale-Versorgung-und-Pflege-Modernisierungs-Gesetz* (DVPMG), *Gesetz zur digitalen Modernisierung von Versorgung und Pflege* (*Digitale-Versorgung-und-Pflege-Modernisierungs-Gesetz – DVPMG*), 3/06/2021, (Bundesgesetzblatt Nr. 28, 2021).

que los medios de comunicación puedan ser utilizados como medio de apoyo y también que la actuación médica individual pueda ser realizada a distancia siempre que ésta sea justificada:

“3.- El asesoramiento o tratamiento exclusivo a través de medios de comunicación está permitido en casos individuales si está justificado desde un punto de vista médico y se observan los cuidados médicos requeridos, en particular por la forma en que se constatan los hallazgos, se lleva a cabo el asesoramiento, el tratamiento y la documentación y también se informa al paciente sobre las características especiales del asesoramiento y tratamiento exclusivos a través de medios de comunicación.””3.-

En suma, la regla general es que los medios de telecomunicación (correo electrónico, videoconferencias, llamadas telefónicas...) sirvan de apoyo a la asistencia sanitaria, pero en ningún caso, supongan una sustitución de la atención personal. Lo que significa que, los medios de comunicación puedan ser utilizados en la continuidad de un tratamiento siempre que al menos uno de los facultativos involucrados en éste haya reconocido de forma previa al paciente en base a un examen personal. Entonces, el tratamiento o asesoramiento, puede seguir por medios de comunicación a distancia. (§312 c) Abs.2 BGB)²⁰. Ahora bien, la reforma del MBO también incluye la posibilidad excepcional de que el facultativo realice el tratamiento o asesoramiento exclusivamente por medios de comunicación a distancia, pero se exige que exista una justificación suficiente y se informe al paciente sobre el uso de la tecnología y sus riesgos²¹. (§7.4 MBO-Ä satz 3 y § 2 y Abs. 2 und 3§8 MBO-Ä).

Por su parte, en el ordenamiento jurídico español, el Código de Deontología médica del Consejo General de Colegios oficiales de médicos (CGCOM)²² que define el acto médico hace referencia a la actuación médica como acto personal, pues el art. 26 añade que *“El ejercicio clínico de la medicina mediante consultas exclusivamente por carta, teléfono, radio, prensa o internet, es contrario a las normas deontológicas. La actuación correcta implica ineludiblemente el contacto personal y directo entre el médico y el paciente”*. Sin embargo, el Código de Deontología admite la telemedicina pues, prevé a su vez, que el uso del correo electrónico u otros medios de comunicación no presencial son éticamente aceptables *“en caso de una segunda opinión y de revisiones médicas”*, y en el caso de la telemedicina *“siempre que sea clara la identificación mutua*

²⁰ DIETER, H/DOCHOW,C; (2020), *Handbuch des Fachanwalts Medizinrecht*, Köln, Luchterhand, Rdnr.275.

²¹ Ver la discusión sobre la redacción de la norma en BUNDESÄRZTEKAMMER (21-03-2018) Synopse zur Änderung § 7 Abs. 4 MBO-Ä (Fernbehandlung), (<https://www.bundesaerztekammer.de/themen/recht/berufsrecht>) (consultado en fecha 3-10-2022), también análisis en LENNARTZ, M (2020), *Handbuch des Fachanwalts Medizinrecht*, Köln, Luchterhand. Rdnr. 31-33.

²² Ver Código de Deontología Médica (2011), Consejo General de Colegios oficiales de médicos (<https://www.cgcom.es>)consultado en fecha 13/10/2022.

y se asegure la intimidad”. En el mismo sentido se expresa el artículo 22 del Código de Deontología del Consejo de Colegios de médicos de Cataluña que prevé que:

“Los medios telemáticos se pueden utilizar en las comunicaciones entre médico y paciente siempre que se haga de forma segura, con una identificación y la aceptación mutua, y siempre que se pueda garantizar la calidad del acto asistencial, según las condiciones particulares de cada caso.”²³

Con fundamento en esta normativa deontológica, en España la llamada jurisprudencia menor ha reconocido que la actuación sanitaria a distancia es admitida en el ordenamiento jurídico español como actuación médica. En consecuencia, la jurisprudencia somete el acto de telemedicina a la valoración sobre si éste se realiza conforme la *lex artis ad hoc* y se pronuncia sobre la responsabilidad médica²⁴.

4.2 El modelo de equivalencia funcional acto médico/acto de telemedicina conforme una nueva concepción de la asistencia personal

Como se ha analizado *ut supra*, la legitimidad de la actuación sanitaria a distancia se cuestiona en aquellos Ordenamientos Jurídicos como el austriaco en los que, no existe una regulación legal de la telemedicina y la tipificación del acto médico se mantiene el requisito de actuación personal e inmediata del facultativo. El Abs 2. 49§ de la *Ärztegesetz* 1998 exige que el médico debe ejercer su profesión de manera personal y directa: *“Die Ärztin/Der Arzt hat ihren/seinen Beruf persönlich*

²³ Ver Código de Deontología del Consejo de Colegios de médicos de Cataluña de 5 de febrero de 2022 (<https://www.comb.cat/es/comb/codi-deontologia>) (consultado en fecha 11.01.2023).

²⁴ Así la sentencia de la AP de Alicante de 24 de octubre de 2019 (JUR\2020\70833) valora la actuación de una embrióloga ante unas complicaciones y decide que la actuación por teléfono no merece reproche en la actuación: *“En cuanto a la atención médica telefónica, el perito Dr. Paulino también descarta la existencia de negligencia, y declaró que es habitual efectuar las consultas telefónicas en estos casos (vídeo 4, minuto 10:45). En atención a los síntomas que presentaba (leve manchado), y dada la aceptación de la telemedicina en el código deontológico como ayuda en la toma de decisiones (art. 26.5), no se ha probado que debido a esta se haya producido la infección o que el resultado hubiese variado. No puede por tanto establecerse un nexo causal entre tal asistencia y la falta de detección de la enfermedad. El hecho de que se efectuase una atención meramente telefónica, aun cuando merezca reproche en abstracto, no determina la responsabilidad de la misma”*; mientras la sentencia de la AP de Murcia de 13 marzo de 2008 (AC\2008\97) aprecia que la actuación del ginecólogo demandado no se ajustó a la *“lex artis”* al realizar un diagnóstico erróneo a distancia, por teléfono y sin haber practicado todas las pruebas diagnósticas previas en atención a la sintomatología que presentaba la demandante, más concretamente ante la presencia de un sangrado, y que ello determinó la muerte del niño que esperaban ésta y su esposo y manifiesta que *“la telemedicina a que se refiere la parte apelante, no supone que fuese ajustada a la lex artis ad hoc la intervención telefónica del apelante, diagnosticando y prescribiendo tratamiento a la actora en tal forma, sin asistirle directa y personalmente, ni prescribir pruebas complementarias”*. Ver comentario de estas sentencias en TUR FERNÁNDEZ, M^a N; (2022); “E-salud, derecho de información y consentimiento informado” en GIL MEMBRADO, C (Dir.), *M-Health, Genética, IA, Robótica y Criogenización*, Madrid, Dykinson, pp.40-42.

*und unmittelbar*²⁵. Si bien, la prestación personal del servicio se refiere a que, el médico es quien debe actuar en propia persona. Por su parte, la exigencia de una actuación inmediata o directa del médico parece requerir que la actuación del facultativo sólo sea admisible en el marco de la atención personal tangible o presencial. Para la doctrina, la finalidad del contacto personal en la atención médica es que el facultativo obtenga una información inmediata del paciente a través de sus propias percepciones, es decir, que no se base únicamente en las descripciones subjetivas del paciente o en información de terceros, porque los signos externos y los problemas de comportamiento pueden indicar ciertas enfermedades²⁶. Entonces, de *lege data*, la telemedicina sería incompatible con el acto médico.

Sin embargo, el debate sobre la calificación jurídica de la telemedicina se ha centrado en determinar el alcance e interpretación que debe atribuirse al requisito de inmediatez del acto médico previsto en el 49.2 § de la *Ärztegesetz 1998*²⁷. Mientras algunos autores, defienden una interpretación estricta de este principio y argumentan que su aplicación significa una prohibición total de la telemedicina que, sólo sería admitida en excepciones como el peligro inminente²⁸. Otra parte de la doctrina²⁹, se posiciona a favor de una flexibilización de su aplicación y entiende que la prestación inmediata médica se cumple siempre y cuando el médico, independientemente de si la atención es personal o a distancia, pueda conseguir una impresión personal real del paciente. En suma, la doctrina argumenta que la actuación médica a distancia no infringiría el principio de inmediatez siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

- i. Que el facultativo que realiza el acto de telemedicina tenga una base informativa suficiente para tomar su decisión (sea asesoramiento, diagnóstico, recomendación o tratamiento)³⁰. Los

²⁵ Bundesgesetz über die Ausübung des ärztlichen Berufes und die Standesvertretung der Ärzte (*Ärztegesetz 1998 – ÄrzteG 1998*).

²⁶ SPICKOFF, A; (2018); *Medizinrecht*(2018); Rn. 14-18, München, C.H. Beck, EMBERGER, H/WALLNER,F(2008); *Ärztegesetz mit Kommentar* (49§), Wien,Verlaghaus der Ärzte,

²⁷ Ver resumen del planteamiento en KOPETZKI, C; (2018) “Telegesundheitsdienste und “unmittelbare” Berufsausübung-(K)ein Widerspruch? , *Recht der Medizin*, 25, p.41 y en LEXER, M.G; (2020), *Recht(sfragen) der Telemedizin, Recht der Medizin*, 280, pp.255-263.

²⁸ STROBL, K; (1976), *Das österreichische Ärztegesetz mit Kommentar*, Wien, Verlag der Österreichischen Ärztekammer, GRUNDTNER, B, (2017), *Zur Unmittelbarkeit der ärztlichen Behandlung, Zeitschrift für Gesundheitsrecht (ZfG)*, 36, p. 39.

²⁹ KÖPETZ, (1990) Die telefonische Beratung-eine ärztliche Tätigkeit, *Österreichische Ärztezeitung (ÖÄZ)*, 5, 31 (31ff), NENTWICH, M (1997), Digitalisierung der Medizin Zur Klärung einiger rechtlicher Fragen der Telemedizin, *Recht der Medizin*, 175, p.175, EMBERGER, H/WALLNER,F(2008); *Ärztegesetz mit Kommentar* (49§), Wien,Verlaghaus der Ärzte, p. 213.

³⁰ Así KÖPETZ pone como ejemplo de esta base informativa, la norma de prescripción de medicamentos que permite, a menos que el paciente indique lo contrario, que éste pueda obtener con la misma receta el mismo medicamento hasta cinco veces en seis meses sin tener que volver a contactar con el médico. Además, el autor añade que es posible que el médico pueda emitir otra receta como la anterior después que el paciente haya llamado por teléfono para asegurar que su condición no ha cambiado. KÖPETZ Die telefonische Beratung-eine ärztliche Tätigkeit, *Österreichische Ärztezeitung (ÖÄZ)*, 5, 31 (31ff).

autores excluyen así de la telemedicina, aquellos casos en los que el facultativo para obtener la información suficiente del paciente y decidir, necesita la exploración física. En cambio, ésta no sería necesaria en aquellos supuestos en los que, el médico decide con fundamento en una información objetiva pues, en estos casos, la decisión se basaría en la misma información, independientemente de dónde se encuentre el facultativo. Como ejemplo, los actos de diagnóstico basados en valores de laboratorio o en pruebas de imagen como las radiografías o las resonancias magnéticas³¹.

- ii. Que el facultativo sea capaz de evaluar y controlar correctamente los riesgos en la asistencia sanitaria prestada a distancia. Esta evaluación implica una valoración del facultativo caso por caso para tomar la decisión de si la actuación médica puede realizarse a distancia.

Por su parte, aunque son pocas las sentencias que versan sobre este tema en Austria, éstas parecen posicionarse de forma tímida a favor de una flexibilización del principio de inmediatez tipificado en el 49.2 § de la *Ärztegesetz 1998*. Así, se interpreta que el facultativo cumple con el precepto siempre que él mismo preste el servicio (obligación personal), no lo preste mediante intermediarios y lo haga de forma inmediata o directa, sin interrupciones, independientemente de si la prestación es presencial o no³². La jurisprudencia pone de relieve que la actuación a distancia debe ser conforme a la *lex artis ad hoc*, es decir, que se cumpla el estándar general o protocolos de actuación³³.

En suma, en Austria conforme esta interpretación doctrinal y jurisprudencial del principio de inmediatez, la telemedicina sería admitida, pero condicionada a que el facultativo pueda obtener toda la información necesaria para aclarar el estado de salud del paciente a través de la vía digital³⁴. Sin embargo, en este marco de interpretación, queda sin resolver, si la actuación

³¹ Así concluye en relación con Austria LEXER, M.G; (2020), Recht(sfragen) der Telemedizin, *Recht der Medizin*, 280, p.263, y WIRBEL-RUSCH,A; (2001) *Telemedizin*, Wien, Verlag Österreich, también un razonamiento parecido en CARYL, C (1997); Malpractice and Other Legal Issues Preventing the Development of Telemedicine, *Journal of Law and Health*, pp. 173-204 (p.199).

³² Así ya en 1953 la VwGH de 22.1.1953 (2989/52) resuelve sobre la actuación de un médico con sede en Viena que remite medicamentos sin haber examinado físicamente al paciente, el tribunal valora que el tratamiento a distancia no debe prohibirse sólo la publicidad; por su parte la UVS Wien de 30.01.2012 (UVS-06/9/2829/2010-23) resuelve un caso de aborto mediante medicamentos y si un facultativo de Viena que expide receta para una paciente de Irlanda sin realizar un examen personal incumple el principio de inmediatez. El Tribunal considera que el principio de inmediatez no puede ser aplicado de forma estricta sino analizar caso por caso. En el caso planteado el Tribunal considera que el tratamiento a distancia fue realizado conforme la *lex artis ad hoc* porque la decisión fue fundamentada y no se detectaron riesgos. Se considera que no se ha conculcado el principio de inmediatez porque el examen físico no era absolutamente necesario para la prestación del servicio.

³³ Autores como BERGMANN, K.O. (2016); Telemedizin und das neue E-Health-Gesetz, *Medizinrecht*, 34, pp.497-502, exigen reflexionar sobre los estándares de actuación médica en la asistencia a distancia, también en STELLAMOR, K/ STEINER,J.W; (1999), *Handbuch des österreichischen Arztrechts*; Wien, Manzsche Verlags, p.77.

³⁴ Ver BUNDESMINISTERIUMS FÜR SOZIALES, GESUNDHEIT, PFLEGE UND KONSUMENTENSCHUTZ (2021) "Telemedizin in Österreich" (Consultado en fecha 12/10/2022 en

médica realizada exclusivamente a distancia por medios electrónicos, telefónicos o escritos quedaría excluida en Austria. Ya que, una impresión médica personal correcta exige, aunque sea al menos una vez³⁵, la exploración física del paciente. Por ello, entendemos que, siguiendo el modelo alemán que admite sólo excepcionalmente la asistencia exclusivamente por medios telemáticos, sería oportuno una modificación de la *Ärztengesetz* 1998 para tipificar y explicitar qué modelo de telemedicina sería admitido en el ordenamiento jurídico austriaco.

5. Conclusión

La equivalencia funcional entre acto de telemedicina y acto médico requiere una nueva concepción de la relación personal y directa entre facultativo y paciente. En algunos sistemas jurídicos como Francia, Alemania o España, pese a no disponer de una regulación especial de la telemedicina, esta nueva concepción es prevista *ex lege* con una tipificación parcial de su concepto y con la proclamación de la aceptación de su uso. En otros sistemas jurídicos, como Austria, dada la falta de una regulación legal de la telemedicina, el cambio de concepción de la relación inmediata médico-paciente es propuesto por la doctrina y la jurisprudencia. En suma, la relación personal médico-paciente en la asistencia a distancia se considera inmediata siempre que el médico pueda conseguir una impresión personal del paciente a pesar de no contar con su presencia física. Sin embargo, esta interpretación plantea dudas respecto a si en Austria se admitiría la asistencia médica prestada exclusivamente por medios de comunicación a distancia.

En los diferentes sistemas jurídicos estudiados, el reconocimiento de la equivalencia funcional acto médico/acto de telemedicina, hace posible someter el acto de la telemedicina al derecho común aplicable a la actuación profesional médica. Sin embargo, esta remisión, también ha supuesto una relajación del legislador en la necesaria tarea de regular de forma amplia la telemedicina. La utilización de los medios de comunicación a distancia en la telemedicina requiere incorporar en el acto médico unas especiales garantías que aseguren su realización y que a nuestro entender, deberán ser tipificadas de forma amplia en una legislación especial sobre telemedicina.

<https://www.sozialministerium.at/Themen/Gesundheit/eHealth/Telemedizin.html>).

³⁵ Ver WARTER, J (2020), Zur Unmittelbarkeit der ärztlichen Leistungserbringung, *Das Recht der Arbeit*, 205.

Bibliografía

- ◆ Asociación Salud Digital (2020), *Guía Básica de recomendaciones para la Teleconsulta*.
- ◆ Bergmann, K.O. (2016); Telemedizin und das neue E-Health-Gesetz, *Medizinrecht*, 34, pp.497-502.
- ◆ Bundesärztekammer (21-03-2018) Synopse zur Änderung § 7 Abs. 4 MBO-Ä Fernbehandlung.
- ◆ Bundesministeriums für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz (2021) “Telemedizin in Österreich”.
- ◆ Camacho, S. (2021) “La telemedicina en la pandemia por el COVID-19: cuestiones jurídicas” en Navas. S (Dir); *Salud e inteligencia artificial desde el derecho privado: con especial atención a la pandemia por SARS-CoV-2 (covid-19)*, (p.94), Granada, Comares.
- ◆ _____ (2016) “Documentos y firma electrónica” en Navas. S / Camacho. S; *Mercado Digital*, (p.214), Valencia, Tirant lo Blanch.
- ◆ Caryl, C (1997); Malpractice and Other Legal Issues Preventing the Development of Telemedicine, *Journal of Law and Health*, pp. 173-204 (p.199).
- ◆ De las Heras, M.A (2008), *Concepto de acto y tratamiento médicos, Estatuto ético-jurídico de la profesión médica*. Tomo II, (pp. 461-566), Madrid, Dykinson.
- ◆ Dieter, H/Dochow,C; (2020), *Handbuch des Fachanwalts Medizinrecht*, Köln, Luchterhand, Rdnr.275.
- ◆ Emberger, H/Wallner,F.(2008); *Ärztegesetz mit Kommentar (49§)*, Wien,Verlagshaus der Ärzte, p. 213.
- ◆ Field, M,J;(1996),*Telemedicine: A Guide to assessing telecommunication in health care*, Washington DC, National Academy Press.
- ◆ García, M/Castillo, J.M; (2011), *Manual práctico de responsabilidad de la profesión médica*, Granada, Comares, pp.56 y ss.
- ◆ Gisbert, J.A (2019), *Medicina legal y toxicología*, Barcelona, Elsevier, ATAZ, J; (2002), *Los médicos y la responsabilidad civil*, Madrid, Montecorvo.
- ◆ Grundtner, B, (2017), Zur Unmittelbarkeit der ärztlichen Behandlung, *Zeitschrift für Gesundheitsrecht (ZfG)*, 36, p. 39.
- ◆ Köpetz, R. (1990) Die telefonische Beratung-eine ärztliche Tätigkeit, *Österreichische Ärztezeitung (ÖÄZ)*, 5, 31 (31ff).
- ◆ Kopetzki, C; (2018) “Telegesundheitsdienste und “unmittelbare” Berufsausübung-(K)ein Widerspruch? , *Recht der Medizin*, 25, p.41.
- ◆ L’agence Française de la Sante Numerique (2018) ; *Téléconsultation : Comment garantir la sécurité des échanges*.
- ◆ Laín, N.P (1964); *La relación médico-enfermo. Historia y teoría*, Madrid, Ediciones Castilla.
- ◆ Lennartz, M (2020), *Handbuch des Fachanwalts Medizinrecht*, Köln, Luchterhand. Rdnr. 31-33.

- ◆ Lexer, M.G; (2020), Recht(sfragen) der Telemedizin, *Recht der Medizin*, 280, pp.255-263.
- ◆ Martínez, J.A (2018), *El régimen jurídico de la salud electrónica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
- ◆ Mergnac.K/Phillipe.T/Moulin.T/Binet,J.R (2012); Télémédecine: quel cadre juridique lui conférer?, *European Research in Telemedicine* , 1, 66-69.
- ◆ Nentwich, M (1997), Digitalisierung der Medizin Zur Klärung einiger rechtlicher Fragen der Telemedizin, *Recht del Medizin*, 175, p.175.
- ◆ Palomar, A/Cantero,J (2013); *Tratado de Derecho Sanitario*, Vol. 1, Navarra, Aranzadi, pp.1009 y ss.
- ◆ Reiter, B/Tureck,J/Weindenfeld, W (2011), *Telemedizin-Zukunftsgut im Gesundheitswesen*, C.A.P. Analyse, 1/2011, s.9.
- ◆ Schulz, S/ Steigleder, K/Fangerau, H/Paul.N.W; (2006), *Geschichte, Theorie und Ethik der Medizin*; Frankfurt, Suhrkamp Verlag.
- ◆ Simon.P/Williatte Pellitteri (2012); Le décret français de télémédecine: une garantie pour les médecins; *European Research in Telemedicine*, 1, pp.70-75.
- ◆ Spickoff, A; (2018); *Medizinrecht*(2018); Rn. 14-18, München, C.H. Beck.
- ◆ Stellamor, K/ Steiner,J.W; (1999), *Handbuch des österreichischen Arztrechts*; Wien, Manzsche Verlags, p.77.
- ◆ Strobl, K; (1976), *Das österreichische Ärztegesetz mit Kommentar*, Wien, Verlag der Österreichischen Ärztekammer.
- ◆ Tur Fernández, M^a.N; (2022); “E-salud, derecho de información y consentimiento informado” en GIL MEMBRADO, C (Dir.), *M-Health, Genética, IA, Robótica y Criogenización*, Madrid, Dykinson, pp.33-55.
- ◆ Warter, J (2020), Zur Unmittelbarkeit der ärztlichen Leistungserbringung, *Das Recht der Arbeit*, 205.
- ◆ Wirbel-Rusch, A; (2001) *Telemedizin*, Wien, Verlag Österreich.

Fecha de recepción: 7 de noviembre de 2022

Fecha de aceptación: 24 de enero de 2023

Fecha de publicación: 14 de febrero de 2023