

# **ASPECTOS LEGALES DEL TRABAJO DE LAS MATRONAS**

## **Universidad Internacional de Andalucía – 13 de mayo 2008**

### **Algunos aspectos destacables**

Juan Siso Martín

E.Mail: [juan.siso@salud.madrid.org](mailto:juan.siso@salud.madrid.org)

Móvil: 625 555 266

Con particulares connotaciones se desarrolló la profesión de Matrona en siglos pasados, cuando el riesgo tenía como objeto a la madre y sobre todo a la criatura. La acción obstétrica era de alto riesgo en este concreto campo. Hoy, con altas tasas de seguridad perinatal el riesgo se dirige a la propia profesional, que ve complicarse su acción clínica y ejerce una profesión de alto riesgo clínico y jurídico. El número de demandas en la Obstetricia es de los más elevados, porcentualmente, junto con la Traumatología y la Cirugía, pero si analizamos el importe de las condenas, esta especialidad se sitúa a la cabeza.

Veamos alguno de los componentes jurídicos más señalados.

### **ACTO CLÍNICO Y TRABAJO EN EQUIPO**

#### **Acto clínico.**

Se trata de cualquier actuación sobre un cuerpo humano, por un profesional sanitario, en el ejercicio de su actividad profesional.

Se incluyen como tales los característicos de la función asistencial (de prevención, diagnóstico, tratamiento e incluso de investigación) a los que hay que añadir aquellos otros que suponen la emisión de documentos sanitarios: certificados, partes de alta y baja, recetas y, como no, la propia historia clínica. ya que constituyen ejercicio de la profesión médica.

Es importante hacer la distinción entre actos asistenciales propiamente dichos y actos satisfactivos. Los primeros tienen finalidad curativa, mientras que los segundos no persiguen tal objetivo. Una reparación de una fístula y una intervención de cirugía en un queloide son claros ejemplos de cada categoría. La distinción tiene la trascendental importancia de que en los primeros la obligación es de medios, mientras que en los

segundos es de resultados y la información a facilitar al paciente, en estos últimos, ha de ser exhaustiva.

### **El trabajo en equipo**

El ejercicio actual de la actividad asistencial hace esta variante cada vez más frecuente, bajo las siguientes formas:

- ◆ División del trabajo: Permite delimitar las concretas funciones de cada miembro del equipo, para que cada uno pueda concentrarse en su cometido, si bien presenta como inconveniente la posibilidad de fallos en la coordinación o defectos organizativos. La división puede ser horizontal (cirujanos y anestesiistas) o vertical (médicos y personal auxiliar).

- ◆ Principio de confianza: Necesario por el hecho de la división del trabajo supone que cada profesional ha de confiar en que el resto del equipo se comportará con la pericia y diligencia exigibles, salvo que hechos reconocibles induzcan a pensar lo contrario.

## **LOS PROTOCOLOS Y LA LEX ARTIS**

### **Los protocolos.**

Son la fijación pormenorizada de pautas de actuación, perfectamente descritas, en supuestos previstos en la práctica asistencial.

La razón de su existencia es la complejidad de la práctica médica y la necesidad de desempeñar aquella bajo condiciones de seguridad.

Su importancia es el valor que para los jueces pueden revestir, por la delimitación objetiva que suponen. No obstante los tribunales prefieren, a veces, la prueba pericial.

Hay que precisar que el profesional sanitario no se encuentra constreñido, de forma absoluta, por el protocolo y que en caso necesario puede apartarse de él, si bien midiendo bien la relación riesgo – beneficio para el paciente y cuidando de justificar el abandono del protocolo ante un eventual daño al enfermo.

### **La Lex Artis ad hoc.**

Se trata de la aplicación de la Lex Artis a un supuesto concreto, teniendo en cuenta las características del facultativo actuante, del paciente y del medio, así como de otros factores relacionados.

No hay que confundir este concepto con el de “indicación terapéutica” pues ésta es previa (cronológicamente) al ejercicio de la Lex Artis ad hoc y supone el análisis y valoración propios del acto médico. Son respectivamente el “qué” y el “cómo” de un tratamiento, por ejemplo. A pesar de su evidente diferencia, sin embargo, se ha venido atribuyendo el doble papel a la Lex Artis.

Esta se descompone, respecto del paciente, en las tres obligaciones siguientes.

- Información adecuada: Sobre el diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento (con expresión de los riesgos). Ha de ser emitida de forma inteligible y suficiente para posibilitar la emisión, en su caso, del consentimiento.
- Aplicación de los medios disponibles, en el tiempo y lugar de la asistencia, adecuados al estado de la ciencia.
- Continuación ininterrumpida del tratamiento, hasta el alta médica, con advertencia del riesgo de abandonarlo.

## **ERROR MEDICO Y CULPA MEDICA**

### **Error médico.**

Se trata de una falsa apreciación de la realidad, que puede manifestarse en el diagnóstico o en la terapia, dando lugar, así, a las categorías de error diagnóstico o error terapéutico. La distinción más importante, sin embargo, a los efectos que ahora nos ocupan, es la siguiente:

1.- Error excusable: Supone la ruptura de la correspondencia error = responsabilidad, pues concurriendo el primero no arrastra, necesariamente, a la segunda. Es el ámbito del llamado error invencible, como cuando se confunden dos patologías con idéntica sintomatología o no se reconoce un proceso clínico enmascarado por otro más evidente.

2.- Error inexcusable: En este terreno es preciso distinguir las distintas categorías de culpa en función su gravedad: Imprudencia temeraria, imprudencia simple e impericia (o falta de destreza profesional). La valoración, que habrá de hacerse caso por caso, deberá de tomar en consideración el grado de previsión (poder saber) y el grado de infracción del deber de cuidado (poder evitar).

### **Culpa médica.**

1.- Culpa por omisión o desconocimiento de la técnica: Se da cuando se infringe la Lex Artis, siendo preciso considerar la constante evolución de la Medicina y de la tecnología, que lógicamente dificultan el mantenimiento “al día” de los profesionales.

2.- Culpa profesional: Supone una falta de adecuación entre los conocimientos técnicos que se poseen y la actuación desempeñada. Es el caso de la actuación negligente o descuidada.

3.- Culpa por actos contrarios al humanismo médico: El profesional ha de desempeñar su papel en la forma en la que es esperable que lo haga. Se trata de cumplir la obligación deontológica cuyo incumplimiento genera una falta que puede ser enjuiciada disciplinariamente en el ámbito colegial.

### **LA MEDICINA DEFENSIVA**

Al profesional sanitario se le condena por no hacer o por hacerlo mal y ello bajo criterios de responsabilidad muchas veces objetiva. Esto provoca en el profesional una reacción defensiva, que se conoce con la denominación expresada y que puede manifestarse de forma activa u omisiva.

- Por acción: Supone una ampliación de las pruebas diagnósticas orientadas a la detección de una patología, (aún cuando desde el punto de vista clínico no sean totalmente necesarias), con el objeto de reducir al mínimo el margen de error (y de riesgo).

- Por omisión: Cuando para no asumir riesgos profesionales no se agotan las posibilidades terapéuticas en el paciente, ante la mínima duda o peligro.

Esta práctica, en cualquiera de las dos formas, no sólo quiebra códigos éticos y deontológicos, sino también obligaciones de índole legal al suponer un defectuoso cumplimiento de la función asistencial.

Perjudica a todos los sujetos de la relación sanitaria: al paciente por el hecho de someterle a riesgos y molestias innecesarios; al Sistema Sanitario por ocasionarle unos gastos indebidos (en la medicina defensiva activa) y al propio profesional por colocarle en riesgo de ser demandado.

## **EL CONSENTIMIENTO INFORMADO**

El derecho a la información, respecto del enfermo o de la persona sana, tiene como objeto el orientar decisiones trascendentales para la conservación o recuperación de la salud. El paciente, inserto en la relación que le vincula con el Sistema Sanitario Público está en realidad a merced del mismo, por su situación doliente y por la falta de dominio científico del medio que le atiende.

La necesidad de consentir, por parte del ciudadano, considerada hoy como una obviedad, surgió a partir del Código de Nüremberg en 1947. Hasta mucho después, sin embargo, no se incorpora a las legislaciones nacionales y en España, concretamente, sucede a partir de la Ley General de Sanidad de 1986.

La información es el presupuesto ineludible de la autonomía individual para emitir el consentimiento y éste, a su vez, legitima la intervención sobre el paciente, a diferencia de lo usual en épocas anteriores en las que (bajo criterio paternalista) las decisiones del paciente las tomaba el médico sin contar con aquel.

La vigente Ley 41/2002 considera como Consentimiento Informado la conformidad voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades, después de recibir información adecuada, para que tenga lugar una decisión que afecta a su salud.

### **Destinatario. Supuesto básico:**

Es el de un paciente capaz y consciente que emite su consentimiento bajo las condiciones siguientes:

- Capacidad suficiente (ausencia de incapacidad)
- Consentimiento válido (carencia de vicios en él)
- Forma debida (consentimiento expreso y concreto)
- Anterior a la intervención (con posibilidad de revocación)

### **Destinatario. Menores e incapacitados:**

Respecto de los primeros el límite de edad de 18 años es orientativo, debiendo de atenderse a la madurez mental de un menor en concreto. La voluntad de los incapacitados, por otras razones, se suple por la de sus representantes legales.

El tratamiento concreto que la vigente normativa (Ley 14/2002) hace respecto de los menores es el siguiente:

- \* Menores de 12 años: Decide, libremente, su representante legal.
- \* Menor de edad, pero mayor de 12: Ha de ser oído.
- \* Mayor de 16 años o emancipado: Decide el menor
- \* En caso anterior si grave riesgo: Padres deben ser informados y oídos.
- \* Mayoría de edad para IVE, reproducción asistida y ensayos clínicos.

#### **Destinatario. Estado de inconsciencia:**

Pueden darse los casos siguientes: Que la situación permita una demora en la actuación, en cuyo caso se espera a que el paciente recupere la consciencia o se trata de localizar a sus familiares para que tomen la decisión que proceda. Cuando la actuación requiere inmediatez el médico obrará bajo su criterio profesional, amparado en el estado de necesidad. En este sentido se pronuncia la Ley 41/2002 cuando recoge como excepciones a la imposibilidad de actuar sin consentimiento del paciente los casos en los que esperar a tal conformidad podría depararle graves e inmediatos daños en su salud.

#### **Contenido de la Información**

Simple: La información ha de ser suficiente, aunque no excesiva.

Clara: Debe de expresarse en términos comprensibles.

Leal: Contendrá la verdad, sin cambiarla ni recortarla.

Continuada: Durante todo el proceso asistencial.

Escrita: Exigible bajo esta forma, es éste un aspecto muy matizable, pues una información escrita, por principio, podría enlentecer e incluso paralizar la práctica clínica diaria. Así la Ley 41/2002 (en su artículo 8.2) establece como regla general la forma verbal para el consentimiento, si bien se prestará bajo forma escrita en los siguientes casos:

- \* Intervenciones quirúrgicas
- \* Procedimientos invasores
- \* Cualquier actuación de notorio riesgo

#### **Alcance.**

Riesgos ordinarios y riesgos extraordinarios: La obligación de informar suele entenderse referida a los primeros, entendiendo por tales los concretos del acto o intervención de que se trate y que pueden, a su vez, ser frecuentes o no (sin confundir los riesgos ordinarios, pues, con los frecuentes). Hay que añadir además información sobre los riesgos concretos del medio y del estado del paciente. Cuando se trata de medicina satisfactiva la información habrá de extenderse, también, a los riesgos extraordinarios.

Tratamientos curativos y no curativos: Se dirigen los primeros a la recuperación de la salud. Mientras que los segundos afectan a campos como el de la cirugía estética o las esterilizaciones no terapéuticas, por ejemplo. En los curativos la obligación es de medios, mientras que en los segundos lo es (en términos generales) de resultados y por esta razón en los no curativos la información ha de ser exhaustiva y la actuación precisa de diligencia exquisita para no generar responsabilidad en el profesional sanitario.

### **Contenido del Documento**

Podemos considerar, como contenido imprescindible, en los documentos de consentimiento informado, los siguientes elementos:

- Identificación del médico y del paciente
- Descripción de la actuación clínica
- Relato de consecuencias seguras
- Descripción de los riesgos típicos
- Descripción de riesgos personalizados
- Constancias del “enterado” del paciente
- Consentimiento subrogado (en su caso)
- Mención de la posibilidad de revocación

La Ley 41/2002 añade las contraindicaciones y concreta un interesante principio, cual es el de que el médico responsable deberá de ponderar que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento (escrito) del paciente.

### **Límites.**

Se trata de precisar si el deber de informar tiene carácter absoluto o cede, en determinadas circunstancias, cuando entran en juego bienes jurídicos de mayor relevancia, como la vida.

Supuestos de Urgencia: Es claro que cuando de la demora en la actuación se puede deparar un perjuicio para el paciente no puede exigirse al médico que se pare a informar a aquel. La clave será, entonces, precisar cuando concurre la situación de urgencia (caracterizada por la concurrencia de un riesgo inminente y grave).

Tratamientos Obligatorios: En estos casos la salud colectiva se considera un bien de mayor valor que la individual y ello origina la exención de la obligación de informar.

Riesgo para la salud pública, en cuyo caso es posible actuar sin el consentimiento del paciente, debiendo de comunicar a la autoridad judicial, en el plazo de 24 horas, el hecho del internamiento si ha tenido lugar (artículo 9 de la Ley 41/2002). La futura regulación de los derechos de los pacientes en Castilla y León recoge (en el caso de enfermos mentales internados) la necesidad de revisar semestralmente tal medida y ponerlo en conocimiento de la autoridad judicial.

Renuncia al tratamiento : El derecho a renunciar surge como reverso lógico de la facultad de aceptar un tratamiento. Se reconoce el derecho a negarse a ser informado en la repetida Ley 41/2002, con la observación (importante) de que tal renuncia ha de constar por escrito.

En supuestos extremos puede suceder que se enfrenten dos derechos: el del paciente a rechazar un tratamiento y el del médico a preservar la salud de aquel, como podemos ver a continuación:

#### PAUTAS PARA EL PROFESIONAL SANITARIO

➤ El médico no está obligado a aplicar el tratamiento sugerido por el paciente si se considera no indicado, pero el profesional no puede elegir otro diferente sin contar con dicho paciente.

➤ Si el paciente rechaza una prueba que le es necesaria el médico dejará constancia escrita de la negativa y tratará de remover la negativa, pero nunca impondrá la prueba rechazada.

La regla general es aceptar la negativa, como derecho personalísimo que es.

## **EL CÓDIGO PENAL Y LAS PROFESIONES SANITARIAS**



Hay que dejar precisado que el Derecho Penal es una vía de mínimos; es decir que su utilización conviene sea restringida a los casos de mayor gravedad y alcance social.

Las leyes suelen ser el eco en el Congreso de la valoración social de aquellos asuntos que afectan a la ciudadanía y responden, así, a la importancia que en cada momento merecen. De esta forma el Código Penal vigente (Ley 10/1995) responde a la actual sensibilización social respecto de la práctica asistencial y los llamados errores médicos con un auténtico arsenal de preceptos dedicados a estas cuestiones, aumentando, sin duda, el control legal sobre el ejercicio de la Medicina.

Dedica a esta profesión, el citado cuerpo normativo, nada menos que 33 artículos de forma específica, es decir sin contar los delitos y las faltas que pueden atribuirse al médico de la Sanidad Pública por su condición de funcionario (que penalmente, desde luego, le es atribuible). Es la profesión médica la que, de entre todas las recogidas en el texto legal, merece más exhaustiva atención. Esta atención reviste tonos de rigor en las penas que aplica, pues sumadas todas ellas (en las conductas de los profesionales sanitarios) en su grado máximo totalizan 102 años de prisión, 124 de inhabilitación profesional y varios millones de euros en multas, responsabilidad civil aparte. Voy a darles cuenta del tratamiento de estas cuestiones en el Código vigente, de 1995, con las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 15/1993 de 25 de Noviembre, con vigencia desde el 1 de Octubre de 2004.

Es preciso comentar, siquiera brevemente, el tratamiento de algunas figuras que o aparecen de nuevo en este texto actual (los días multa, por ejemplo) o tienen un tratamiento distinto respecto de la anterior redacción normativa (la responsabilidad subsidiaria de la Administración, por ejemplo). Veamos sus figuras concretas:

#### ❖ LA INHABILITACIÓN PROFESIONAL O EL PELIGRO DEL DESEMPLEO

Es en el apartado de las penas en donde aparece una de las novedades más peligrosas del nuevo Código. Concretamente la pena de inhabilitación especial del médico, que puede llegar a hacerle cambiar de profesión. Esta sanción se prevé, generosamente, no ya sólo para los supuestos dolosos, sino también para aquellos otros de imprudencia profesional: tres supuestos por omisión de socorro o seis por imprudencia con resultado de muerte. El médico, en algunos casos, puede llegar a librarse de la prisión pero le acechará el desempleo.

Se han reducido las penas de prisión, en términos generales, en su duración, pero dicho este aserto positivo hay que dejar constancia, no obstante, de que la práctica totalidad de las conductas imprudentes traen consigo la inhabilitación profesional del causante del

daño. Cuando tenemos penas de esta índole que alcanzan los seis años, como hemos visto, y las instalamos en un colectivo profesional afectado por un empleo no siempre estable el resultado es alarmante.

No hay que olvidar, por otra parte, que la pena de inhabilitación, en su actual regulación, tiene carácter de principal y no de accesoria, con lo cual aún cuando no se cumpla la pena de prisión (bajo las condiciones que enseguida veremos) habrá de hacerlo el profesional con la de inhabilitación que se le pudiera haber impuesto. De ser accesoria (como ocurría en la anterior regulación) seguiría igual suerte que la principal de prisión (no cumplirse tampoco), cosa que ahora no ocurre al ser ambas independientes.

#### ❖ LAS PENAS LEVES PUEDEN EVITAR EL INGRESO EN PRISION

Se introduce en el Código Penal vigente la atractiva posibilidad de que el condenado a penas de prisión pueda no ingresar en ella. Los requisitos para ello son los siguientes:

- Pena privativa de libertad de duración inferior a dos años.
- Tener el condenado la condición de reo no habitual
- Haber resarcido las consecuencias económicas del hecho dañoso.

La pena carcelaria se puede sustituir, teniendo en cuenta la personalidad del condenado y las circunstancias concurrentes en el delito, por trabajos en beneficio de la comunidad o por multa pecuniaria. En el primer caso cada día de trabajos equivale a un día de prisión y cada dos días de multa a un día, también, de prisión.

En el Código anterior no alcanzaba este beneficio hasta los dos años de condena quedando limitado a uno sólo. Cabe añadir que los delitos derivados de imprudencia es normal que lleven aparejadas estas penas menores y que tales conductas, por otra parte, no generan antecedentes penales.

#### ❖ NO SE CUBRE LA RESPONSABILIDAD POR FALTA: ORDAGO A CHICA

Conforme a la actual redacción del Artículo 121 del Código Penal la Administración Pública responde subsidiariamente en el terreno económico, respecto de las conductas dañosas de sus empleados (siempre que actúen en el desempeño de sus cometidos públicos) sólo en el caso de que aquellos hubieren incurrido en delitos (dolosos o culposos), pero no cuando hubieren cometido faltas, es decir los “pecados veniales” de las conductas ilícitas en el terreno penal.

No puede menos que sorprender el hecho de que queden sin protección las faltas, infracciones de menor entidad y mucho más frecuentes que los delitos y que en el anterior texto penal eran objeto de igual protección. Un leve descuido, una negligencia de escasa entidad son suficientes para que surja esta problemática situación para el profesional.

El precepto referido, aún instalado en una norma de carácter penal, tiene naturaleza civil y rompe el sistema general de responsabilidades de los entes públicos privilegiando, inexplicablemente, a la Administración Pública. Surge este privilegio, precisamente, del perjuicio de las otras dos partes implicadas en un supuesto de responsabilidad penal: el autor causante del daño y el perjudicado por aquel. Es evidente el perjuicio del primero por el hecho de que queda en descubierto y con la única protección personal que su peculio o un aseguramiento, previamente suscrito, le puedan deparar. Respecto del segundo (el perjudicado) debe de advertirse que si el Estado no responde (en los supuestos mencionados de falta) y el autor del daño es total o parcialmente insolvente se obliga al perjudicado a un peregrinaje jurisdiccional dirigido a la obtención del resarcimiento pretendido.

Es cierto que las Administraciones Sanitarias disponen, en su mayoría, de seguros de responsabilidad para atender estos casos, pero puede no ser así, en casos concretos, y la utilización de la vía penal para obtener el resarcimiento es frecuente. Es, en efecto, un recurso jurídico fácil y socorrido pues con solamente obtener del juez una declaración de culpabilidad (aún de mínima intensidad) ya se abre la vía indemnizatoria, sin que sea precisa la previa determinación de prisión para el autor del daño.

Esta sorprendente ausencia de las faltas entre los supuestos causantes de indemnización a cargo de la Administración reclama (en defecto de una reforma legal que las incluya) una interpretación integradora del precepto normativo, en el sentido de entender que acoge la responsabilidad subsidiaria del Estado por cualquier infracción penal, al considerar que utiliza el concreto término “delito” en dicho genérico sentido. Se pronunció siguiendo este criterio el Tribunal Supremo en una sentencia de 11 de Enero de 1997, preconizando una interpretación analógica extensiva del vocablo delito asimilándolo a infracción criminal.

#### ❖ LOS DIAS MULTA. CADA UNO SEGÚN SU BOLSILLO

Es, asimismo, novedosa la forma de prever la pena de multa, mediante el nuevo sistema de días multa. Consiste en la fijación de una cuota (un multiplicador) que el juez fija entre 2 y 400 euros por día (en función de las posibilidades económicas del condenado) que se aplica sobre el tiempo fijado para la sanción, desde 30 días a 10 años La cuantía tiene

como referentes el daño causado o el beneficio obtenido por el condenado. Esta pena es aplicable, en exclusiva, a ciertos delitos: falsedad en certificados médicos, por ejemplo.

Se aleja, con este nuevo sistema, el problema de que las multas lineales (en cantidades iguales para el mismo hecho, cualquiera que sea el condenado) perjudicaban más, evidentemente a los económicamente más débiles pues igual cantidad les suponía mayor daño en su economía.

Nada tiene que ver, evidentemente, con la fijación de las cuantías correspondientes a la indemnización pues ésta tiene como referencia no la capacidad de pago del causante del daño, sino reparar dicho daño bajo criterios de indemnidad: restaurar en igualdad (ni quedarse corto ni exceder el coste del daño).

En caso de incumplimiento del pago de la multa fijada, se produce la responsabilidad personal subsidiaria del condenado. Se cuantifica ésta en un día de privación de libertad por cada dos cuotas de multa no satisfechas. Si la multa se sustituye por trabajos en beneficio de la comunidad la cuantificación es a la par (un día de multa por un día de trabajo).

#### ❖ LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCION PARA RECLAMAR. UN RESPIRO

Hemos de destacar el significativo avance registrado en lo que respecta a la prescripción de las acciones objeto de reclamación . El anterior plazo de 5 años, durante el cual el perjudicado podía dirigirse al médico para exigirle responsabilidad, queda reducido actualmente a 3 para los casos de menor gravedad (hechos sancionados con menos de 3 años de cárcel, 24 meses de inhabilitación o 2 de multa). Se abarcan, de esta forma, la mayoría de los delitos relacionados con la actividad médica y casi todos los que pueden ser cometidos de forma imprudente (excepto que concurra el resultado de muerte). Es importante, como queda ya apuntado, precisar que el plazo de prescripción opera de forma ajena a la comisión dolosa o culposa de los hechos.

Supone esta minoración en el plazo disponible para reclamar indudablemente un alivio para el profesional que ve, de esta forma, alejarse la posibilidad de ser reclamado en menos tiempo que en la normativa anterior. La prescripción ha de existir (un elemental principio de seguridad jurídica lo exige) pero evidentemente el acortamiento de los plazos para reclamar juega siempre en beneficio del profesional.

## **ALGUNAS FIGURAS DESTACABLES DEL CÓDIGO PENAL**

Mencionaré, solamente, dos destacados tipos penales, no pudiendo abordar un estudio de mayor envergadura en razón a lo reducido de este apunte.

#### ◆ DENEGACION DE ASISTENCIA SANITARIA O ABANDONO DEL SERVICIO

El Artículo 196 del actual texto penal castiga al profesional que, estando obligado a ello, denegare asistencia sanitaria o abandonare el servicio sanitario, si de estas conductas se derivase peligro grave para la salud de las personas. La pena asignada es de multa de 3 a 12 meses que se agrava (multa de 6 a 12 meses y prisión de 6 meses a 1 año) si el daño sobrevino por accidente causado por quien incurrió en las conductas expuestas e incluso puede llegar a 24 meses de multa y 2 años de prisión y 3 de inhabilitación profesional cuando la causa radica en una imprudencia del autor del daño.

Este precepto, de confusa redacción, tiene prevista en el actual sistema punitivo como forma de ser enjuiciado, para el delito que describe, la actuación del Jurado. Es preciso tener en cuenta la gravedad de las penas asignadas a este delito y las indemnizaciones millonarias que pueden ser asignadas.

Las circunstancias requeridas para la concurrencia de esta figura delictiva son las siguientes:

##### 1.- Que el autor sea un profesional sanitario

Este supuesto es fácil, normalmente, de precisar cuando concurre, debiendo de dejar constancia de que a los efectos del Código Penal no importa la índole de la relación (en propiedad, interino, eventual, funcionario, estatutario, laboral...) que une al profesional con la Administración Sanitaria, sino la existencia del vínculo mismo.

##### 2.- Que se produzca denegación de asistencia o abandono del servicio

Este extremo, por el contrario, es problemático en su determinación. En efecto sólo puede concurrir denegación de asistencia cuando no se preste ésta habiendo obligación positiva de hacerlo. el Código Penal, no obstante, no precisa cuando ha de ser así y hay que acudir a la regulación administrativa para saberlo. De esta forma no hay delito de denegación de asistencia en los casos de huelga legal, pues el ejercicio de este derecho constitucional releva de la obligación de prestar asistencia mientras es ejercitado por el profesional.

No es más fácil valorar la situación de abandono del servicio (segunda conducta punible mencionada) pues el personal ha de encontrarse en la concreta posición de servicio en el momento de producirse la posible conducta delictiva.

La falta de asistencia, cuando no concurre con la situación concreta de prestación de servicio puede integrarse en la figura genérica de la omisión de socorro, pero no es la figura específica que recoge el artículo ahora expuesto. Próximas a estas figuras delictivas podemos situar aquellos casos sumidos en la figura del garante de la asistencia y otras asimiladas, a las que me he referido al tratar las conductas omisivas.

### 3.- Que se produzca un riesgo grave

Se trata, como es evidente por la mera redacción del precepto, de un delito de riesgo. Es decir para que surja el ilícito no es preciso que llegue a producirse daño alguno, pues si aparece cualquier lesión estaríamos en presencia, además del delito de riesgo, de otro delito de lesiones o de homicidio. según procediera.

El riesgo, eso sí, ha de ser relevante, cualificado, caracterizado por su trascendencia para la salud de la persona que deba de estar amparada por la asistencia.

### 4.- Que exista consciencia de la existencia del riesgo, por parte del profesional

Ello imposibilita la comisión culposa o negligente caracterizando estas conductas el hecho de que el profesional deniega la asistencia o abandona el servicio a sabiendas del riesgo en el que, con dichas conductas, sitúa a la persona a quien debe la asistencia.

Es, en efecto, un delito doloso y por ello su comisión y condena origina antecedentes penales para su autor, con lo cual si se logra eludir la prisión en una primera condena, en caso de un segundo fallo condenatorio el ingreso en prisión es seguro y ello con independencia de cual sea la condena impuesta en este último.

Si se apura el rigor en la valoración de las conductas de posible inclusión en esta figura delictiva, pueden ser incluidos casos, no sólo de un abandono momentáneo del servicio, sino incluso un incumplimiento horario del profesional y llevar todo esto al terreno penal parece excesivo. No hay que olvidar que el Derecho Penal es lo que se conoce como una vía de mínimos y por ello su aplicación ha de ceñirse a aquellos casos más graves o flagrantes, como el del médico que avisado de un grave percance se desentiende y no acude a prestar la asistencia debida, informado y consciente del grave peligro en el que sitúa al ciudadano que precisa dicha asistencia.

Es preciso dejar constancia de un peligro potencial, de notoria importancia, para el profesional, que deriva de la forma que se prevé para enjuiciar este tipo de delitos. Se trata de la actuación de los Jurados que, compuestos por ciudadanos legos en Derecho, enjuician a un profesional de la Medicina que, por haber denegado la asistencia o haber abandonado el servicio sanitario a los que estaba obligado, ha puesto en peligro la salud de un ciudadano (como los propios miembros del Jurado). Es preciso volver a mencionar que no es preciso que se produzca daño alguno, bastando con que exista el riesgo.

No es difícil pensar a favor de quien se posicionarán, de entrada, los componentes de dicho órgano juzgador respecto de quienes (por su propia aprofesionalidad jurídica) parece que no les será fácil que les asistan el rigor, la ponderación y el criterio necesarios para valorar tan complejo delito, en los elementos descritos con anterioridad.

Debemos recordar que no pueden formar parte del Jurado, no sólo profesionales del Derecho, sino también aquellas personas a quienes se les pueda suponer, fundadamente, conocimientos jurídicos por encontrarse en algún punto de la órbita del Derecho. Es muy difícil para el médico, por otra parte, concebir la esperanza de encontrarse, entre los miembros del Jurado, con un colega que pueda comprender y valorar la situación, pues cualquier miembro de dicho órgano puede ser recusado y es fácil pensar que el ciudadano perjudicado (o sus herederos, en su caso) harían uso inmediato de esta instrumento para alejar cualquier sombra de corporativismo en el enjuiciamiento del caso que conoce el Jurado.

Cuenta este órgano en su actuación con el aval que supone la presidencia del mismo por un Magistrado, pero no hay que olvidar que la decisión de los miembros del Jurado versa, nada menos, que sobre la prueba del hecho imputado y la concurrencia de culpabilidad en el profesional.

Está prevista la actuación de este órgano juzgador en el seno de las Audiencias Provinciales y, por tanto, sus decisiones son recurribles ante el Tribunal Supremo y debemos de reconocer que este Tribunal ha venido haciendo demostración de entendimiento y ponderación de las vicisitudes del ejercicio asistencial, lo que aporta algo de tranquilidad a esta inquietante cuestión del enjuiciamiento de esta figura delictiva.

#### ◆ EL SECRETO PROFESIONAL Y SUS IMPRECISOS LIMITES

En su actual redacción el artículo 197 del Código Penal castiga hasta con cuatro años de prisión al profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva,

divulgue los secretos de otra persona. La multa prevista puede llegar a los 24 meses y la inhabilitación profesional a los seis años.

Penas privativas de libertad y sanciones económicas de igual importancia se prevén para las conductas de apoderarse, utilizar o modificar (sin autorización, en ningún caso) en perjuicio de tercero de datos reservados pertenecientes a otra persona. Las mismas sanciones alcanzan a quien (careciendo igualmente de autorización<sup>9</sup> simplemente accede a la información a la que se viene haciendo referencia. Estas conductas se sancionan con las penas en su grado máximo cuando la información protegida pertenezca a determinadas materias, entre otras los datos sanitarios o la víctima del quebrantamiento del secreto fuera un menor o un incapaz.

Es evidente el duro trato que el texto penal otorga a estas conductas, mismo texto en el que se rebajaron las condenas a delitos de la máxima gravedad como el homicidio, el asesinato o la violación, respecto de su anterior redacción. Se carece en nuestro país de una valoración del secreto profesional acorde con esta dureza, por una parte y por otra (y esto es mucho más grave) se contienen conductas cuyos límites no están previamente fijados. El profesional desconoce, con la necesaria precisión, a quien, cómo, cuando y donde puede desvelar determinadas informaciones "sensibles". Esta indefinición previa de los límites le coloca en una peligrosa situación y supone, por parte de los poderes públicos, un incumplimiento del artículo 24, 2 de la Constitución.

Llama la atención el hecho de que se considere delito el simple acceso no autorizado a la información y esto en el caso de los datos sanitarios es particularmente grave, pues no está determinado, de forma indubitada, por ejemplo, quien puede acceder a una Historia Clínica. Si a esta inconcreción añadimos el que las Historias se encuentran en los pasillos de los centros sanitarios y que los datos de los pacientes se ubican en archivos informáticos (gestionados a veces, incluso, por empresas externas) la cuestión es más que problemática.

De igual forma se castiga el modificar o alterar los datos en perjuicio de un tercero. Es fácilmente imaginable esta conducta en el facultativo que, denunciado por un ciudadano, introduce extemporáneamente datos nuevos (incluso solamente aclaratorios de lo anotado en su día) con el objeto de garantizar su posición frente a la del reclamante. De descubrirse esta actuación no sería difícil que el profesional fuera inculcado por la figura delictiva que estamos tratando.



E.Mail: [juan.siso@salud.madrid.org](mailto:juan.siso@salud.madrid.org)

Móvil: 625 555 266