

MESA REDONDA:

“LA ASISTENCIA JURIDICA ACTIVA AL PERSONAL DE LOS SERVICIOS DE SALUD. El fenómeno de las agresiones”

Rafael Cáliz Cáliz

Subdirector de Asesoría Jurídica
Servicio Andaluz de Salud

En relación con el tema propuesto, pretendo hacer algunas consideraciones sobre en qué supuestos concretos (por más habituales) y con qué alcance puede desarrollarse el asesoramiento legal y la representación y defensa judicial del personal que presta sus servicios en los centros sanitarios del SNS, centrada en lo que se ha dado en llamar el fenómeno de las agresiones, y, por tanto, desde la perspectiva de lo que sería la asistencia jurídica activa.

La asistencia jurídica pasiva, que acaba de ser analizada, no plantea a mi juicio ningún problema para su efectividad, en la medida que se trata de una práctica normal de nuestros servicios jurídicos, que afortunadamente ha decaído considerablemente en la actualidad, hasta situarse en parámetros razonables, pese a que persista aún esa indecisa estrategia procesal, destinada a recurrir a la vía penal para exigir la responsabilidad de los profesionales sanitarios, aún a sabiendas del archivo de la diligencias previas, con el objetivo de obtener un anticipo de prueba, para el posterior recurso contencioso-administrativo sobre responsabilidad patrimonial, derivada de la asistencia sanitaria.

Sin embargo, la posibilidad de asumir la representación y defensa judicial del personal activamente, incluyendo el ejercicio de acciones, como respuesta a requerimientos que el funcionamiento de la Administración Pública de nuestro tiempo demanda, supone una novedad instaurada recientemente en nuestro ordenamiento jurídico, como se acaba de exponer por el anterior interviniente, por lo que no voy a incidir en ello.

Sólo me interesa brevemente reiterar aquellos elementos que han de darse para que la asistencia jurídica a emplea-

dos públicos sea posible: 1) que una norma reglamentaria (o legal) lo regule y en qué términos, convirtiéndose en su eje central; 2) que da igual la posición procesal que el empleado público ocupe en el proceso, tanto si es parte activa como si es pasiva; 3) que los procedimientos judiciales se sigan (o puedan seguirse) por actos relacionados con el desempeño del puesto de trabajo; y 4) que no exista conflicto de intereses por la posición del Servicio de salud en el mismo o en otro proceso (incompatibilidad material).

Como se conoce, en el entorno de los Servicios de Salud, cada vez es mayor la demanda existente para que la asistencia jurídica activa se materialice y permita afrontar adecuadamente el problema.

Son varios, entre ellos el Servicio Andaluz de Salud, los Servicios que han aprobado « planes (y medidas) de prevención y atención de agresiones », como instrumentos con los que abordar este fenómeno, que no sólo se da en ese entorno, sino que también afecta a otros servicios públicos, como los educativos, que obedece a múltiples factores generadores de situaciones de violencia, y que no sólo atenta contra la integridad física, la libertad, la dignidad y los derechos de los trabajadores, sino que perturba gravemente la prestación del servicio, amenazando la eficacia de las organizaciones públicas que los proveen.

Por la especial relación entre usuarios y profesionales de estos servicios, el riesgo a sufrir agresiones o actos de violencia es elevado, según confirman estudios de la UE y de la OIT, dándose la paradoja de que cuando históricamente el ciudadano goza de más derechos con respecto a la protección de la salud, -vid. la LGS o la legislación de las CCAA al respecto- las manifestaciones violentas de

los usuarios o de sus familiares o acompañantes aumentan, quizás en la misma o mayor proporción que el incumplimiento de sus deberes legales, como el de “mantener el debido respeto a las normas establecidas en cada centro, así como al personal que preste servicios en los mismos”.

En estos planes, junto con las medidas orientadas a apoyar al profesional sujeto pasivo del incidente, se ofrece asistencia jurídica, que podrá comprender el asesoramiento jurídico y las acciones legales correspondientes, según sea el supuesto y de acuerdo con la regulación o regulaciones aplicables.

No obstante, conviene previamente acotar algunas cuestiones, empezando por la noción de agresión.

Entre las distintas acepciones del término, existe una primera definida como «acción de agredir» [acometer a alguien para hacerle daño] y otra posterior que la define como «acto contrario al derecho de otro»; la primera, se compadece más con el concepto jurídico penal que la relaciona con hechos constitutivos de delito o falta de lesiones, o de delito de atentado a funcionarios públicos (art. 24 CP), aún cuando en puridad el CP utiliza la expresión sólo cuando se refiere a las agresiones sexuales (arts. 178-180 CP), mientras que la segunda tiene un sentido más amplio, de uso común y generalizado, que comprendería no sólo actos contra la integridad física, sino aquéllos que pudieran ser ofensas, difamaciones, amenazas, etc., y que sin duda ha sido la adoptada en la elaboración de dichos planes, con la idea de abarcar cuantos supuestos pudieran presentarse.

Antes, también, habrá que acotar a qué nos referimos cuando hablamos de asistencia jurídica activa al personal durante o con ocasión de la prestación de su servicio. Me refiero a que no sólo abarcaría a hechos punibles que tuvieran lugar en el centro sanitario, sino que también tendría que comprender aquellos que se producen fuera del mismo, se trate de personas que ejercen sus funciones en la asistencia domiciliaria, en la asistencia de urgencias, en los desplazamientos obligatorios por razón del servicio o en labores de inspección sanitaria.

A tenor de los precedentes conocidos, las infracciones penales más frecuentes, lesiones, amenazas, coacciones e injurias, están más en el campo de las faltas contra las personas de los artículos 617 y 620 CP, que en el de los delitos correspondientes, salvo el delito de atentado, al que después me referiré.

Al tratarse afortunadamente de hechos con menor o escasa relevancia penal, se diría, desde una perspectiva meramente práctica, que estaríamos ante asuntos sin complejidad jurídico-técnica, pero no se podrá negar el fuerte impacto que causa en aquéllos que las sufren, independientemente de su grado de intensidad o gravedad.

Así, mientras que el delito de lesiones (art. 147 CP) exige que la lesión cause «menoscabo de la integridad corporal o la salud física o mental» del sujeto pasivo, y «requiera objetivamente, para su sanidad, tratamiento médico o quirúrgico, además de una primera asistencia facultativa», la falta de lesiones del art. 617.1 CP, por el contrario, no requiere para su curación tratamiento médico o quirúrgico, aunque sí una primera asistencia médica, distinguiéndose a su vez de la falta de malos tratos de obra (art. 617.2 CP) porque su comisión no implica lesión alguna.

A este respecto, el art. 147.1, en su segundo párrafo (añadido por LO 15/2003, de 25-1), prevé para la reincidencia, la imposición de la misma pena que al delito [prisión de 6 m. a 3 a.], cuando un mismo sujeto «en el plazo de un año, haya realizado cuatro veces la acción descrita en el art. 617 de éste Código».

La distinción del delito de amenazas (art. 169 CP), caracterizado porque el mal anunciado ha de ser constitutivo de los delitos contra las personas, contra la libertad, la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio intimidando al amenazado, con la falta de amenazas (art. 620 CP «amenazar levemente con armas y otros instrumentos peligrosos a otro o por causar amenaza leve»), radica en que ésta es sobre todo circunstancial, debiendo atenderse a la gravedad, seriedad y credibilidad de la conminación del mal, por lo que estamos ante un criterio más cuantitativo que cualitativo.

Por su parte, mientras que en el delito de coacciones (art. 172 CP) se requiere una conducta violenta, dirigida a impedir a otro hacer lo que la ley no prohíbe o a compelirle a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto, para la falta de coacciones (art. 620.2 CP) es bastante con que la violencia ejercida sea de menor intensidad, como señala la STS de 5-5-99: «la especial atenuación de las coacciones que prevé el art. 620.2 no se deriva de la inexistencia de violencia, sino de la reducida incidencia de la misma en la libertad de decisión y de acción del sujeto pasivo».

Lo mismo ocurre con el delito (art. 208.1 CP) y la falta de injurias (art. 620.2 CP), de palabra o de obra [tanto por «acción» como por «expresión»] relativas a la protección jurídico penal del honor, concurrente con la vía civil de la L. O. 1/1982, de 5-5 (Disposición final 4ª CP), que para acotarlas hay que atender a la mayor o menor gravedad desde una perspectiva pragmática.

En este asunto, y con independencia de su eventual relevancia penal, hay que reparar en que las nociones de dignidad y de honor no son conceptos iguales para todos, pues como afirma reiterada doctrina del TC (por todas, SSTC 180/1999 y 49/2001), el honor es un concepto indeterminado cuya delimitación depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento (concepción dinámica), y de ahí que los órganos jurisdiccio-

nales dispongan de cierto margen de apreciación a la hora de concretar en cada caso qué deba tenerse por lesivo del derecho fundamental que lo protege.

En este contexto, su introducción en el ámbito de la defensa judicial del personal podría conllevar problemas de percepción subjetiva, esto es, posibles discordancias entre la apreciación de la persona que considere que se ha atentado contra su honor ante unos hechos determinados y aquél a quien corresponda valorarlos con objeto de iniciar el procedimiento de autorización del ejercicio de las acciones que correspondan.

En cualquier caso, se trata de una materia que podría modularse según las circunstancias de cada caso o estableciendo supuestos definidos, que en la práctica, en la mayoría de las ocasiones, se resuelve al encontrarnos en presencia de concurso de infracciones, como la falta de amenazas junto a la de injurias.

Por último, el delito de atentado contra la autoridad, sus agentes o funcionarios (arts. 550 y 551 CP), destinado a la protección de la convivencia ciudadana, en palabras del TS (STS de 4-6-2000) ante «la necesidad de que los agentes públicos, que actúan al servicio de los ciudadanos, gocen de la posibilidad de desempeñar sus funciones de garantía y protección sin interferencias ni obstáculos, siempre que actúen en el ejercicio legítimo de su cargo», es un tipo, que para su comisión exige que haya «acometimiento, [es decir, agresión física, sin lesión o no necesariamente], empleo de fuerza o intimidación », y que empiece a tener su relevancia en nuestro ámbito, en la medida que pudiera convertirse en una vía eficaz a través de la cual orientar el tratamiento legal de las agresiones, siempre que se den los elementos del tipo: comportamientos violentos o intimidatorios durante el ejercicio de las funciones de los profesionales sanitarios y demás personal de los centros asistenciales, y que por parte de su autor se conozca de modo inequívoco que está actuando contra un funcionario/empleado público. (Se castiga con pena privativa de libertad. Prisión de 1 a 3 años).

Ese fue el caso en un Juicio Rápido de un Juzgado de lo Penal, cuya sentencia de conformidad condenó a las denunciadas por dos delitos de atentado (a 1 año y seis meses de prisión a cada una, además de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo) y por dos faltas de lesiones (a 8 días de localización permanente a cada una y la accesoria de prohibición durante 6 meses de aproximación a 50 metros a las víctimas), sufridas por una médico de familia y una enfermera de un Centro de Salud, agredidas y golpeadas por las denunciadas « a sabiendas de la función ejercida » por una y otra.

Para completar mínimamente el ámbito de actuación jurídica sobre las agresiones sólo mencionaré aquellas cues-

tiones jurídico formales y procesales a considerar en este contexto.

En primer término, recordar el carácter antiformalista de nuestro ordenamiento en lo que se refiere a la puesta en conocimiento del juez de la sospecha de la comisión de una acción punible, que permite que para la iniciación del proceso penal sea suficiente con su transmisión, a excepción de los delitos perseguibles a instancia de parte, los llamados delitos privados en los que la titularidad de la acción corresponde al ofendido.

El modo más común, la denuncia (arts. 259-269 LECRIM), que podrá ser verbal o escrita, personal o por medio de mandatario, se puede efectuar indistintamente ante un órgano judicial, el Ministerio Fiscal o la policía, estando obligados a formalizarla:

1. El testigo directo del hecho delictivo.
2. Los que por razón de su cargo, profesión u oficio tuvieren noticia de delito público (en nuestro ámbito, los responsables de los centros sanitarios (art. 262 LECRIM).

Mientras que, por el contrario, el ofendido por la infracción penal no está obligado a denunciar el hecho, sino que para él la denuncia es un derecho, implícito en el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la Constitución, del que puede o no hacer uso, sin perjuicio de su obligación de comparecer en calidad de testigo y de que el procedimiento se incoe contra su voluntad, si el delito fuese público.

De otra parte, la querrela, que como acto de ejercicio de la acción penal (art. 100 y ss. y 270 LECRIM), sí que está sujeta al cumplimiento de requisitos formales de capacidad, de legitimación y otros (por escrito, con poder especial, interposición ante el juez competente, etc.), es la vía menos usual lógicamente para la iniciación del proceso por los hechos que estamos analizando, ni siquiera cuando se trata de delitos perseguibles a instancia de parte (delitos privados, injurias y calumnias, entre otros) en los que puedan ser parte activa -acusadora- los empleados públicos.

En ese caso, están exentos de presentarla si versa sobre «hechos relativos al ejercicio de sus cargos», de conformidad con el art. 215 CP, que en la redacción dada por la Ley O. 15/2003, de 25 de noviembre, establece « Se procederá de oficio cuando la ofensa se dirija contra funcionario público, autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos».

En el mismo sentido, para faltas del art. 620, sin distinción del sujeto pasivo, es suficiente con la denuncia de la persona agraviada.

En cuanto a los procedimientos (procesos) penales, de los que hay que descartar el procedimiento ordinario común (Libros II y III de la LECRIM), destinado al enjuiciamiento de los delitos muy graves, aún cuando sus reglas son aplicables supletoriamente, y a salvo del procedimiento abreviado (Libro IV, Título II LECRIM) dirigido «al enjuiciamiento de los delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a nueve años», sólo me referiré a los más habituales:

1. El procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos (Libro IV, Título III; arts. 695 y sgs. LECRIM) para la instrucción y el enjuiciamiento de delitos castigado con pena privativa de libertad que no exceda de cinco años o de diez con cualesquiera otras (únicas, conjuntas o alternativas), como vía rápida para delitos, entre otros, cuya instrucción sea poco compleja y que por su trascendencia social no resulta aconsejable prolongarlos en el tiempo, cuyo procedimiento está marcado por la inmediatez y la prontitud, y

2. El procedimiento del juicio sobre faltas para el enjuiciamiento de las faltas (art. 962 y 964 LECRIM), a través de los llamados “juicios inmediatos”. Del mismo modo que el anterior, se trata de una vía ágil, marcada también por la inmediatez y la celeridad.

Tanto en uno como en otro, la actuación de la Policía Judicial en la formación del atestado, recepción de denuncias y actos de comunicación (citaciones de las partes, de los testigos, etc.) es determinante, además de ser la que da origen a la iniciación del proceso.

En cuanto a la competencia para el conocimiento y fallo, que en los tipos delictivos corresponde al Juzgado de lo Penal (art. 14 LECRIM), en las faltas la competencia es del Juzgado de Instrucción, excepto para las faltas de amenazas, coacciones e injurias o vejaciones injustas, que, en los municipios en los que no exista juzgado de Instrucción, corresponderá a los Jueces de Paz (art. 14.2 LECRIM), lo que ha originado en alguna ocasión ciertas disfunciones, por cierta resistencia de sus titulares a enjuiciar la conducta de sus vecinos ante hechos constitutivos de falta de amenazas en un Centro de Atención Primaria de un municipio sin Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción.

En lo que se refiere a las sentencias, y más allá de las eventuales condenas y del régimen de penas, considero de interés señalar que puedan contemplar, por una parte, algunas de las prohibiciones del art. 57 CP, en relación con los arts. 33 y 48 del mismo, y, por otra, la eventual condena por daños morales.

El referido precepto -art. 57.3 CP- establece que las mismas prohibiciones previstas para los delitos pueden impo-

nerse en los casos de faltas contra las personas de los arts. 617 y 620 CP, por un tiempo no superior a seis meses.

En ese grupo estarían la sentencia ya citada, referida al delito de atentado, en cuanto a la prohibición de aproximación a la víctima, y una sentencia por falta de amenazas en la que, junto a la condena a pena pecuniaria (multa), se prohíbe al condenado « acudir al Centro de Salud... a no ser que vaya acompañado, con el objeto de ser atendido médicamente, por un agente de la Policía Local», imponiéndose al mismo la prohibición de comunicación durante seis meses, siendo elocuente el propósito del juzgador al motivarla cuando expresa « logrando con la misma que incidentes como el aquí sentenciado cesen entre las partes litigantes, si bien conciliando dicho fin con el derecho a la salud [sic] del denunciado, ya que no se le prohíbe acudir al Centro de Salud... sino que acuda sólo».

La posibilidad de obtener la indemnización del daño moral también prosperó en un caso de faltas de amenazas y de injurias, ocurridas en un Centro de Salud, cuya sentencia además de la imposición de las correspondientes multas, condenó a los denunciados en concepto de responsabilidad civil (arts. 109 y 116 CP), por perjuicio moral, ya que la víctima « padeció en un lugar público, y en presencia de numerosas personas anónimas que se hallaban en el Centro de Salud, la actitud amenazante y la afrenta de los denunciados, dirigida a menoscabar su dignidad profesional y personal...».

Para finalizar, no quisiera terminar mi exposición, volviendo de algún modo al inicio, sin citar el proyecto de Decreto¹ de asistencia jurídica al Servicio Andaluz de Salud, pendiente de aprobación próximamente por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, después de culminado satisfactoriamente el procedimiento de elaboración, y dictaminado favorablemente por el CGPJ y por el Consejo Consultivo de Andalucía.

En el mismo, entre otras cuestiones, se regula la asistencia jurídica al personal del Organismo Autónomo y, específicamente, al personal de los centros asistenciales, tanto pasiva como activamente (concretamente, en su art. 2), para hacer efectivo el derecho individual implícito en el art. 17.1. h) del Estatuto Marco del personal estatutario, («asistencia y protección»).

La primera, la asistencia jurídica pasiva se formula en los iguales o similares términos a los ya expresados anteriormente.

Y la segunda, la activa, es de aplicación a los dos supuestos siguientes:

¹ Aprobado con posterioridad a la celebración del Congreso. Decreto 257/2005, de 29 de noviembre, de asistencia jurídica al Servicio Andaluz de Salud (BOJA nº 247, de 21 de diciembre).

- En primer término, regula la asistencia jurídica al personal (asesoramiento en derecho y representación y defensa judicial), incluido el ejercicio de acciones, en su caso, «ante hechos que atenten contra la integridad física producidos en el ejercicio de las funciones».
- Y, en segundo lugar, «ante otros hechos que puedan afectar al desempeño de las funciones y supongan grave perturbación en la prestación de la asistencia sanitaria».

En el primero de los supuestos, hechos atentatorios contra la integridad física, la asistencia jurídica sería procedente de forma automática, con independencia del requisito de la correspondiente autorización del Director Gerente en cuanto a la representación y defensa del perjudicado y al ejercicio de acciones, en su caso, mientras que en el segundo, la asistencia jurídica se subordina a que concurra perturbación del servicio, aparte del requisito de la autorización, en la que tendrá que haber un pronunciamiento de dicho órgano sobre si los hechos han sido perturbadores del aquél.

José M^a Pérez Gómez

Letrado del Servicio Jurídico delegado central del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria.

Es un principio general en el ámbito de la función pública que los funcionarios públicos y por tanto también el personal sanitario público tengan una suficiente cobertura por parte de la Administración pública en el ejercicio de sus funciones y en el desempeño de sus cargos. Sin embargo, la aplicación práctica de este principio general se diferenciada en cuanto a su tratamiento en función de cuál sea la Administración en la que preste los servicios el concreto funcionario. La necesidad de esta asistencia jurídica, históricamente estaba ya recogida en el antiguo Reglamento de Funcionamiento Orgánico de la Abogacía del Estado de 1943, y posteriormente también en un Real Decreto del año 1985, que regulaba las funciones de la Abogacía del Estado, pero sin embargo, no fue hasta la Ley de Asistencia Jurídica de 27 de noviembre del 1997, cuando se estableció con carácter general en una norma con rango de ley el derecho de los funcionarios a ser asistidos tanto en la posición pasiva, es decir cuando aparecen como demandados, como en una posición activa, es decir, cuando en determinadas ocasiones, como consecuencia de las gestiones realizadas en el ejercicio de su función, se ven obligados a ejercer, o parece conveniente con un criterio de oportunidad, ejercer acciones en contra de particulares.

En la actualidad nos encontramos con que la materia está desarrollada reglamentariamente en el ámbito del Estado por medio del Reglamento Orgánico de la Abogacía del Estado. En lo que hace al ámbito de la Administración de la Seguridad Social dispone de su propia normativa, que en la actualidad es de aplicación para el personal estatutario que presta sus servicios en Ceuta y Melilla, concretamente el Reglamento del Régimen Jurídico de la Seguridad Social de 3 de agosto de 2001. Finalmente, en las respectivas Comunidades Autónomas existe una regulación diversa, en algunos casos, como concretaré, a través de disposiciones con rango de Ley, que son desarrolladas reglamentariamente, y en otras ocasiones por meras disposiciones de rango reglamentario, y en algún caso por ninguna disposición. Por ejemplo, en el caso de la Comunidad Autónoma de Baleares, ante la ausencia de datos encontrados, me puse en contacto directamente con el letrado jefe que lleva la asesoría jurídica para preguntarle donde podía encontrar normativa relativa a esta materia y me dijo que no la hay y que según van apareciendo los casos se van aplicando soluciones concretas, pero que no hay nada previsto normativamente.

Las distintas regulaciones existentes plantean con carácter general algunas diferencias entre unas de las otras, y que

son las siguientes. En primer lugar, se plantea el problema de determinar si la decisión de representar y defender al funcionario o personal implicado es un acto discrecional o reglado, éste sería uno de los primeros problemas que hay que determinar. En segundo lugar, se plantea quién tiene que otorgar la autorización para la defensa; en concreto, si debe ser el director de los servicios jurídicos. Normalmente, en las Comunidades Autónomas, estas unidades, esto es, los servicios jurídicos, suelen estar radicadas en lo que es la Dirección General de la Asesoría Jurídica, que depende de Presidencia. No hay una Comunidad Autónoma en la que respecto de este tipo de decisiones, dentro de lo que son los servicios de salud o también en determinados supuestos, quien realice la autorización, quien tenga la última palabra en esta materia, como norma general sean los Directores de las Entidades o los Directores de los Centros. En algunas ocasiones, en determinadas Comunidades Autónomas es el Director del Centro quien realiza la propuesta y luego es el Director del Servicio Jurídico quien lo autoriza.

En el caso de la Abogacía del Estado, en vez de ser una autorización para que el funcionario sea defendido, es una habilitación para que el Abogado del Estado pueda defender, lo cual no se hasta qué punto es correcto, toda vez que la habilitación viene ex lege como consecuencia de lo establecido en el artículo segundo de la Ley de Asistencia Jurídica al Estado y otras Administraciones Públicas. Otra cuestión, también a tener en cuenta, es el diferente tratamiento de esta autorización en función de que la posición del personal sea la pasiva o la activa. En la mayor parte de los reglamentos que llegan a profundizar en este detalle se considera que para la defensa pasiva bastaría, o basta con carácter general, el requisito de inexistencia de una contraposición de intereses y una apariencia de buen derecho en la actuación del personal sanitario, y, sin embargo, para el ejercicio de acciones en nombre y representación de estos funcionarios contra terceros, parece que la regla fundamental es el criterio de oportunidad en función del caso, de tal manera que mientras que en algunas Comunidades Autónomas hace falta un acuerdo del Consejo de Gobierno para ejercer las acciones en contra de un tercero en nombre de un funcionario, en la Abogacía del Estado del Ministerio de Justicia y en la Administración de la Seguridad Social hacía falta también una autorización expresa, no del director del Centro, que hace una propuesta, sino del Director General de la entidad gestora en la que preste servicio el funcionario o el personal sanitario.

Otra cuestión a tener en cuenta, que hace variar las posibilidades de defensa de los funcionarios en función de en qué Comunidad Autónoma presten sus servicios, es el diferente tratamiento según el orden jurisdiccional en el que se encuentre el litigio; así, mientras que en Cataluña, por ejemplo, con arreglo a sus disposiciones legales, donde son frecuentes las reformas, pero este elemento yo creo que permanece constante, tan sólo son susceptibles de ser defendidos los facultativos en el ámbito de la jurisdicción penal. Por el contrario, en otras Comunidades Autónomas parece que no se hace ninguna distinción en cuanto los órdenes jurisdiccionales respecto de los que se puede plantear el ejercicio de acciones, por lo que podría admitirse la defensa tanto en el orden penal, como en el orden civil. Sin embargo, más dudoso es que se pueda realizar la defensa en el orden contencioso administrativo donde la presentación como codemandado es potestativa, del mismo modo que en el procedimiento laboral parece una constante evitar la situación de litis consorcio con una única representación. No aparecen recogidos en las disposiciones que he visto y estudiado estas especialidades o una mención expresa de posibilidad de que puedan ser defendidos en la jurisdicción laboral o en la jurisdicción contencioso administrativa.

Por otra parte, hay determinadas normas de Comunidades Autónomas que prevén expresamente la posibilidad de que la asistencia jurídica se realice por medio de una póliza de seguro; es el caso de Castilla-León, que expresamente lo prevé, y en este supuesto la práctica generalizada, como todos sabéis, en la mayor parte de las Comunidades Autónomas es que el peso principal en la defensa de los facultativos, sobre todo en casos de mala praxis, recaiga en el letrado de la Compañía de Seguros. Existen, sin embargo, Comunidades Autónomas, como por ejemplo Galicia, que en determinados momentos, no se si seguirá siendo así, el peso principal de la defensa de los facultativos recaía sobre los letrados de la Xunta de Galicia. También puede tenerse en cuenta, conforme a las previsiones normativas que hacen al respecto determinadas Comunidades Autónomas, la posibilidad incluso de externalizar este tipo de función en aquellos supuestos en donde la plantilla de letrados no fuera lo suficientemente importante como para poder hacer frente a esta carga de trabajo, concertando una póliza de aseguramiento exclusivamente de servicios jurídicos para determinados casos. Me estoy refiriendo quizás más a las posiciones en las que corresponde hacer ejercicios de acciones por delitos menores, por faltas o por asuntos semejantes. Es una cuestión de gestión de las direcciones de los respectivos servicios jurídicos, toda vez que parece que se infrautilizarían los recursos humanos de las asesorías jurídicas en un montón de juicios de faltas, que dada la tendencia creciente a las agresiones, a las coacciones y a las amenazas al personal sanitario, podía obligar a las asesorías jurídicas quizás a

ocupar demasiado tiempo en los juzgados de instrucción y en los juzgados de lo penal; en suma, en asuntos que realmente no tienen una trascendencia económica grande, con lo que se podría producir una dispersión e infrautilización de los recursos. En la actualidad, lo cierto es que el personal sanitario, en tanto las normas funcionariales, por lo menos las del Estado, no contengan un precepto en donde expresamente se contenga el derecho a recibir una asistencia jurídica letrada de las autoridades, conforme al artículo 17. 1. h) del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, el personal estatutario de los servicios de salud tiene el derecho a recibir asistencia y protección de las Administraciones públicas y Servicios de Salud en el ejercicio de su profesión o en el desempeño de sus funciones. Desde luego, la expresión recibir asistencia y protección contenida en el citado precepto, aunque no haga referencia directa y expresa a la "asistencia jurídica", consideramos que obviamente dicha asistencia jurídica se encuentra comprendida, y así lo hemos entendido todos, a la hora de interpretar el artículo segundo de la Ley de 27 de noviembre del 1997. Su artículo segundo señalaba que, en los términos establecidos reglamentariamente, los Abogados del Estado podrán asumir la representación y la defensa en juicio de las autoridades, funcionarios o empleados del Estado y sus organismos públicos referenciados en el artículo anterior, y órganos constitucionales, cualquiera que sea su situación procesal, por actos u omisiones en procedimientos que se sigan por actos relacionados con el cargo. No obstante, también se planteó el dilema de que este artículo segundo no es de aplicación en el ámbito de la Seguridad Social ni en el de las Comunidades Autónomas. De ahí que sean las propias normas reguladoras de los servicios jurídicos de cada una de las Comunidades Autónomas las que deban prever la posibilidad de que los letrados de dichos servicios puedan representar y defender al personal estatutario.

En otro orden de cosas, señalar que se ha planteado la cuestión de hasta qué punto mediante una norma reglamentaria se puede conferir la representación de funcionarios a letrados externos o letrados públicos no pertenecientes a la Abogacía del Estado. Esta cuestión se planteó respecto de la representación y defensa de funcionarios públicos antes de la entrada en vigor de la Ley de 1997, pero en un Auto del Tribunal Constitucional se llegó a señalar expresamente la viabilidad de que dicha representación fuera factible por parte de letrado del organismo público de la Administración donde presta sus servicios el funcionario. En el ámbito de la Seguridad social hay que señalar que también se prevé expresamente en la Instrucción en la que se regula esta materia, la posibilidad de designar abogados apoderados, abogados colegiados especialmente designados para ello. Esta situación se nos plantea en Ceuta y Melilla toda vez que en estas plazas no hay un puesto de trabajo de funcionario Letrado, si bien en

determinados aspectos aparecen cubiertas estas actuaciones con la defensa por medio de letrados que se encuentran prestando servicios en la península y se desplazan eventualmente de Cádiz y Málaga. Sin embargo, a la hora de la defensa de los funcionarios, junto con otros supuestos, también se consideró que la gestión era más eficaz con una defensa por medio de un Abogado del Estado.

Para evitar los posibles incrementos de costes no previstos se sometió a estos profesionales a la aceptación de unas tarifas, previamente establecidas por medio de una Reso-

lución del Secretario de Estado, de tal manera que, al menos, con independencia de cual sea la cuantía del procedimiento, el precio de tarificación de los servicios de los profesionales externos que prestan estos servicios indirectamente para la Administración, directamente para el funcionario, estén sometidos a esta limitación que en cierto modo tienen el carácter de iguala. Sería el equivalente a las igualas que las compañías de seguros tienen con los abogados con los que mantienen relaciones de defensa jurídica.

Jacinto Torralba Esteban

Médico Forense

Coordinador del Gabinete de Medicina Legal hospitalaria del C.H. Juan Canalejo de A Coruña

Estoy encantado de estar con vosotros este día. En mi exposición voy a partir y situarme en el año 1986 en el que se publica y se pone en marcha la Ley General de Sanidad, una Ley que ofrece muchas más cosas de las que el propio sistema puede ofrecer, y con el inconveniente de que lo que dispone la Ley hay que cumplirlo y el que no pueda hacerlo es el que lo va a sufrir: en nuestro caso el personal sanitario de cualquier tipo. Con la entrada en vigor de la Ley General de Sanidad se crean una serie de expectativas. Los pacientes, a partir de ese momento llamados usuarios, empiezan a tener -que en mi criterio ya tenían- unos derechos, plasmados ahora en la Ley, que arrastran una serie de consecuencias. Léase médico responsable, consentimiento informado, información, historia clínica, etc. En suma, una serie de cosas que parece se habían inventado en ese momento, pero que ya estaban en marcha desde Hipócrates, prácticamente.

¿Qué es lo que cambia? Lo que cambia un poco es la actitud y aceptación de un cierto paternalismo que dominaba la asistencia sanitaria hasta aquellos momentos, por una primacía, por así decir, de la libertad del propio enfermo para decidir sobre su futuro. Entonces, en este nuevo entorno se empieza a generar un ambiente que incide en la relación clínica, que no quiero decir enfrentamiento, una cierta litigiosidad en cuanto a los riesgos, en cuanto a los posibles daños, a las posibles negligencias, en suma, en cuanto a la asistencia sanitaria por parte de los profesionales.

Todo esto va unido a que se van obteniendo, en aquellas época, unas indemnizaciones. Se pedían unas indemnizaciones globales, que para el ejercicio médico implicaban asumir un cierto riesgo ante la posibilidad de denuncias. En fin, este entorno se complica más en cuanto el propio personal médico prácticamente se ve acosado por posibles denuncias.

La medicina de urgencias se transforma prácticamente. No digo que se llegue al exceso de una medicina defensiva, pero es cierto que el número de pruebas para alcanzar unos diagnósticos o iniciar unos tratamientos se multiplican, lo cual no sólo aumenta el riesgo para el enfermo, sino que encarece la sanidad y retrasa lógicamente toda una cierta terapéutica. A esto se añade una tecnología punta que empieza a avanzar en esos años, es decir, el riesgo yatrogénico que es bastante grande. El enfermo, -por las campañas de divulgación parece que se puede hacer todo en la medicina- cree que todo se puede curar. Es decir, se habla de operaciones de cirugía cardíaca mí-

nimamente invasiva, etc. etc. Llega un momento en que prácticamente se crea la sensación de una medicina de infalibilidad, cosa que no es cierta y que aumenta todavía los riesgos.

De estos temas empiezan a darse cuenta las gerencias de ciertos centros hospitalarios y las asesorías jurídicas de los diferentes Servicios de Salud. En el año 1994, después de ya estar peleada, por así decir, la Ley General de Sanidad, llega al Hospital Canalejo un gerente catalán, el Dr. Joseph Santa Creu, el cual ya había creado ese mismo año en Barcelona un Gabinete Médico Legal de tipo hospitalario e intenta crearlo en A Coruña.

Voy a relatar una pequeña historia porque en realidad lo que me han pedido es que os explique como se creó y qué es lo que se hace en el Gabinete Médico Legal, y cómo se ayuda con él en una asistencia médico legal para auxiliar así a la asesoría jurídica ante cualquier demanda contra el personal de la Institución, o bien contra la propia Institución. Hay tres exjefes de la Asesoría Jurídica del SERGAS. Con el primero, con Roberto, se inicia el intento de la creación de este Gabinete, a lo cual accedió la Secretaría General del SERGAS, y se crea en el año 1994. Lo que se hacía era ayudar a la asesoría jurídica, no sólo con un apoyo clínico, sino también con una labor de completar documentaciones, o informar o apoyar con una documentación clínica en todos los casos de las demandas que pudiera haber. El Gabinete de Medicina Legal facilitaría todo, la preparación y defensa de los asuntos e incluso las proposiciones de prueba. Hasta el año 1994 la asistencia ante posibles denuncias por negligencias, incluso con el Código Penal antiguo, que todavía no había vivido la modificación última, que nos depara con 31 tipos para los médicos, mientras antes había 6 ó 7, no sólo se preparaba y se apoyaba la prueba que proponía la asesoría jurídica, sino que también se apoyaba y se ayudaba a la compañía de responsabilidad civil, con la cual la Xunta tenía concertados los riesgos de responsabilidad civil; es decir se trataba de llevar un cierto orden en cuanto a la defensa, proposiciones de prueba, etc., de los profesionales o servicios de personal. En la actualidad, se hace la misma función con los instructores de los expedientes de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración. Efectivamente, ha bajado el tipo de denuncias en la jurisdicción penal habidas entre los años 1994 y 1998. Aquello fue un aluvión impresionante, pero a partir de que empezó a tomar cuerpo las reclamaciones por responsabilidad patrimonial, resulta que ahora estamos en unos límites, en unos extremos, casi como los penales de antes.

¿Qué es lo que pasa?. Que con las instrucciones de expedientes de reclamación de responsabilidad patrimonial, a los hospitales nos piden la historia clínica completa. Es una de las maneras en que la parte denunciante obtiene toda la información que necesita, puesto que el inspector se la pone a su disposición, es decir, le facilita un historial clínico completo. Cosa que en algunos casos tendríamos previamente que discutir muy a fondo qué es la historia clínica, para qué es y en qué se convierte. Para el médico no es más que un instrumento de trabajo, es decir, es un conjunto de documentos donde cada uno va aportando una serie de cosas. Hoy tiene un criterio el especialista, pero mañana puede cambiar de opinión en función de la evolución del enfermo, lo que le sugiere una modificación del tratamiento, en cuya actuación no hay ningún error ni ninguna negligencia. Pero si esta historia clínica a lo largo de todo el proceso llega a unas manos que no están bien documentadas al respecto, se puede transformar en un riesgo, por lo menos de tener que aclarar una serie de conceptos que, entre concededores de la profesión, no haría ni falta aclarar.

La historia clínica no es un documento oficial; oficial es -quiero decir público- una escritura o cualquier otro tipo de legajo de un Juzgado de Instrucción, que tiene que ir ordenado cronológicamente, foliado y numerado. La historia clínica es muy difícil que se mantenga ordenada cronológicamente, porque en una consulta con veinte enfermos es muy difícil que el médico saque unos papeles y los vuelva a colocar en su sitio, sino que los va dejando encima del que sea. Que sea responsabilidad del Servicio de Documentación Clínica ordenar toda la documentación clínica es absurdo, porque tendría que ordenar cuatro mil historias diarias, pero no sólo según entran, sino según salen, porque también se han podido modificar allí. Digo esto porque ahora es una de las cuestiones que estamos sufriendo nosotros en la Comunidad Autónoma, esto es, la de peticiones de historias clínicas completas y ordenadas cronológicamente, con lo cual las dificultades -facilidades- como ven, son mucho mayores para ordenar las historias en Gabinetes de este tipo, que no tenemos ni personal ni nada. Porque el Gabinete de Medicina Legal de este ostentoso nombre que le hemos dado, consiste en que si yo me levanto de la silla se levanta el Gabinete, y si me siento se sienta el Gabinete, esa es la realidad.

Nos situamos ahora en los años 1985-1990. ¿Cómo se hacía la defensa de los profesionales sanitarios? Cada uno se las arreglaba como podía, en el sentido de que si tenía póliza de responsabilidad civil, la compañía de seguros le atendía y punto. En el caso de que no la tuviera, se tenía que buscar la defensa privadamente como fuera. Hasta que por las inquietudes de la asesoría jurídica empezamos a pensar en las siguientes cuestiones. Primera: ni era segura este tipo de defensa, ni era la mejor que se podía dar al

profesional. Entonces, pensamos qué sistema sería el adecuado y, en relación con lo que antes decía uno de los ponentes, pensamos que la asistencia jurídica en la Comunidad y por lo menos en el área de La Coruña, fuera voluntaria. Se le ofrecía al profesional qué tipo de asistencia quería, es decir, la de la propia la asesoría jurídica del SERGAS si optaba por ella, o la de su póliza de seguros si la tiene, o la de su familia o un familiar que le pueda ayudar. Normalmente, diría que en un 90 %, por no decir 99%, y no quedarme corto o pasar de optimista, eligen siempre la asesoría jurídica del SERGAS. Por un motivo muy fácil; normalmente hasta ahora las compañías de seguros lo único que tenían en un 90 por ciento de su cartera de riesgos, era tráfico. Los abogados de las compañías de seguros tenían muy poca relación con los temas sanitarios y mucho menos con los temas sanitarios de hoy día, con la ultraspecialización que conllevan. Quiero decir que llegar incluso a hacerles comprender medianamente una técnica quirúrgica, prácticamente nos llevaría un par de mañanas explicándoselo o llevándole a ver cómo se hace eso, mientras que los abogados de la asesoría jurídica, bien porque ellos conocen ya a los equipos médicos, su participación en las mesas de contratación, etc, etc, les es mucho más fácil el conocimiento de la realidad clínica. Una vez que por el profesional o por los grupos de profesionales se ha aceptado la asistencia jurídica, lo que hacemos es lo que seguidamente describo. Una vez formulada la denuncia por negligencia, -o por lo que sea- del profesional o grupos de profesionales, entonces tenemos una serie de reuniones donde examinamos toda la actuación de ese profesional o grupo de profesionales en ese episodio concreto, así como las circunstancias que han podido llevar a que de esa actuación clínica no se haya dado el resultado esperado, que muchas veces no tiene por qué dar el resultado esperado.

En fin, la judicialización, la insuficiente información de los profesionales sanitarios, el riesgo de los procedimientos, y el exceso o a veces la falta de información por parte de los enfermos de la asistencia que se les va a prestar, es lo que hace que este tipo de Gabinetes sean útiles, en cuanto tienen una serie de actividades que complementan las cuestiones médico legales para el hospital, para la gerencia, para los propios servicios clínicos del hospital, incluso para el personal de enfermería, que últimamente también se está viendo metido en estos berenjenales.

Existe otra faceta. Es el asesoramiento diario y casi al momento por parte del Gabinete a través del teléfono móvil, de manera que ahora en cualquier momento te pueden localizar para hacerte una consulta de cualquier problema, de un tema bioético, de un tema de información de personas de las cuales dudan sobre su capacidad, pero que no están incapacitadas legalmente, qué actuaciones pueden acometer y hasta dónde pueden llegar. Igualmente,

el apoyo a las Comisiones Clínicas y a la Unidad de Atención al Paciente. La unidad de Atención al Paciente del Complejo Hospitalario de A Coruña se encarga prácticamente de todos aquellos temas de solicitud de información por parte del paciente que no tengan ninguna relación o puedan ser susceptibles de solicitud de documentación con intención judicial. Pero algunas veces va relativamente encriptado, pidiendo, por ejemplo, en caso de parejas separadas, que es lo que suele haber con más frecuencia, sobre la custodia de los hijos, la información de quién la debe tener, confundiendo la custodia, la patria potestad, etc. Es un tema que ahora no se por qué es un arma del niño entre los dos adultos que se da con bastante frecuencia.

Por otro lado, lo que también se da son temas de solicitud de información en cuanto a parejas de hecho, en las cuales hay préstamos que han estado pagando de una manera común, fallece uno de los dos que tiene familiares directos y estamos en el lío de si a esta persona que es pareja de hecho, pero que no tiene ninguna documentación que lo acredite, que información no se le puede dar.

Los objetivos, en realidad, son de carácter hospitalario y extrahospitalario. Los de carácter hospitalario son prácticamente los que hemos hablado de apoyo a las Comisiones Técnicas con documentación clínica, protocolos, etc. También los de carácter hospitalario es la gestión por la Administraciones públicas.

Otro de los temas que se nos plantea es de colaboración. Es un ambiente casi multifactorial, pues es colaboración con la policía en casos de asesinatos y de historias de éstas, para determinar causas de muerte en aquellos extremos en los que ha pasado muy poco tiempo y hay dudas. ¿Qué problema es ese? pues que una vez que se ha hecho ese informe, los médicos que lo han hecho tienen que ir a declarar en relación con dicho informe, y previamente ante cualquier actuación de ese tipo, nos reunimos con la asesoría jurídica y los profesionales interesados, y vemos qué manera hay de contestar, es decir, por ejemplo, no tutear al Magistrado porque se suele mosquear bastante; entre otras cosas, darles unas normas de higiene como decimos nosotros, y sobre todo que lean bien todos los informes que firman, porque en algunos casos hemos tenido bastantes problemas.

Qué más cosas podría decir, de temas de este tipo. Problemas, por ejemplo, de Servicios de Admisión. No sé si vosotros lo tendréis en vuestras Comunidades Autónomas. Por ejemplo, entra una persona por urgencias y tiene una entrada y un alta, a una hora y a otra hora. En un caso reciente, tiene otra entrada el mismo día por la tarde y Admisión da la salida tres días después fallecido. Pero qué es lo que pasa: que en vez de dar la historia clínica en Admisión para que incluya el fallecimiento en el segundo

ingreso, pasa la historia clínica a mortuorio y se la da dos días después. Del Juzgado -una de esas cosas que te abren un poco los ojos- me llega una petición de historia clínica pidiendo hora de entrada y hora de salida, en un caso que a mi no me llamaba la atención, me parecía una tontería. Pedí la historia y me encuentro con eso: que ingresa a las nueve de la mañana de hoy y sale la una, y vuelve a ingresar a las cinco y hay un informe de salida del médico, firmado por su mano, de las nueve y quince como fallecido. Pero, sin embargo, Admisión le da por fallecido tres días después. Con lo cual si no se miran estas cosas, tendríamos dos documentos, a ver cual era el verdadero.

Tenemos problemas de identificación, en algunos casos, por suplantación de cartillas, etc. Datos que coinciden con un enfermo pero luego son de otro, incluso ese otro no sabemos quien es. Incluso se han dado temas hasta de tipo casi diría penal.

En fin, termino mi exposición. Decirles que creo que la creación de estos Gabinetes en los hospitales, al menos en cada área, sería muy interesante, primero, porque el profesional sanitario se siente bastante más atendido de hecho. La confianza de ellos en cuanto al número de llamadas para cualquier petición al Gabinete, a mí en concreto, es diaria y varias veces al día, por los diferentes Servicios, tanto quirúrgicos como médicos. Pienso que para el profesional es más cómodo preguntarme que poner en un libro: creo que me equivoqué en esto, tuve tal incidencia ¿Qué pasa con estas incidencias? Una vez que me las comunican, si veo que tienen entidad suficiente, automáticamente esa historia clínica la ponemos en custodia, lo comentamos con la asesoría jurídica para que en el momento que haya cualquier movimiento desde el punto de vista judicial entrar en acción inmediatamente.

Por otro lado pienso que se está perdiendo un poco de tiempo en estas cosas, porque el perfil del personal para de este tipo de Gabinetes debe de ser muy concreto, es decir: el de no oír, no ver y callar, eso es cien por cien fundamental, porque si uno va oyendo una cosa y luego la comentas en el ascensor, poca credibilidad vas a tener. Si los abogados de la calle, me refiero a los privados, tuvieran falta de clientes, con pasarse un par de horas subiendo y bajando el ascensor de un hospital iban a tener suficiente material para llenar el despacho.

Y decía que se está perdiendo tiempo, porque se podían crear profesionales de este tipo, con estos perfiles, seleccionados a través de la vía MIR, para los Gabinetes que se fueran creando porque el primer paso es importante y es fundamental; si falla o se cierra es muy difícil empezar otra vez. Lo ideal sería contar con personal de este tipo que tuviera una cierta relación con los profesionales de los juzgados, para tener una mayor agilidad y facilidad de resolver estos temas. Yo era médico forense y aprove-

chándome de esa circunstancia, me ha permitido en muchos temas de estos resolverlos por teléfono con los propios juzgados.