



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Máster

Título del trabajo:

**DICTAMEN SOBRE LA VIABILIDAD DE INTERPOSICIÓN DEL
RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO EN RELACIÓN
AL ACCESO ILÍCITO A HISTORIAS CLÍNICAS POR PARTE DEL
PERSONAL ESTATUTARIO**

English title:

**LEGAL OPINION ON THE FEASIBILITY OF FILING AN ADMINISTRATIVE LITIGATION
APPEAL REGARDING ILLEGAL ACCESS TO MEDICAL RECORDS BY STATUTORY
PERSONNEL**

Autora

Marta Aso Oliva

Director/es

Gerardo García-Álvarez García

FACULTAD DE DERECHO

Año

2024

INDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS:.....	2
DICTAMEN	3
I. OBJETO	3
II. ANTECEDENTES DE HECHOS	3
III. CUESTIONES JURIDICAS	6
IV. NORMATIVA APLICABLE	7
V. FUNDAMENTOS JURÍDICOS.....	9
1. - Régimen jurídico del personal estatutario del Servicio Aragonés de Salud (SALUD).....	9
2. - Conceptualización jurídico-legal de la historia clínica en relación a las obligaciones legales de los estatutarios.....	12
2.1. Concepto.....	12
2.2. Acceso lícito a la historia clínica	13
3.-Viabilidad del recurso contencioso-administrativo.....	16
3.1. Consecuencias del acceso indebido a la historia clínica.....	16
3.2. ¿Se aplica el mismo régimen disciplinario a los funcionarios estatutarios fijos que a los temporales?.....	17
3.3. ¿Sería posible un fallo favorable para D.E en el caso de interponer recurso contencioso-administrativo?	20
VI. CONCLUSIONES	30
VII. BIBLIOGRAFÍA	34

LISTADO DE ABREVIATURAS:

ART.: Artículo

CE: Constitución Española 1978

CP: Código Penal

EM: Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud.

IP: Interfaz de programación de aplicaciones

LAB: Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica

LOPDGDD: Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

LPACAP: Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

LRJSP: Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

RDD: Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado.

RGPD: Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo 2016/ 679, de 27 de abril, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general protección de datos). (DOUE núm. 119, de 4 de mayo de 2016, páginas 1 a 88).

SALUD: Servicio Aragonés de Salud

TREBEP: Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley del Estatuto Básico del Empleado Público

TC: Tribunal Constitucional

TS: Tribunal Supremo

DICTAMEN

Dictamen que emite Marta Aso Oliva, estudiante del Máster de acceso a la Abogacía de la Universidad de Zaragoza, para la realización del Trabajo Fin de Máster.

I. OBJETO

El objeto del presente dictamen consistirá en dar respuesta a la consulta formulada por el enfermero por D.E, acerca de la viabilidad de interponer recurso contencioso-administrativo en relación a las consecuencias de sus actos por haber accedido a la historia clínica de una persona en el hospital público donde trabaja, en base a los siguientes:

II. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- D^a. A. presenta escrito ante el hospital público XX, solicitando información de los accesos a su historia clínica desde junio 2019 hasta 2020. Para esclarecer los hechos ante dicha petición, se da traslado y contestación a la interesada por parte del hospital público XX. A la interesada se le proporciona una tabla donde se especifica la fecha, el tipo de usuario y el centro hospitalario desde donde han tenido lugar los accesos. En dicho informe se detalla que, sin perjuicio de los recursos administrativos o extrajudiciales disponibles, «por parte de la dirección gerencia del Servicio Aragonés de Salud, (en adelante SALUD) y a la vista de los accesos de los usuarios que se reflejan en este informe, se iniciarían, si procede las actuaciones oportunas para depurar la posible responsabilidad disciplinaria de sus empleados».

SEGUNDO. - Ante tales hechos, se procede a incoar el expediente por parte del hospital XX al enfermero D. E. para justificar los accesos. Para ello, se emplaza al mismo en la sede de la gerencia del SALUD con objeto de tomarle declaración respecto a los presuntos hechos que motivan la apertura del expediente. También se emplaza ante el mismo órgano a D^a. A. Y, tras ratificar la solicitud, expone que también ha puesto una denuncia al enfermero D. E., que se sigue en el Juzgado de Instrucción nº X, con Diligencias Previas nº XXXX.

TERCERO. - A la vista de tales hechos, se paraliza el procedimiento en vía administrativa puesto que los hechos declarados probados por resoluciones judiciales

firmes vinculan a la Administración. Ante ello, el órgano instructor acuerda la suspensión de su tramitación hasta que recaiga Sentencia o Auto firme de la autoridad judicial competente que determine los hechos que puedan declararse probados, momento en que, en su caso, se reanudarán las correspondientes actuaciones.

Con fecha 2 de febrero de 2021, tras auto del juzgado de instrucción número X de Zaragoza, por el que se acuerda el «sobreseimiento provisional y el archivo de la presente causa» se acuerda por el SALUD la reanudación del procedimiento disciplinario el 15 de febrero de 2021 al enfermero D. E.

CUARTO.- Tras la reanudación del expediente disciplinario, se formula pliego de cargos, ante ello el enfermero realiza alegaciones, en cuyas alegaciones el enfermero D. E. dispone que estaba en estrés emocional debido a problemas familiares, a lo que se añadió la pandemia Covid en relación a su puesto de trabajo como enfermero en la UCI, teniendo que tomar medicación, que le producía lapsus de memoria, lo que hace que, junto con el tiempo transcurrido desde los hechos, no tenga recuerdo de haber accedido a las historias de D^a. A.

QUINTO. - A la vista de tales alegaciones, el SALUD contesta al enfermero D. E especificando que ha quedado demostrada de forma fehaciente y objetiva que él mismo accedió a la historia clínica de forma ilegítima de D^a. A, mediante el estudio de trazabilidad que se llevó a cabo por informática. La instructora del expediente disciplinario emite Propuesta de Resolución, haciéndolo responsable de una falta de carácter grave y en consecuencia propone imponer al expedientado la sanción de tres meses de suspensión de funciones.

SEXTO. - El enfermero D. E, realiza alegaciones a la propuesta de resolución del expediente disciplinario, centradas en la petición de sobreseimiento y archivo del procedimiento disciplinario al no concurrir la falta descrita en la propuesta de sanción o, en todo caso, que se calificara la falta como leve.

SEPTIMO.- Tras ello, la Dirección-Gerencia del SALUD emitió resolución de fecha 25 de mayo de 2021, por la que resuelve el expediente disciplinario incoado al enfermero D. E., finalmente el órgano instructor fundamenta «Declarar al enfermero D. E, como autor de una falta disciplinaria de carácter “GRAVE”, tipificada en el artículo 72.3.c de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud como “El incumplimiento de sus funciones de las normas

reguladoras del funcionamiento de los servicios cuando no constituya falta muy grave” y en consecuencia, imponer al expedientado la sanción de tres meses de suspensión de funciones, recogida en el art. 73.1.c del referido Estatuto, en concordancia con lo establecido en el art. 96.1.c del Texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015 de 30 de octubre».

OCTAVO. - A colación de lo anteriormente expuesto, al ser una resolución que no pone fin a la vía administrativa, D.E interpone recurso de Alzada que es desestimado por Orden de la Consejera de Sanidad del Gobierno de Aragón, y ante ella se dilucida si la interposición del recurso contencioso-administrativo por parte del enfermero D. E. es pertinente o por el contrario se desaconseja.

III. CUESTIONES JURIDICAS

En relación a los antecedentes de hecho expuestos, se suscitan las siguientes cuestiones jurídicas:

PRIMERA. - Determinación de la legislación aplicable a un enfermero que desarrolla su trabajo en un hospital público en relación a las clases de empleados públicos sujetos al régimen estatutario.

SEGUNDA. - Conceptualización jurídico-legal de la historia clínica en relación a las obligaciones legales de los funcionarios estatutarios. Se trata de identificar en qué casos los accesos por parte de los funcionarios estatutarios son legítimos y cuales de dichos accesos se consideran ilícitos.

TERCERA. - Análisis de la viabilidad del recurso contencioso-administrativo.

En primer lugar, especificando el régimen disciplinario con relación a la naturaleza jurídica del mismo y la correlación entre los principios de la esfera punitiva de derecho penal y el procedimiento administrativo sancionador.

En segundo lugar, abarcando el recorrido del procedimiento disciplinario con el estudio detallado de las distintas fases –la iniciación del expediente, la instrucción y la resolución–.

En tercer lugar, realizando un estudio de los pronunciamientos judiciales con relación a los hechos aquí descritos, para determinar si finalmente es procedente interponer el recurso o por el contrario no lo es.

IV. NORMATIVA APLICABLE

Las cuestiones jurídicas planteadas se resolverán con base en la siguiente normativa:

Legislación citada:

- Constitución Española
- Ley 14/ 1986 de 25 de abril, General de Sanidad.
- Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud.
- Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica
- Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.
- Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Publicas.
- Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.
- Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.
- Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón.
- Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado.
- Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo 2016/ 679, de 27 de abril, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE.
- Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley del Estatuto Básico del Empleado Público

Jurisprudencia referenciada:

- Sentencia Tribunal Constitucional 203/2000, de 24 de julio (ECLI:ES:TC:2000:203)

- Sentencia Juzgado contencioso-administrativo nº 4 de Zaragoza, de 28 de febrero de 2007 (ECLI:ES:TSJAR:2007:1955)
- Sentencia Tribunal Constitucional 14/1999 de 22 de febrero (ECLI:ES:TC:1999:14)
- Sentencia Tribunal Supremo 1410/2011 de 9 de mayo (ES:TS:2011:1410)
- Sentencia Tribunal Constitucional 116/1983, de 7 de diciembre (ECLI:ES:TC:1983:116).
- Sentencia del Tribunal Constitucional 147/1987, de 25 de septiembre (ECLI:ES:TC:1987:147) .
- Sentencia del Tribunal Constitucional 50/1988, de 22 de marzo (ECLI:ES:TC:1988:50).
- Sentencia del Tribunal Constitucional 357/1993, de 29 de noviembre (ECLI:ES:TC:1993:357).
- Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Asturias 90/2023 de 24 de enero (ECLI:ES:TSJAS:2023:90)
- Sentencia Tribunal Superior de Galicia 749/2022 de 2 de febrero (ECLI:ES:TSJGAL:2022:749)
- Sentencia Juzgado contencioso-administrativo nº 1 de Badajoz 38/2023 de 1 de junio (ECLI:ECLI:ES:JCA:2023:2876)
- Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Galicia 5523/2023 de 14 de julio (ECLI:ES:TSJGAL:2023:5523)
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana 4450/2020 de 4 de mayo (ECLI:ES:TSJCV:2020:4450)
- Sentencia del Tribunal Superior de la Comunidad Valenciana 4541/2022 de 13 de junio (ECLI:ES:TSJCV:2022:454)

V. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. - Régimen jurídico del personal estatutario del Servicio Aragonés de Salud (SALUD).

Uno de los primeros problemas que suscita el examen del expediente es determinar y encuadrar la normativa aplicable. En este caso D. E tiene un contrato laboral con la Administración en el que su puesto de trabajo corresponde a enfermero del hospital público X con la modalidad de personal estatutario temporal interino.

El personal que presta servicios en los Centros e Instituciones sanitarias de la Seguridad Social en España se constituye con una regulación específica del resto de funcionarios al servicio de la Administración. Dicha distinción procede del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante TREBEP), ya que en su art. 2.3 reconoce su especialidad, que se concreta en la existencia de estatutos o normas específicas del Estado y de las Comunidades Autónomas¹ y se materializa en la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud (en adelante EM).

La aprobación del EM pretende colmar la unificación de una norma completa que regule las relaciones profesionales de este colectivo, constituyendo el gran hito normativo de esta área del empleo público. El EM es la norma básica que regula a este personal sin perjuicio de las disposiciones que cada Comunidad Autónoma desarrolla en tal marco básico y general. Se unifica por tanto la configuración del personal estatutario en el sector sanitario y se instrumentaliza a través de este para integrar además en este EM a otro personal funcionario o laboral al servicio de las instituciones sanitarias².

¹ En nuestro caso, la resolución de la incoación del enfermero como viene establecida por orden superior del director gerente del SALUD, el director gerente del SALUD es el competente en base al art. 25.1 e) del Decreto 23/ 2016 de 9 de febrero, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba la estructura orgánica del Departamento de Sanidad y del Servicio Aragonés de Salud. En la actualidad, dicha norma está derogada por el actual DECRETO 122/2020, de 9 de diciembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba la estructura orgánica del Departamento de Sanidad y del Servicio Aragonés de Salud. Pero cuando cometió dicha infracción el enfermero, la normativa aplicable en vigor fue la precedente a la citada. Aunque dicha norma este derogada por la presente, la competencia no ha variado y sigue recayendo en el director gerente del SALUD.

² PALOMAR OMEDA, A, «Clasificación del personal estatutario», en Comentarios a la ley 55/2003 del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, Sempere (dir.), Aranzadi, Navarra, 2006, p. 42.

Por tanto, se trata de empleados públicos que tienen una relación funcional especial y no, como se entendía en el pasado, un «*tertium genus*» entre funcionarios y contratados laborales. Así se reconoce ahora expresamente por el art. 1 del EM y por el art. 2.4 del TREBEP.

El EM diferencia entre personal estatutario fijo y otro temporal, ya sea de carácter interino, eventual o de sustitución.

El personal estatutario fijo es aquel que define el art. 8 del EM: «Es personal estatutario fijo el que, una vez superado el correspondiente proceso selectivo, obtiene un nombramiento para el desempeño con carácter permanente de las funciones que de tal nombramiento se deriven». Como se observa de tal definición, exige dos condiciones, la primera es superar un proceso selectivo y la segunda la obtención de un nombramiento para el desempeño con carácter permanente de las funciones que de tal nombramiento se deriven.

El personal estatutario temporal es aquel que define el art. 9 del EM: «Los nombramientos de personal estatutario temporal serán de interinidad, siendo estatutarios interinos los que, por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, son nombrados como tales con carácter temporal para el desempeño de funciones propias de estatutarios en los siguientes supuestos y condiciones.» Por tanto, el EM restringe las posibilidades del nombramiento del personal estatutario temporal a tres causas: a) razones de necesidad, b) razones de urgencia; o c) para el desarrollo de programas de carácter temporal, coyuntural o extraordinario.

Los nombramientos del personal estatutario temporal pueden ser ³:

1. De interinidad. Nuestro cliente se enmarca en este tipo de nombramiento. Su nombramiento se expidió para el desempeño de una plaza vacante como enfermero en el hospital público X, aunque en base a dicho nombramiento su puesto de trabajo también podría desempeñarlo en un centro de salud. Esta situación jurídica se caracteriza por el carácter provisional o de transición en relación con el servicio. Su cometido es cubrir una necesidad temporal para la Administración, porque dicha situación jurídica denota la falta de las características de permanencia e inamovilidad, ya que las mismas pertenecen al

³ VÁZQUEZ GARRANZO,J, « Capitulo 2. Clasificación del personal estatutario», en Memento Experto Personal Estatutario de los Servicios del Salud, (dir.) Lomas, Espacio Lefebvre, Madrid, 2020, p. 200.

personal estatutario fijo. En este sentido, se especifica que, si la previsión de plazas del personal estatutario es cubierta por el personal fijo, el nombramiento de personal estatutario interino se justifica únicamente por razones de urgencia o necesidad, si no existieran dichas razones o, dicho de otra manera, cuando se incorporara el personal fijo por el procedimiento legal establecido a la plaza del desempeño o cuando dicha plaza resultara amortizada, cesaría el personal estatutario interino.

2. De carácter eventual. Para cubrir una plaza por el personal eventual se deben dar, a) que sea una prestación de servicios temporal de manera coyuntural o extraordinaria, b) cuando sea necesario por parte de la Administración garantizar un funcionamiento óptimo y continuado de los centros sanitarios y c) para la prestación de servicios complementarios de una reducción de jornada ordinaria. Su cese se producirá cuando venza el plazo que expresamente determine su nombramiento o cuando se eliminen las funciones que en su día lo justificaron.

3. De sustitución. Para cubrir una plaza por el personal de sustitución se deben de dar la necesidad de atender a las funciones del personal fijo o temporal, durante periodos de vacaciones, permisos y demás ausencias de carácter temporal. El cese del personal sustituto se acordará cuando se reincorpore la persona a la que sustituya o cuando esta persona pierda su derecho a la reincorporación a la misma plaza o función.

Como se observa, la diferenciación entre las distintas naturalezas que comporta el personal estatutario no es un asunto baladí, por lo que es fundamental realizar un estudio previo acerca de la normativa que enmarca la condición de enfermero como personal estatutario temporal interino.

Llegados a este punto, el principal objetivo es averiguar si a los empleados fijos y los temporales (interinos, eventuales y sustitutos) están amparados todos ellos de los mismos derechos y deberes y la responsabilidad que pudiera recaer en el enfermero al acceder al historial clínico de forma ilícita, por lo que en los siguientes apartados se desarrollarán estas cuestiones.

2. - Conceptualización jurídico-legal de la historia clínica en relación a las obligaciones legales de los estatutarios.

2.1. Concepto.

La historia clínica, es definida por la Real Academia Española, como: «Conjunto de los documentos relativos a los procesos asistenciales de cada paciente, que incluye datos, valoraciones e informaciones sobre su situación y evolución clínica, así como la identificación de los médicos y de los demás profesionales que han intervenido».

La entrada en vigor de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica (en adelante LAB), enmarca la importancia para el ordenamiento jurídico que tienen los derechos de los pacientes como fundamento básico de las relaciones clínico-asistenciales. El Sistema Nacional de Salud debe respetar la garantía máxima hacia la intimidad personal y a la libertad individual, garantizando en todo momento la confidencialidad de la información mantenida en los servicios sanitarios⁴.

Por ello, con esta ley el ordenamiento jurídico quiere definir conceptos básicos y uniformes para la protección de datos de los pacientes, puesto que anteriormente la historia clínica estaba definida en distintas normas de carácter autonómico, lo que desembocaba en una problemática jurídica⁵. Esta ley proviene del interés por conceptualizar los derechos y las obligaciones de los profesionales sanitarios, de los ciudadanos y de las instituciones sanitarias, para ofrecer a los ciudadanos en términos de escrupulosa igualdad, garantías de información y documentación clínicas, fortaleciendo así el artículo 43 de la Constitución Española (en adelante CE) que garantiza el derecho a la salud.

Por tanto, la definición de historia clínica como concepto jurídico-legal se encuentra recogida en dos de sus preceptos. De un lado en el art. 3 de la LAP, donde dispone las definiciones legales y la define como «El conjunto de documentos que contienen los datos, valoraciones e informaciones de cualquier índole sobre la situación y la evolución clínica de un paciente a lo largo del proceso asistencial». Y de otro lado, en

⁴ COLIO GUTIERREZ, N: «Accesos ilegítimos a la historia clínica. La posición de los tribunales», en *Marina Salud*, nº 27, XXVI, 2017, p. 129.

⁵ MEJICA GARCIA, JM: «Hacia un estatuto jurídico desarrollando la historia clínica», en *Diario La Ley*, nº 5638, XXIII, 2002, p. 1908.

el art. 14.1, «La historia clínica comprende el conjunto de los documentos relativos a los procesos asistenciales de cada paciente, con la identificación de los médicos y de los demás profesionales que han intervenido en ellos, con objeto de obtener la máxima integración posible de la documentación clínica de cada paciente, al menos, en el ámbito de cada centro».

Se concluye que, la historia clínica es el documento que le sirve a D. E como profesional sanitario para ejercer su mejor praxis, posibilitando el acceso a los diagnósticos y tratamientos que emiten otros profesionales sanitarios y a su vez dicho acceso redunda en un beneficio óptimo para los pacientes⁶, pero el contenido de la misma no se ciñe únicamente a los datos de naturaleza sanitaria (como diagnósticos, resultados de pruebas, tratamientos, etc) sino que además contiene datos de naturaleza jurídica (como nombre, apellidos, DNI, número de Seguridad Social, dirección del paciente, teléfono etc.)

2.2. Acceso lícito a la historia clínica

La segunda cuestión a resolver es determinar de acuerdo con la normativa en qué circunstancias el acceso a la historia clínica por parte del personal estatutario es lícito. Es importante para el supuesto planteado, ya que de haber en la ley alguna situación en la que el enfermero hubiera estado amparado para acceder, no lo podrían sancionar y estaríamos ante un ejercicio legítimo de profesión u oficio.

La primera duda se refiere a la ley aplicable, puesto que, al ser los datos de salud especialmente protegidos, al amparo del art. 9 del Reglamento General de Protección de Datos (en adelante RGPD) y especificando estos datos de salud como categorías de datos especialmente protegidos al amparo del art. 9 la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de derechos Digitales (en adelante LPDGD), es preciso determinar si dicha legislación se aplica al enfermero. La solución se puede extraer del art. 16.3 de la LAB, donde se muestra la intención del legislador por aplicar esta ley a toda la actuación asistencial, salvo en los casos de «fines judiciales, epidemiólogos, de salud pública de investigación o de docencia», ya que en estos cinco casos se aplica la ley que este en el

⁶ MILLÁN CALENTI, R.A., «Historia clínica electrónica: accesos compatibles», en Tratado de derecho Sanitario, Larios (coord.), vol. I, Cizur Menor Aranzadi, 2013, pp. 779-802.

momento vigente en materia de protección de datos personales, que actualmente sería la LOPDGDD del 2018 y la Ley 14/ 1986 de 25 de abril, General de Sanidad.

El acceso de forma lícita a la historia clínica estaría amparado por tres circunstancias:

1) La primera se manifiesta en la relación asistencial de los profesionales que realizan el diagnóstico o el tratamiento. Así se puede observar en el 16.1 LAB: «instrumento que tiene como finalidad garantizar una asistencia adecuada al paciente. Los profesionales asistenciales del centro que realizan el diagnóstico o el tratamiento del paciente tienen acceso a la historia clínica de éste como instrumento fundamental para su adecuada asistencia».

Este precepto nos lleva a considerar la historia clínica como el instrumento médico⁷ inherente y esencial para el desarrollo óptimo de la asistencia sanitaria prestada. La LAB, en dicho artículo considera que la causa justificativa más importante en cuanto al acceso clínico es la prestación de asistencia sanitaria⁸. Por tanto, el acceso a la historia clínica quedaría legitimado en el caso de los profesionales asistenciales del centro que realizan el diagnóstico o tratamiento del paciente. El legislador al redactar este artículo de una manera genérica en cuanto a la no delimitación de «profesionales asistenciales» deja la puerta abierta a todos los facultativos, por tanto, el acceso quedaría legitimado por todos «los profesionales asistenciales» que diagnostiquen o traten al paciente⁹.

Por tanto, dicho acceso está limitado únicamente a los profesionales sanitarios que asistan al paciente, como podrían ser médicos, enfermeros, auxiliares etc, dejando fuera de dicho acceso lícito a la generalidad de facultativos sanitarios que no le asistieran.

La finalidad asistencial se convierte con ello en elemento fundamental para la justificación del acceso de los datos de salud del paciente de forma lícita, es lo que se conoce como principio de vinculación asistencial, que «legitima el acceso a los profesionales sanitarios y al personal con funciones de inspección, evaluación,

⁷ CASANOVA ASECIO, A.S: «Protección de datos en el ámbito de la historia clínica: el acceso indebido por el personal sanitario y sus consecuencias», en Indret: Revista para el análisis del derecho, nº 2, 2019, p. 6.

⁸ BELTRAN AGUIRRE, JL: «Protección de datos personales y secreto profesional en el ámbito de la salud: una propuesta normativa de adaptación al RGPD», en Sociedad Española de Salud Pública y Administración Sanitaria, nº 1, 2017, p. 52.

⁹ MEJICA GARCIA, JM: «El régimen legal de acceso a la historia clínica y sus garantías», en Revista jurídica de Castilla y León, nº 17, 2009, pp. 192 a 198.

acreditación y planificación, administrativas y de gestión»¹⁰. Este principio de vinculación asistencial debe de ir ligado al principio de proporcionalidad, que restringe también el acceso a los datos, es decir, que sólo se tenga acceso únicamente a los datos que son precisos en relación con el fin asistencial, limitando a lo necesario en cuanto a la finalidad que estén tratando.

En definitiva, estos dos principios deben de ser considerados en conjunto para la delimitación de la finalidad asistencial en relación con el acceso a los datos de cada paciente en concreto y por tanto el perímetro del acceso legítimo a estos datos.

2) El segundo supuesto en el que el acceso a la historia clínica estaría legitimado se dispone en el art 16.4 de la LAB, donde amplía la posibilidad de entrar en la historia clínica al personal de administración y gestión únicamente en lo relacionado con las funciones que son inherentes a su puesto de trabajo.

3) El tercer supuesto que autoriza la ley de acuerdo con el art. 16.5 de la LAB, es al personal sanitario que realice funciones de «inspección, evaluación, acreditación y planificación», en tanto en cuanto dicho acceso únicamente estará justificado en relación con el cumplimiento de funciones que le son propias.

Vistos todos los accesos que ampara la ley, a sensu contrario, nadie puede acceder a la historia clínica de una persona sin estar amparada en los preceptos legales anteriormente expuestos. Tal y como se puede observar en el art. 7.1 de la LAB, los datos sanitarios están recogidos en la esfera más íntima de la persona, por lo tanto, a todas ellas les ampara el derecho a que se le respete el carácter confidencial de los datos de salud y «a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada en la ley».

En el caso que nos ocupa, los informes de trazabilidad informática que constan en la incoación del expediente contra nuestro cliente el enfermero D.E., recogen como hechos probados que D. E. accedió a la historia clínica de D^a. A, hasta en cinco días distintos, correspondientes a los meses de abril y mayo, en horario laboral de trabajo, los datos consultados son episodios de primaria, especializada y pruebas diagnósticas de D^a A. En dicho informe también se constata que la ubicación de las direcciones IP, origen de

¹⁰ DE LORENZO Y MONTERO, R: «El secreto medico derivado», en Redacción Médica, 2013, p. 2.

los accesos corresponden al servicio UCI XXX, que es donde está ubicado el puesto de trabajo del enfermero en el hospital público X.

Vistos los informes de trazabilidad que la Administración aporta, resulta inequívocamente acreditada la infracción por la que se sanciona a nuestro cliente el enfermero, puesto que los accesos se realizaron sin la autorización ni la justificación asistencial. Dicha infracción implica la vulneración directa y grave de los deberes y obligaciones que le incumbían en su condición de personal estatutario temporal de los servicios del SALUD. Una conducta que inexcusablemente exige la correspondiente respuesta en el ámbito disciplinario que se despliega en la relación entre nuestro cliente el enfermero D. E. y el servicio público en el que presta su trabajo, el hospital Público X, y que pasamos a profundizar en los siguientes apartados.

3.–Viabilidad del recurso contencioso-administrativo.

3.1. Consecuencias del acceso indebido a la historia clínica.

La falta de cumplimiento de las obligaciones por parte del enfermero D.E conlleva una responsabilidad que puede manifestarse en carácter patrimonial, penal, o disciplinario. La responsabilidad patrimonial surge cuando el servidor público, a través de sus acciones, ocasiona un perjuicio económicamente cuantificable a terceros externos a la Administración en la que trabaja, o incluso a la propia Administración. Sin embargo, es importante destacar que esta responsabilidad patrimonial rara vez se exige de manera personalizada. La responsabilidad penal implica la perpetración de alguno de los delitos establecidos en el Código Penal (en adelante CP), que identifica las transgresiones consideradas más serias por el legislador.

La mayor parte de las transgresiones, no obstante, son consideradas de índole administrativa según la legislación actual. Su normativa y las reglas que gobiernan su ámbito se encuentran en lo que se denomina el sistema disciplinario aplicable a funcionarios y otros empleados del sector público. En el presente dictamen, se tratará de realizar un estudio acerca del régimen disciplinario que se le puede imputar a nuestro cliente el enfermo D. E por la comisión de la actuación que tuvo lugar en su puesto de trabajo, así como de la posible sanción que llevaría aparejada y su viabilidad para interponer recurso contencioso-administrativo en aras de posibilitar su defensa.

3.2. ¿Se aplica el mismo régimen disciplinario a los funcionarios estatutarios fijos que a los temporales?

Centrándonos en el supuesto que nos ocupa, se debe de concluir sí el régimen disciplinario del personal estatutario fijo es de aplicación para el supuesto de D.E.

En primer lugar, se traerá a colación la naturaleza jurídica de este régimen disciplinario, ya que se ha discutido por parte de la doctrina¹¹ y la jurisprudencia el fundamento del mismo y su relación con el derecho administrativo sancionador y sus semejanzas con el orden penal.

El ejercicio de la facultad sancionadora de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social se enmarca en la potestad punitiva de la Administración que, junto con la función penal ejercida por jueces y tribunales, integra lo que se denomina el «*ius puniendi*»¹² del Estado.

Después de la aprobación de nuestra Constitución, y en virtud del artículo 25 de la misma, la autoridad para imponer sanciones se reconoce inequívocamente como derivada del poder de policía que la Administración siempre ha tenido. En nuestro caso, además, se considera como un criterio adicional para la legitimación de este «*ius puniendi*» por parte de la Administración la existencia de la relación jurídica especial de subordinación que existe entre el enfermero D.E y el SALUD donde presta sus servicios, una relación jurídica que modula en cierta medida esa autoridad. Es importante señalar inicialmente que hay una doctrina consolidada tanto en el Tribunal Constitucional, (en adelante TC) como en el Tribunal Supremo (en adelante TS) que afirma que los principios fundamentales que guían el sistema penal son aplicables, con algunas modificaciones, al ámbito del derecho administrativo sancionador. Esto abarca tanto aspectos sustantivos como procesales.

En consecuencia, al aplicar los principios de la esfera punitiva al procedimiento administrativo sancionador, se requiere que la conducta infractora cumpla con los mismos

¹¹ LARIOS RISCO, D. «Normas Generales», en Régimen Jurídico del Personal Estatutario de los Servicios del Salud, Lomas (coord.), Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 84-87.

¹² GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ, S: «El régimen disciplinario de los funcionarios», en Revista jurídica Castilla y León, nº 6, 2005, p. 94

criterios establecidos en el ámbito penal para delitos¹³. Por lo tanto, la responsabilidad administrativa debe basarse en una certeza sustancial sobre los hechos imputados. Es crucial que el SALUD en la facultad de imponer la sanción al enfermero D.E se apoye en pruebas concretas que demuestren la realidad de la infracción, ya que la imposición de sanciones carecería de fundamento sin una evidencia adecuada.

En términos generales, se puede decir que a pesar de que la jurisprudencia del TS ha venido afirmando la aplicación de los principios fundamentales del derecho penal al ámbito sancionador del Derecho Administrativo¹⁴, actualmente la relación de especial sujeción que la Administración ejerce sobre sus funcionarios debido al vínculo derivado de su prestación de servicios ha generado algunas variaciones en la aplicación de las estrategias derivadas del derecho penal.

Así, desde mi perspectiva, y en consonancia con SÁNCHEZ MORÓN¹⁵, la autoridad para imponer sanciones según lo establecido en el CP se basa en principios diferentes a los que guían la finalidad específica del régimen disciplinario. Esto se debe a que el poder disciplinario tiene un alcance más limitado; se centra en la organización administrativa y en las relaciones de servicio, y su objetivo principal es proteger a la propia Administración. Esto se fundamenta en la premisa de que la relación de servicio conlleva ciertas obligaciones cuyo cumplimiento es crucial para garantizar el buen funcionamiento de la Administración, esencial para el adecuado desarrollo de la organización y la consecución de sus objetivos.

En definitiva, el derecho disciplinario tiene como objetivo principal no tanto del restablecimiento del orden social que ha sido perturbado, como sucede en el ámbito penal, sino más bien la preservación del prestigio y la dignidad de la Administración, así como asegurar la conducta adecuada de los funcionarios y la prestación eficiente del servicio correspondiente.

La razón fundamental detrás de la implementación de un régimen disciplinario radica en la necesidad de la Administración, en su calidad de entidad proveedora de

¹³ DIEZ RODRIGUEZ, J.R « Ius puniendi administrativo y semejanzas con orden penal», en Comentarios a la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del estatuto marco del personal estatutario a los servicios de salud, Lizarraga(coord.), Aranzadi, Navarra, 2005, p. 780.

¹⁴ MANCILLA I MUNTADA, F, «Procedimiento Sancionador», en Derecho Administrativo Sancionador, Burgués (coord.), Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2022, p. 209.

¹⁵ SANCHEZ MORON, M., Derecho de la función pública, 13º edic, Tecnos, Madrid, 2020, p. 340.

servicios, de mantener un orden interno y garantizar que sus miembros cumplan con las obligaciones inherentes a sus responsabilidades.

En base a lo expuesto, respecto al régimen disciplinario del personal estatutario en relación con el puesto de trabajo de nuestro cliente el enfermero D.E, una de las cuestiones esenciales a resolver es investigar si este régimen disciplinario, así como el procedimiento y la sanción aneja a sus hechos son igualmente aplicables a la condición de enfermero estatutario temporal interino que a un enfermero fijo.

Aunque si bien es cierto que el art. 9 ter del EM reza «al personal estatutario temporal le será aplicable el régimen general del personal estatutario fijo en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición temporal y al carácter de su nombramiento, salvo aquellos derechos inherentes a la condición de personal estatutario fijo», dicho precepto conlleva un elevado nivel de ambigüedad jurídica.

La jurisprudencia ha ido precisando esta ambigüedad, así se puede observar en la sentencia del Tribunal Constitucional 203/2000 de 24 de julio, en la que se especifica que «las diferencias que en estos casos se establezcan deben fundarse en las circunstancias concurrentes y sobre todo en la trascendencia constitucional del derecho que se trate»¹⁶. Esta doctrina admite que, aunque en principio se puede tratar de manera diferente a los empleados temporales y a los fijos, no hay una justificación objetiva y razonable, según el artículo 14 de la CE, para otorgar un tratamiento jurídico diferente al personal temporal en comparación con los funcionarios de carrera, simplemente porque su relación con la administración sea provisional según lo establecido legalmente.

Por tanto, al sentar jurisprudencia dicha sentencia, los tribunales han aplicado de igual forma el régimen disciplinario tanto para el personal fijo como para el estatutario temporal, así se manifiesta en la sentencia del juzgado contencioso-administrativo de Zaragoza 80/2007 de 28 de febrero, donde declara que «los deberes impuestos por la norma son exigibles al conjunto del personal estatutario, ya sea fijo o temporal»¹⁷.

También se observa en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana 263/2002 de 2 de abril, ya que se hace mención en cuanto a «se

¹⁶ Sentencia Tribunal Constitucional 203/2000, de 24 de julio (ECLI:ES:TC:2000:203)

¹⁷ Sentencia Juzgado contencioso-administrativo nº 4 de Zaragoza, de 28 de febrero de 2007 (ECLI:ES:TSJAR:2007:1955)

trata de aplicar, en definitiva, un precepto del régimen disciplinario previsto para funcionarios de carrera, a un funcionario interino, solo cuando sea conciliable con su peculiar condición y el régimen disciplinario lo es»¹⁸.

En definitiva, la adhesión de nuestro cliente, el enfermero D. E, a un marco jurídico público se justifica tanto por las inherentes responsabilidades y derechos que surgen de su actividad como empleado, como por la necesidad de que el régimen disciplinario establezca salvaguardas adecuadas. Estas garantías buscan prevenir el uso indebido de la autoridad sancionadora de la Administración, promoviendo la igualdad de trato y la imparcialidad entre los empleados públicos.

En este sentido, se concluye que el régimen disciplinario actual de los estatutarios fijos se aplica de igual modo al enfermero D. E tanto en su condición actual como estatutario interino temporal como sí el mismo en un futuro obtiene la plaza fija.

3.3. ¿Sería posible un fallo favorable para D.E en el caso de interponer recurso contencioso-administrativo?

Previo a acudir la vía jurisdiccional presentando un recurso contencioso-administrativo según lo establecido en la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa, es necesario completar el proceso administrativo, ya que el agotamiento previo de esta vía es un requisito fundamental para interponer el recurso contencioso-administrativo.

Visto el expediente administrativo, se deben de traer a colación las distintas fases del procedimiento administrativo, así como el pronunciamiento de las sentencias más recientes para estudiar en su conjunto si el enfermero D.E, tiene alguna posibilidad de defensa ante los tribunales contenciosos.

3.3.1 Fases del procedimiento administrativo:

En primer lugar, en cuanto a la forma de inicio del procedimiento sancionador viene marcada por el art. 27 del Reglamento de Régimen Disciplinario de los funcionarios de la Administración General del Estado, (en adelante RRD), y siempre se iniciará de

¹⁸ Sentencia Tribunal Superior de Justicia Comunidad Valenciana 3646/2002 de 2 de abril (ECLI:ES:TSJCV:2002:3646).

oficio por parte del SALUD. Este artículo tiene implicaciones significativas en el ámbito jurídico. En primer lugar, establece que el procedimiento disciplinario siempre se inicia de oficio, siguiendo la naturaleza de todo procedimiento sancionador del art. 63 de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Publicas, (en adelante LPACAP). En segundo lugar, subraya que el procedimiento no se considera iniciado hasta que el órgano competente toma la decisión de iniciar formalmente el expediente disciplinario al enfermero D.E.

La segunda cuestión a examinar es cerciorarse de que el SALUD debe de haber nombrado Instructor en la propia incoación del expediente y que dicho nombramiento corresponde con el art. 30 del RRD, ya que dispone que dicho Instructor «deberá ser un funcionario público perteneciente a un cuerpo o escala de igual o superior grupo al del inculpado».

Efectivamente, en vistas al expediente administrativo, aunque la Administración ha actuado correctamente en la incoación al enfermero, dicho nombramiento no es cuanto menos sorprendente con relación a que quien instruye no tiene ningún conocimiento de Derecho administrativo, en consecuencia, es criticado por la doctrina, así se observa en SÁNCHEZ MORÓN¹⁹, que señala que la disposición actual parece ser insuficiente como salvaguardia para garantizar la idoneidad del órgano instructor. Sería más apropiado asignar estas responsabilidades a funcionarios especializados, ya sea mediante la creación de organismos específicos en aquellas administraciones donde sea factible, o al menos, estableciendo el requisito de que el instructor cuente con el grado en derecho.

En este contexto, nos encontramos con la primera forma de finalizar el presente caso. En base al art. 64.2 de la LPACAP nuestro cliente D. E, tiene la posibilidad de que acepte voluntariamente su culpabilidad, puesto que no cabe la posibilidad de impugnar el acuerdo de incoación, ante dicha casuística, se observa que ni el EM, ni el TREBEP abordan este asunto, por lo que es necesario recurrir al art. 112 de LPACAP y se concluye que no establece ninguna disposición al respecto y, por lo tanto, no genera ninguna forma de indefensión o perjuicio irreparable.

¹⁹ SANCHEZ MORON, M., Derecho... cit, p. 90.

En definitiva, sí el enfermero D.E quisiera, se pondría fin a dicho asunto en la iniciación del expediente, sin dilatar más el procedimiento, en el caso de que no quiera, se daría paso a la instrucción del expediente.

En segundo lugar, en cuanto a **la instrucción del procedimiento**, es destacable el art. 34 RDD, ya que el encargado de la instrucción del procedimiento tiene la responsabilidad de dirigir y coordinar todas las diligencias y pruebas necesarias con el fin de verificar y aclarar los hechos y las posibles responsabilidades involucradas, el instructor puede emplear diversos medios de prueba aceptados, como testimonios o documentos. A tal efecto, es preciso considerar que si el enfermero D.E es llamado por el órgano instructor para declarar, la legislación otorga a los funcionarios acusados el derecho a no declarar contra sí mismos y a no declararse culpables, amparado en el art. 24.2 CE, aunque la jurisprudencia ha manifestado en la Sentencia del Tribunal Constitucional 14/1999 de 22 de febrero²⁰, así como en la en la Sentencia del Tribunal Supremo 1410/2011 9 de marzo que los funcionarios no tienen « el derecho a mentir en sus declaraciones»²¹.

De lo expuesto en el expediente administrativo, se debe de traer a colación que, los hechos declarados probados por resoluciones judiciales vinculan a la administración²².

En relación a la documentación relativa que obra en el expediente administrativo, en cuanto al pliego de cargos (art.35 RDD) y pliego de descargos (art. 36 RDD), se constata que D.E propuso a tres testificales y todas ellas fueron denegadas en fase probatoria.

Ante tales circunstancias, se dilucida de acuerdo a las normas generales para presentar pruebas, referidas en los arts. 77 y 78 LPACAP, que el SALUD sólo puede fundamentar la inaceptación de pruebas en base al art. 37 RDD, porque bien de un lado

²⁰ Sentencia Tribunal Constitucional 14/1999 de 22 de febrero (ECLI:ES:TC:1999:14)

²¹ Sentencia Tribunal Supremo 1410/2011 de 9 de mayo (ES:TS:2011:1410)

²² La declaración de D^o E. ante el órgano instructor, conlleva una consecuencia jurídica que suspende la tramitación en vía administrativa. D^o E. interpuso una denuncia ante el juzgado de instrucción, por lo que el mismo incoó diligencias previas en vía penal. En base al art. 94.3 del TREBEP y en base al art. 71.5 del EM, al tener constancia la Administración que se siguen diligencias en vía penal por los mismos hechos que motivaron la apertura del presente expediente, los hechos declarados probados por resoluciones judiciales firmes vinculan a la Administración y con ello se debe de suspender cualquier tramitación de un expediente administrativo, desde ese mismo día y en tanto en cuanto recaiga Sentencia o Auto firme de la autoridad judicial competente que determine los hechos que puedan declararse probados, momento en que, en su caso, se reanudarán las correspondientes actuaciones.

no están relacionadas con la investigación, que no es el presente caso puesto que las tres testificales sí que están relacionadas con la investigación, o de otro lado, cuando no haya controversia sobre los hechos que se intentan demostrar, en el que sí incurre en el presente caso, puesto que a la vista del informe objetivo de informática que contabiliza hasta cinco los accesos que ha realizado D.E a la historia clínica de D^a.A, el órgano instructor del SALUD deniega la prueba.

Únicamente D.E puede alegar la denegación ilícita de la prueba contra la resolución en vía judicial como vicio de forma, pero en el presente caso no se observa ningún vicio, puesto que la administración ha actuado correctamente, por lo que tampoco cabría dicha posibilidad.

Con estas afirmaciones, el legislador denota una clara posición pro-Administración, ya que estima en estos artículos que el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa no es un derecho ilimitado, que obligue al responsable del expediente del SALUD a aceptar y llevar a cabo todas las pruebas sugeridas por la parte del enfermero.

En consonancia también actúa la jurisprudencia²³, puesto que falla en la misma línea pro-Administración en base a que el derecho de defensa de los funcionarios no se ve infringido si las pruebas que se descartan resultan ser irrelevantes para el análisis de la infracción disciplinaria o si los hechos que se intenta respaldar con ellas ya están adecuadamente respaldados en el expediente disciplinario.

Asimismo, la jurisprudencia especifica que tampoco surge indefensión constitucionalmente significativa cuando se rechaza una prueba debido a la aplicación rigurosa de una disposición legal²⁴, y al aplicar dicho art. 37.2 el órgano instructor se excusa a través de ello para que nuestro cliente el enfermero no pueda interponer recurso en relación con las tres testificales.

²³ Así se observa en la Sentencia del Tribunal Supremo 8332/1996, de 22 de abril de 2002 (ES:TS:2002:2853), donde el tribunal especifica que la petición de evidencia debe cumplir con los criterios establecidos por la ley para ser considerada válida. En definitiva, es crucial que los eventos que se intentaban respaldar con la prueba rechazada hayan tenido un impacto en la decisión de aceptar o rechazar la demanda presentada.

²⁴ GALLARDO CASTILLO, MJ: « Los vicios del procedimiento y el principio de conservación del acto: doctrina jurisprudencial», en Revista de Administración Pública , nº 171, 2006.p. 222.

Hasta tal punto es la defensa pro Administración por parte de la jurisprudencia²⁵, que la misma también manifiesta que no se configura una situación de indefensión, incluso cuando las posibles irregularidades en la no admisión de alguna prueba no han provocado un menoscabo real y efectivo en el derecho a la defensa, es decir ni aun cuando el error de no admitir una prueba sea objetivamente debido a la Administración, si no le ha causado un grave perjuicio al administrado, en este caso al funcionario, la Administración no reconocería su error, concluimos por tanto que se invertiría la carga de la prueba al administrado aun siendo un error objetivo de la Administración²⁶.

Por consiguiente, los tribunales instan a los letrados o funcionarios a que, al enfrentarse al rechazo de una prueba sugerida y alegar la transgresión del derecho de defensa, deben argumentar de modo convincente que la resolución podría haberles sido favorable de haberse aceptado y practicado dicha prueba²⁷.

Ahora bien, si trasladamos lo anterior al supuesto y visto que los tribunales son altamente exigentes a la hora de probar que se ha cometido por parte de la Administración una indefensión, lo cierto es que llegados a esta fase sería absurdo interponer el recurso contencioso-administrativo, debatiendo de la indefensión del enfermero D. E, ya que es intrascendente como bien especifican los tribunales la prueba de tres testificales, debido al estudio de trazabilidad informática donde se demuestra que D. E accedió hasta en cinco ocasiones a la historia clínica de D^a. A, sin tener justificación asistencial. Distinta situación se daría en que supuesto caso que D. E hubiera accedido una única vez a la historia clínica de D^a.A, puesto que la práctica de las tres testificales para fundamentar una tipificación de la falta de grave a leve, resultaría relevante.

En tercer lugar, en cuanto a **la resolución del expediente**, visto el contenido anteriormente mencionado y el expediente administrativo, la tipificación de la falta por parte del órgano instructor a nuestro cliente queda tipificada en el art. 72.3 c) del EM como falta disciplinaria de carácter grave donde dispone «el incumplimiento de sus

²⁵ Los juzgadores se pronuncian en el mismo sentido en la Sentencia del Tribunal Constitucional 357/1993, de 29 de noviembre (ECLI:ES:TC:1993:357)

²⁶ GALLARDO CASTILLO, MJ: « Los vicios del procedimiento y el principio de conservación del acto: doctrina jurisprudencial», en Revista de Administración Pública , nº 171, 2006, p. 217.

²⁷ Así se desprende de la Sentencia Tribunal Constitucional 116/1983, de 7 de diciembre (ECLI:ES:TC:1983:116), como de la Sentencia del Tribunal Constitucional 147/1987, de 25 de septiembre (ECLI:ES:TC:1987:147) . En el mismo sentido se dispone la Sentencia del Tribunal (ECLI:ES:TC:1987:147), del mismo modo se puede observar en Sentencia del Tribunal Constitucional 50/1988, de 22 de marzo (ECLI:ES:TC:1988:50).

funciones o de la normas reguladoras del funcionamiento de los servicios cuando no constituya falta muy grave» y, en relación con la sanción, la administración específica que la misma se interpone en relación al principio de proporcionalidad según el cual debe existir una adecuada relación entre la gravedad de la falta y la sanción a imponer, del artículo 96.3 del TREBEP, por lo que en consecuencia se le impone la sanción de tres meses de suspensión de funciones recogida en el art. 73.1 c) del referido estatuto, en concordancia con lo establecido en el art. 96.1 c) del TREBEP.

De este modo, la resolución del expediente, aparte de ser notificada al enfermero D.E, en base al art. 122 LPACAP, insta para seguir agotando vía administrativa por parte de D. E, así en relación a los antecedentes de hecho se realizó por el mismo recurso de alzada que le fue denegado por Orden de la Consejera del Gobierno de Aragón y en base a esta orden se agota la vía administrativa, preceptiva para acudir a los tribunales como ya se ha comentado, sí así lo estima pertinente D.E, que en base nuestra mejor opinión fundada en derecho , hasta el momento , se considera que no lo es, no obstante, es preceptivo estudiar los pronunciamientos judiciales más recientes que se abordan en el siguiente apartado para concluir el dictamen.

3.3.2 Pronunciamientos judiciales

- Sentencia TSJ de Asturias 90/2023, de 24 de enero²⁸.

La cuestión que se plantea se refiere a la validez y adecuación de la conducta y la infracción atribuidas a la parte que ahora apela, según lo establecido en la Resolución del 22 de julio de 2021. Esta resolución impone la sanción de suspensión de funciones por un período de 2 años y 6 meses debido a la comisión de una infracción considerada como muy grave del art. 72.2.c) del EM. Esta infracción específica consiste en el acceso indebido e ilegítimo a historias clínicas de distintos pacientes del Hospital San Agustín de Avilés.

En relación al caso que nos ocupa, es interesante apreciar como dicho tribunal sentencia que aunque se rebata por parte de la apelada que no se tuvo en cuenta las declaraciones de las testificales propuestas ni los elementos del tipo, tampoco son preceptivos, ya que con los informes de trazabilidad corroboran la realidad de los accesos

²⁸ Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Asturias 90/2023 de 24 de enero (ECLI:ES: TSJAS:2023:90)

indebidos, que sirvieron de prueba fundamental para la sanción disciplinaria, « sin que sea necesario que se practique prueba pericial para determinar su validez y eficacia». Por tanto, el deber de confidencialidad que se le exige al personal sanitario «se incumple con los accesos a ellos sin causa que lo justifique y si la información reservada que contienen trasciende llegando conocimiento de los interesados por diferentes medios, pues solo así se produce el quebranto de la reserva, y ello al margen de otros efectos». Por lo que, en base a dicha justificación, se estima el recurso de apelación interpuesto por el Letrado del Servicio de Salud del Principado de Asturias.

-Sentencia TSJ Galicia 749/2022, de 2 de febrero²⁹.

En esta sentencia, apela D^a. Sagrario, médica de familia de un centro de salud gallego, impugna a resolución del Conselleiro de Sanidade de la Xunta de Galicia, desestimatoria del recurso de alzada interpuesto frente a la de 22 de noviembre de 2019 de la secretaria Xeral Técnica de la Consellería de Sanidade, por la que se impuso a la recurrente la sanción de suspensión de funciones durante cinco días, como autora de una falta disciplinaria grave, tipificada en el artículo 72.3.c del EM. Se le expedienta a la misma debido a que accedió a la historia clínica de D. Gustavo, un compañero de trabajo, en dos días distintos en diferentes horas, sin que mediaría un motivo asistencial ni ninguna finalidad que otorgara justificación al acceso no autorizado, los accesos quedaron acreditados por los informes de trazabilidad informática.

En la sentencia se puede observar que D. Gustavo manifestó por escrito que autorizo el acceso a dicha compañera Sagrario en base a que la misma realizara una opinión clínica «entre compañeros».

A tal efecto, el tribunal manifiesta que «tal autorización no justifica el acceso a la historia clínica del señor Gustavo, porque ni la señora Sagrario tenía como paciente al señor Gustavo ni se acredita que los dos accesos tuvieran una finalidad asistencial. El único acceso que es debido es el realizado por el profesional sanitario que intervienen la asistencia directa al paciente al que atiende, no cualquier otro, por lo que cuando se accede por otro distinto se incumplen los deberes recogidos en el EM».

²⁹ Sentencia Tribunal Superior de Galicia 749/2022 de 2 de febrero (ECLI:ES:TSJGAL:2022:749)

-Sentencia JCA de Badajoz 38/2023 de 1 junio³⁰

En la presente sentencia, un médico que realiza su trabajo en el área de psiquiatría del Hospital Universitario de Badajoz fue sometido a expediente disciplinario por cometer una falta grave por acceso no justificado, en dos ocasiones al expediente del D. Juan. La justificación que alegó el médico ante los accesos ilícitos a dicha historia clínica fueron referidos a que en las fechas que se introdujo en la historia clínica se encontraba inmerso en «un traumático divorcio».

El tribunal de primera instancia desestima su recurso especificando que «queda acreditado del expediente administrativo que el acceso se produjo desde el terminal del despacho del recurrente», aún más el juzgador especifica que « aun prescindiendo de eso, los hechos no pueden ser encuadrados en una falta leve del art. 72.4 f) del EM por cuanto el Servicio Extremeño de Salud consigue probar la imputación de una falta grave consistente en el acceso no autorizado al historial clínico de otra persona, en suma, los hechos imputados que quedan perfectamente probados en el expediente administrativo y que en ningún caso justifican proceder por un supuesto de falta leve sino grave, pues el acceso no autorizado se realizó por el recurrente y en su puesto de trabajo, desde su terminal y con sus credenciales de acceso, en la fecha y horas indicadas en el informe administrativo».

-Sentencia TSJ Galicia 5523/2023 de 14 de julio³¹

En este caso, se le sanciona a D. Blanca enfermera eventual con la calificación de falta muy grave del EM, debido a que la misma, en base a las pruebas realizadas por los equipos informáticos del Hospital Universitario donde trabaja determinan que D^a. Blanca realizo continuos accesos desde el año 2.016 a octubre de 2.019 a los historiales médicos, a través del sistema IANUS de diferentes personas (su expareja, su hija, el padre de su expareja, y otras personas), en numerosísimas ocasiones, en algunos casos, más de 150 accesos e incluso más de 200 accesos.

La misma, alego para su defensa que sufrió de un trastorno, sin embargo el tribunal especifica que «no se cuestiona que hubiese sufrido un trastorno por la situación que

³⁰ Sentencia Juzgado contencioso-administrativo nº 1 de Badajoz 38/2023 de 1 de junio (ECLI:ECLI:ES:JCA:2023:2876)

³¹ Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Galicia 5523/2023 de 14 de julio (ECLI:ES:TSJGAL:2023:5523)

padeció, pero no se ha acreditado médicamente que ese trastorno hubiese obligado a la recurrente a realizar esos accesos indebidos», además para más énfasis dicho tribunal también incurre en los deberes que le son inherentes a la profesión ya que dispone « La recurrente, enfermera de profesión es perfectamente conocedora o debe serlo, tanto de la prohibición de realizar esos accesos, precisamente por la ética que domina la profesión sanitaria, como la forma de realizarlos, aunque no se le hubiese dado formación al respecto».

-Sentencia TSJ Comunidad Valenciana 4450/2020 de 4 de mayo³²

Respecto a esta sentencia, se sanciona a D. Guillermo en expediente disciplinario con la sanción dispuesta en el art. 72.2 c) del EM, debido a la infracción del deber de confidencialidad con relación a los datos personales de la historia clínica de D^a. Felicidad.

En el presente caso, D. Carlos Ramón solicita una cita médica con los datos de su exmujer para que le asista su amigo cercano el médico D. Guillermo en el hospital público. En dicha cita, D. Carlos Ramón le pide a su amigo el médico D. Guillermo acceder a la historia clínica de su exmujer. D. Guillermo accede a la historia clínica de D. Felicidad hasta en tres ocasiones distintas.

La argumentación que otorga D. Gustavo en su defensa en el recurso administrativo se basa en que su amigo D. Carlos Ramón no le había comunicado a éste que se habían divorciado y por lo tanto en vistas a que D. Gustavo era amigo íntimo de la pareja accedió haciéndoles un favor a ambos, es decir, actuó de buena fé. Lo cierto es que el tribunal, en la misma línea argumental que las anteriores sentencias, determina que «se ha quebrantado la debida reserva respecto de datos relativos a la intimidad de datos de D. Felicidad, por infracción del deber de confidencialidad con relación a los datos personales de la historia clínica de D. Felicidad, y en suma, consta una orden de alejamiento de D. Carlos Ramon a D. Felicidad, por lo que dificilmente le dio la mima su asentimiento para entrar y conocer los datos de su historia clínica. De esta manera se estima que D. Gustavo accedió a la historia clínica sin relación asistencial».

³² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana 4450/2020 de 4 de mayo (ECLI:ES:TSJCV:2020:4450)

-Sentencia TSJ Comunidad Valenciana 4541/2022 de 13 de junio³³

D. Anselmo presta servicio en el hospital La Fe de Valencia como personal estatutario fijo con la categoría de especialista del departamento de bioquímica clínica. En el presente caso, se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. Anselmo contra el acuerdo núm. 19/2020, de 2 de junio, de la Dirección General de Recursos Humanos de la Consellería de Sanitat, Generalitat Valenciana, que incoó expediente disciplinario como consecuencia de un acceso por parte del facultativo D. Anselmo a una compañera de trabajo que se encontraba bajo su supervisión. Su defensa se basó en negar los hechos y disponer que la compañera de trabajo se encontraba de baja laboral. La sala resolvió que había cometido « falta grave del EM por acceso a la historia clínica de su compañera de trabajo, que desarrolla el puesto de técnica especialista en laboratorio».

Finalmente, esta parte viene a considerar que la viabilidad del recurso contencioso-administrativo del enfermero D. E no tiene cabida. Para dar esta determinación, se ha realizado un estudio en base a la jurisprudencia anteriormente mencionada, y en base al mismo se observa que los tribunales no anulan el expediente sancionador sin que medie una justificación asistencial.

Extrapolando las sentencias objeto de estudio a nuestro dictamen, se determina qué:

a) Con relación a la primera sentencia dictada, los juzgadores afirman de manera rotunda que no hace falta admitir la testifical como prueba si los informes de trazabilidad justifican que los accesos se realizaron sin justificación asistencial. Así mismo sucede en el presente dictamen, puesto que, aunque en el recurso contencioso-administrativo se alegara indefensión del enfermero por inadmitir tres testificales que resultaran óptimas para esclarecer los hechos, lo cierto es que en el informe de trazabilidad que realizó el SALUD se evidencia de una forma objetiva que el acceso a la historia clínica de D^a. A se realizó sin la justificación asistencial que le legitimaría.

b) Con relación a la segunda sentencia dictada, el tribunal especifica que ni aun con la autorización por escrito que le otorgo D. Gustavo a D^a. Sagrario para que accediera

³³ Sentencia del Tribunal Superior de la Comunidad Valenciana 4541/2022 de 13 de junio (ECLI:ES:TSJCV:2022:454)

a su historia, por escrito frente al organismo de salud competente, se puede anular la sanción del expediente disciplinario. En nuestro caso, se podría dar una situación similar, ya que D. E cuenta en vía penal con el sobreseimiento y el archivo de los delitos y en vía administrativa con el perdón de D^a. A frente al organismo del SALUD tal y como consta en los hechos, pero visto el fallo del tribunal, tampoco sería lógico interponer un recurso administrativo, debido a que desembocaría en un fallo desestimatorio para nuestro cliente D.E.

c) En relación con tercera sentencia, dictada por una primera instancia, podría también traerse a colación en cuanto a la relación de hechos de nuestro dictamen y el de la sentencia. En nuestro caso, tal y como se observa en la información del expediente y los antecedentes de hecho, se constata que D. E en la fecha de acceso a la historia clínica de D^a. A, sufrió de una ansiedad severa, producida en parte por su trabajo y en parte por la enfermedad que padecía su mujer en determinado momento, así las cosas, en la sentencia arriba referenciada se observa que el recurrente también estaba pasando por un momento crítico para él, concretamente un «traumático divorcio» .Pero de nuevo, el juez manifiesta que no se le puede tipificar la falta como leve, que es lo que también habíamos considerado, por lo que como se ha explicado anteriormente, no hubiera hecho falta el procedimiento disciplinario, ya que este únicamente se realiza en los casos de faltas graves o muy graves.

d) En relación con la cuarta y última sentencia, extraemos en primer lugar que la enfermera al igual que nuestro cliente no tienen la condición de personal fijo, ya que ella es personal eventual y D. E estatutario fijo interino y como se ha acreditado anteriormente el régimen disciplinario es igualmente aplicable. Y, en segundo lugar, el tribunal manifiesta que, pese a que en el momento de cometer los actos se tenga un trastorno, si los informes médicos no consideraran que dicho trastorno induce a entrar en las historias clínicas, no se puede anular las faltas dispuestas en los expedientes sancionadores.

VI. CONCLUSIONES

PRIMERA. - El derecho a la intimidad personal se vincula a la esfera más reservada de las personas reconocido en el art. 18.1 de la Constitución, derecho fundamental regulado en la LOPDGDD.

SEGUNDA. - Esta ley es especialmente aplicable a la problemática del acceso a la historia clínica, junto con la LAB que asimismo, regula el derecho a la intimidad cuando indica en su art. 7.1 que «toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud, y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la Ley».

Estas normas de obligado cumplimiento para todos los profesionales sanitarios, protegen del acceso a la información íntima sobre datos de carácter personal relacionados con la salud, por cualquiera distinto de la propia persona o no autorizado por ella. Son normas reguladoras del funcionamiento de los servicios que han sido infringidas por el expedientado, al acceder sin justificación por su función asistencial y sin autorización expresa de D^a. A, vulnerando de este modo el derecho a la confidencialidad del paciente.

TERCERA. - En definitiva, nos encontramos ante un acceso calificado como ilícito a una historia clínica, en tanto que, en el momento en que D^o. E accedió a la historia clínica de D^a.A, el enfermero no tenía justificación asistencial, siendo la finalidad asistencial fundamental para justificar los accesos, ya que la historia clínica se configura como un instrumento para la realización de la buena praxis sanitaria.

Asimismo, del estudio de trazabilidad informática realizado por el SALUD se constata que el acceso por parte D.E a la historia clínica corresponde a la dirección IP relacionada con su puesto de trabajo en el servicio de la UCI del hospital público XX, por lo que los accesos los realizó durante su jornada laboral. En suma, se accedió hasta en cinco ocasiones a la historia clínica de D^a.A, consultando en diferentes días, distintas historias clínicas.

CUARTA. - El estudio del régimen jurídico aplicable al personal estatutario del SALUD es preceptivo para diferenciar a esta clase de funcionarios, pues las relaciones profesionales del personal estatutario se guían por el Estatuto Marco del Personal estatutario, ya que tienen una relación funcional especial.

En relación a ello, una de las cuestiones principales es clarificar si se puede aplicar el mismo régimen disciplinario a los funcionarios estatutarios fijos que a los temporales. Dicha determinación ha dado pie hasta la jurisprudencia actual, donde se considera en primer lugar que, los principios que deben guiar el derecho disciplinario deben ser los del derecho penal, en segundo lugar pese a que se puede dar un trato diferenciado entre personal temporal y fijo hay que estar a la circunstancia concreta del caso y en relación

al art. 14 CE no se puede otorgar un tratamiento diferenciado en éste ámbito justificando únicamente que la relación de los funcionarios temporales sea provisional.

QUINTA. - Sentado lo anterior, es importante determinar la viabilidad del recurso contencioso administrativo, habiendo agotado la vía administrativa antes de proceder a ir al juzgado. Por ello es fundamental examinar las fases del procedimiento administrativo, puesto que tras la denegación por parte del órgano instructor ante la prueba de tres testificales y en vistas a que contra dicha denegación de pruebas D.E no puede interponer recurso en vía administrativa, el recurso en vía judicial se debería de centrar en la indefensión del mismo, pero habida cuenta de que los tribunales son altamente exigentes a la hora de determinar dicha indefensión y consultada la jurisprudencia aportada, se determina que llevar el recurso en primer lugar por indefensión sería inútil.

SEXTA. -En suma, tras estudiar los procedimientos judiciales recientemente dispuestos, por todo lo anteriormente expuesto y habiendo sido suficientemente contrastadas las circunstancias concurrentes en el expediente disciplinario que se cuestiona y siendo conscientes de que la Administración ha actuado, en todo momento, sin ningún defecto de forma que también se pudiera recurrir, tampoco tiene viabilidad el recurso administrativo.

Menos viabilidad aún tendría el recurso, basándonos en las circunstancias personales de salud de D. E, dado que aunque se manifiesta que el mismo tuvo un trastorno de ansiedad severo debido en parte al trabajo y en parte a la enfermedad de su mujer, la jurisprudencia determina que sí dichas enfermedades no se acreditan medicamente a que los trastornos obliguen a la realización de accesos ilícitos, no se anulan las faltas disciplinarias.

Habida cuenta de la exigencia tan alta que disponen los tribunales, tampoco cabría llevar el recurso contencioso- administrativo en virtud de que D.E cuenta con el perdón de la perjudicada, tanto en vía penal porque se archivó el procedimiento como en vía administrativa, recordamos que en base a las sentencias citadas, los tribunales estiman que ni aun con la autorización de los perjudicados el personal estatutario está legitimado para acceder a las historias clínicas.

Por lo tanto, los tribunales son escrupulosamente claros, sí no se tiene una relación asistencial con la historia clínica que se consulta, en ningún caso se estará legitimado a acceder a ella, lo que desembocará en una falta disciplinaria tipificada según el número

de accesos y la casuística en falta grave o muy grave, pero nunca revertirá este comportamiento en falta leve.

VII. BIBLIOGRAFÍA

PALOMAR OMEDA, A, «Clasificación del personal estatutario», en Comentarios a la ley 55/2003 del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, Sempere (dir.), Aranzadi, Navarra, 2006.

VÁZQUEZ GARRANZO, J, «Capítulo 2. Clasificación del personal estatutario», en Memento Experto Personal Estatutario de los Servicios del Salud, (dir.) Lomas, Espacio Lefebvre, Madrid, 2020.

MEJICA GARCIA, JM: «Hacia un estatuto jurídico desarrollando la historia clínica», en Diario La Ley, nº 5638, XXIII, 2002.

MILLÁN CALENTI, R.A., «Historia clínica electrónica: accesos compatibles», en Tratado de derecho Sanitario, Larios (coord.), vol. I, Cizur Menor Aranzadi, 2013.

CASANOVA ASECIO, A.S: «Protección de datos en el ámbito de la historia clínica: el acceso indebido por el personal sanitario y sus consecuencias», en Indret: Revista para el análisis del derecho, nº 2, 2019.

BELTRAN AGUIRRE, JL: «Protección de datos personales y secreto profesional en el ámbito de la salud: una propuesta normativa de adaptación al RGPD», en Sociedad Española de Salud Pública y Administración Sanitaria, nº 1, 2017.

MEJICA GARCIA, JM: «El régimen legal de acceso a la historia clínica y sus garantías», en Revista jurídica de Castilla y León, nº 17, 2009.

COLIO GUTIERREZ, N: «Accesos ilegítimos a la historia clínica. La posición de los tribunales», en Marina Salud, nº 27, XXVI, 2017.

DE LORENZO Y MONTERO, R: «El secreto medico derivado», en Redacción Médica, 2013.

LARIOS RISCO,D. «Normas Generales», en Régimen Jurídico del Personal Estatutario de los Servicios del Salud, Lomas (coord.), Aranzadi, Navarra,2017.

GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ, S: «El régimen disciplinario de los funcionarios», en Revista jurídica Castilla y León, nº 6, 2005.

DIEZ RODRIGUEZ, J.R « Ius puniendi administrativo y semejanzas con orden penal», en Comentarios a la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del estatuto marco del personal estatutario a los servicios de salud, Lizarraga(coord.), Aranzadi, Navarra, 2005.

MANCILLA I MUNTADA, F, «Procedimiento Sancionador», en Derecho Administrativo Sancionador, Burgués (coord.), Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2022.

SANCHEZ MORON, M., Derecho de la función pública, 13º edic, Tecnos, Madrid, 2020.

GALLARDO CASTILLO, MJ: « Los vicios del procedimiento y el principio de conservación del acto: doctrina jurisprudencial», en Revista de Administración Pública , nº 171, 2006.