

LA CONFIDENCIALIDAD DE LA AUDITORIA MÉDICA

Gabriel Adriasola

1. La auditoria médica como mecanismo de mejora del servicio asistencial. Uno de los principales mecanismos dirigidos a prevenir el error médico y que contribuye a elevar el estandar de calidad asistencial en una institución de servicios médicos consiste en la realización sistemática de procedimientos de auditoría, revisión e investigación del *error médico pasado* y de los procedimientos de gestión de riesgos. Ello significa que ante un desenlace asistencial dañoso para el paciente, la institución debería instituir mecanismos reglados destinados a investigar si la causa se debió a un error médico, a una carencia asistencial, a defectos de organización o a cualquier otra gama de procesos, humanos o estructurales, que hayan contribuido al desenlace no querido. El primer objetivo de esta auditoria es evitar la repetición del error y la corrección de las deficiencias que hayan contribuido directa o indirectamente al resultado en perjuicio del paciente. En ese contexto, parece indudable que la institucionalización de este tipo de procedimientos de investigación podrían desembocar claramente en una mejor prestación del servicio médico ya sea mediante la corrección del proceso fallido o incluso el apartamiento del profesional que en su desempeño en la empresa médica ha incurrido en un error intolerable o incompatible con la calidad del servicio que se pretende.

2. La posibilidad de que la auditoria sea utilizada en contra de la institución en el contexto de un proceso judicial como factor que conspira contra la institucionalización del procedimiento. Es indudable que uno de los factores que en los hechos conspira contra la instauración de estos procedimientos es la creencia de que sus resultados podrían comprometer la responsabilidad civil de la institución, o incluso la responsabilidad penal de alguno de sus integrantes. Ante esa circunstancia, la empresa médica se ve enfrentada a una decisión problemática. La realización de un procedimiento reglado de auditoria con fines correctivos puede por un lado erigirse en un factor de mejora en la prestación del servicio y por el otro en la prueba fundamental de un reclamo civil contra ella o de una investigación penal contra uno de sus miembros. Esta posibilidad de que un procedimiento correctivo sea utilizado en contra

de quien lo institucionaliza con ese fin de hecho conspira contra su realización, sobre todo en un contexto socio jurídico en el que las instituciones de asistencia médica han manifestado su preocupación por la proliferación de reclamos judiciales en su contra.

Si bien creemos que esa preocupación responde más a una sensación subjetiva que a una realidad, ello no oculta el hecho cierto y concreto que, ante un caso de error médico capaz de ser factor determinante de un proceso judicial, la realización de auditorías e investigaciones internas con fines correctivos puede a la larga convertirse en un procedimiento que coloque a la institución en la posición de estar elaborando prueba que será utilizada luego en su contra.

Ello revela el enfrentamiento de dos principios caros a toda organización social como lo es el deber de colaboración de las partes en todo proceso judicial y el interés de que las empresas médicas instituyan mecanismos de prevención y corrección de riesgos.

3. La concepción uruguaya del deber de colaboración de la parte demandada en el proceso civil. La auditoría en estos casos se materializa en una serie de documentos y en un informe final con las recomendaciones de corrección. Debido a ello, desde el punto de vista probatorio es una potencial prueba documental que, en caso de instaurarse un proceso en contra de la institución, se considerará como *documento en poder del adversario* y será regulada su producción en juicio por el artículo 168 del Código General del Proceso¹.

La filosofía que inspira esta disposición pretende trascender al viejo principio de que nadie está obligado a producir prueba en su contra. Así, la doctrina nacional ha señalado que *“El modelo de litigante buscado por el legislador refiere a que cada parte brinde aquello que esté a su alcance para la mejor marcha de la litis, sin ocultar prueba a su contraparte ni al tribunal, porque por sobre el interés privado y egoísta que pueda moverla, se ubican el interés público y valores sociales ínsitos en la actividad*

¹ Artículo 168. Documento en poder del adversario.- La parte que quiera servirse de un documento que según su manifestación se halla en poder de su adversario podrá pedir al tribunal que intime a aquél su presentación en el plazo que se determine.

Cuando por otros elementos del juicio, la existencia y contenido del documento resultare manifiestamente verosímil, la negativa a presentarlo podrá ser estimada como reconocimiento de ese contenido.

jurisdiccional. La protección de esos objetivos que trascienden al individuo, impone a todo litigante colaborar eficazmente en la instrucción de una causa, aún cuando ello pueda significar aporte de prueba contraria al interés de quien la tiene en su poder”². En similar sentido la jurisprudencia ha resaltado que “El ordenamiento procesal y particularmente la regla moral en el proceso...no pueden cohonestar la actitud de la parte que, maliciosamente, rehúsa suministrar al tribunal documentación que es susceptible de clarificar ciertos hechos controvertidos en el proceso. De ahí que la doctrina comparada...haya abogado por la destrucción del principio nemo tenetur aedere contra se, razón por lo cual se estima que cuando una parte, requerida en forma por el oficio, se niega a aportar al proceso documentación que obra en su poder, de probarse la existencia de esa documentación, su situación procesal se ve afectada por una presunción simple o relativa...en su contra: reconocimiento de su contenido”³.

De acuerdo a esta concepción plasmada en la ley procesal civil uruguaya, si la institución es intimada a que produzca la auditoria en el proceso, debería hacerlo en cumplimiento del deber de colaboración. La negativa a hacerlo acarrea la consecuencia prevista en el inciso 2º del artículo 168 del Código General del Proceso. Esto es, que el tribunal derive de esa negativa el tener por reconocida la existencia y verosimilitud del contenido del documento. *“Ello implica que el tribunal podrá concluir que la existencia, naturaleza y contenido del documento son los alegados por el oferente”⁴. En el caso concreto del dictamen de una auditoria de error médico podrá el tribunal presumir que el contenido de dicho informe ratifica la existencia del error que da sustento a la demanda.*

La doctrina incluso ha sostenido que el tribunal civil puede desplegar poderes coactivos para hacerse del documento. Al respecto se sostiene que el tribunal *“también podría disponer la quita forzosa del documento, a requerimiento de parte, si conociera su probable ubicación...cuando fundados elementos le permitieran formarse opinión acerca de una ilegítima resistencia a aportar el documento”⁵. En ese contexto se*

² VESCOVI, Enrique, DE HEGEDUS, Margarita, KLETT, Selva, CARDINAL, Fernando, SIMÓN, L.M., PEREIRA, Santiago, “Código General del Proceso”, T. 5, Editorial Ábaco, p. 186.

³ Revista Uruguaya de Derecho Procesal, No. 2, 1990, p. 326. No. 690.

⁴ VESCOVI, Enrique y otros, “Código General del Proceso” cit., p. 192.

⁵ *Ibíd*em, p. 190.

concluye que “*si esos medios de compulsión directa o indirecta fracasaran, sí se tornaría aplicable la sanción civil prevista por la segunda parte del artículo*”⁶.

Creemos que la saca coactiva del documento está más allá de los poderes de un tribunal civil. A diferencia de los poderes probatorios de un juez penal reglados en el Código del Proceso Penal, el secuestro de documentos no es un medio de prueba previsto como tal en el Código General del Proceso, y las normas que se refieren al secuestro lo estatuyen en función de la preservación o aprehensión de una cosa embargada. Por lo tanto, en caso de negativa maliciosa sólo podría recurrirse, en el ámbito de un procedimiento civil, a la compulsión indirecta mediante la imposición de astringencias bajo el régimen del artículo 374 del Código General del Proceso.

4. Razones por las que la negativa a producir el informe de auditoria en un proceso civil no configura una negativa injustificada. El artículo 189.3 del Código General del Proceso establece que “*Si quien debiera prestar colaboración fuera una de las partes y se negara injustificadamente a suministrarla, el tribunal le intimará a que la preste. Si a pesar de ello se persistiere en la resistencia, el tribunal dispondrá se deje sin efecto la diligencia, debiéndose interpretar la negativa a colaborar en la prueba como una confirmación de la exactitud de las afirmaciones de la parte contraria respecto del hecho que se quiere probar salvo prueba en contrario*”. Además de que esta disposición confirma la tesis expuesta en el numeral anterior acerca de que el tribunal civil carece de facultades para ejercer una compulsión directa y secuestrar documentos en poder de la parte, configura también una regla que permite rehusarse a la entrega de documentos cuando exista causa justificada. En efecto, lo que el artículo sanciona, en consonancia con la solución del inciso 2º del artículo 168 del Código General del Proceso, es la *negativa injustificada a colaborar*. En este contexto de análisis el punto de partida consiste en analizar bajo qué circunstancias la negativa a producir en un juicio un dictamen de auditoria es una negativa justificada.

Una primer constatación conduce a reconocer que las resultancias de una auditoría de esta naturaleza constituye un documento posterior al hecho, destinado a analizarlo y a evaluarlo con miras a su corrección. En ese sentido deben distinguirse los documentos

⁶ *Ibíd*em, p. 190.

en razón de su temporalidad. De este modo existen en cuanto a su confección *documentos anteriores o simultáneos* al hecho dañoso y *documentos posteriores* al mismo. La auditoria y su conclusión es un documento *posterior al hecho*. Esa circunstancia por sí sola no inhibe al tribunal a intimar su agregación al proceso bajo el régimen del artículo 168 del Código General del Proceso. Sin embargo, esa circunstancia temporal conjugada con la finalidad de la producción del documento y su naturaleza, permiten construir una tesis que lo excluye de esas facultades del tribunal civil.

5. La negativa a entregar no es maliciosa debido a la ponderación de intereses.

Tratándose de un documento cuya finalidad es la corrección de errores y procedimientos, confeccionado con posterioridad al hecho, la negativa a producirlo en un proceso no puede considerarse una negativa maliciosa dirigida al obstruccionismo procesal. El obstruccionismo se configura ante la negativa a producir documentos preexistentes o simultáneos al hecho pero no ante la negativa de producir documentos posteriores que son confeccionados con la exclusiva finalidad de promover correcciones al funcionamiento interno de la empresa de servicios médicos. En ese contexto, si se admite que la confección del documento de auditoria está alcanzado por el régimen del artículo 168 del Código General del Proceso la consecuencia natural y lógica en la conducta empresarial será prescindir del recurso a una auditoria.

Esa prescindencia, consecuencia natural del sentido de supervivencia de la empresa, puede tener un mayor disvalor social que el que puede producirse de excluirlo del deber de colaboración procesal. El interés social exige que las empresas de servicios médicos evalúen y corrijan sus deficiencias y ese interés es tanto o más importante que el de colaboración procesal. Si primara éste último la conducta empresarial tendería a prescindir de la realización de auditorias y bajo el pretexto de la reparación a un usuario se sacrificaría un mecanismo capaz de mejorar un servicio de innegable interés público.

Pero por otra parte, la auditoria médica de regla configura una exhaustiva investigación sobre las causas del error y sobre toda una estructuración de un servicio. Sus conclusiones pueden, en muchos casos, equivaler a un allanamiento a la demanda. Imponerle a un litigante que produzca una investigación interna capaz de conformar un verdadero allanamiento a la litis excede el deber de colaboración procesal que informa el Código General del Proceso.

Existe entonces una razón de ponderación de males que permite sostener que la negativa a producir un dictamen de auditoria no configura una negativa maliciosa. Sin embargo, la circunstancia de que no asistamos a una negativa maliciosa podrá excluir la aplicación de astringencias, pero no necesariamente la aplicación de la sanción civil establecida en el artículo 168 inciso 2º del Código General del Proceso.

6. La auditoria y el deber de confidencialidad. La auditoria puede realizarse por personal de la propia institución o por personal externo. El escenario ideal es su realización por personal externo multidisciplinario y profesional. En esa hipótesis la relación jurídica que se traba entre la institución y el auditor es una relación profesional que tiene naturaleza de arrendamiento de obra. Como corolario inevitable de esa relación el auditor está sujeto a estrictos deberes de confidencialidad, derivados del artículo 302 del Código Penal. Ello es así porque de regla el auditor tendrá una especialización profesional (será médico o abogado o incluso especialista en administración) y realizará actos propios de su profesión emitiendo una opinión experta sobre el asunto sometido a su consideración. En ese sentido todo documento o hecho al que acceda en razón de la tarea encomendada está resguardado por el secreto profesional, y sólo podrá revelarlo si existe una expresa autorización de la institución que, en este caso, es el cliente.

Ello excluye toda posibilidad de que la auditoria le sea reclamada al propio auditor por parte de un tribunal civil en el contexto de un proceso. Técnicamente el auditor es en este caso un tercero ajeno al proceso y el rehusamiento a la entrega está amparado por el artículo 167 inciso 2º del Código General del Proceso⁷. En efecto, la hipótesis de resistencia legítima se configura en el auditor “*en supuestos de deber de reserva o secreto que grava a algunos profesionales*”⁸.

⁷ Artículo 167. Documentos en poder de terceros.- Cuando las partes quieran servirse de documentos que están en poder de terceros, deberán solicitar al tribunal que disponga su entrega, sea en original o en las copias que prevé el artículo 72.1.

El requerido podrá oponerse a esa entrega si el documento fuera de su exclusiva propiedad y la exhibición pudiere ocasionarle perjuicio lo que apreciará el tribunal.

⁸ VESCOVI, Enrique y otros, “Código General del Proceso” cit., p. 167.

Sin embargo, el propietario del dictamen no es el auditor sino la institución médica. Incluso es reconocible una práctica en auditorías de diversas especialidades que consiste en que el auditor destruye toda copia de los documentos que utilizó para producir el dictamen, y también el dictamen mismo, de modo de garantizar absolutamente al cliente su deber de confidencialidad. El problema puede plantearse en los siguientes términos: en tanto el auditor puede legítimamente rehusarse a divulgar su informe en un proceso judicial invocando su deber de confidencialidad, no parece claro que por esas mismas razones pueda rehusarse la institución en tanto cliente del auditor y propietaria del informe.

7. La auditoría es un documento que puede considerarse confidencial por parte de la empresa médica. La auditoría médica se define como “*una evaluación crítica y periódica de la calidad de la atención médica que reciben los pacientes, mediante la revisión y el estudio de las historias clínicas y las estadísticas hospitalarias. Su propósito fundamental es procurar que el enfermo reciba la mejor atención médica posible y su objetivo específico es elevar su calidad*”⁹. En ese sentido involucra no sólo la investigación de un caso particular sino la evaluación de procedimientos y técnicas de gestión. Se trata por lo tanto de un documento complejo que involucra diversos aspectos de la gestión de la empresa médica. En su elaboración se incluye por lo tanto información que debe ser considerada confidencial. Por ejemplo, fichas clínicas de pacientes analizadas con fines estadísticos, e incluso evaluación de recursos financieros, administrativos y de mercado de modo de compatibilizar la eficiencia, los costos, la calidad y la seguridad de la atención brindada.

Se trata por lo tanto de un instrumento de gestión empresarial que involucra mucho más que una *investigación hacia el pasado* de un caso concreto. En tanto la auditoría médica sea periódica se la debe diferenciar de una investigación puntual. Pero si la auditoría comprende una opinión sobre los procedimientos internos de una empresa médica destinados a una superación de errores frecuentes y a un mejoramiento de los niveles asistenciales, proponiendo mecanismos diferenciales en la organización de los servicios, es información que en buena medida puede integrar el *know how* de la institución médica.

⁹ Moya HB, Venturini RG, Baeza GA. *Auditoría Médica*. Servicio Nacional de Salud, Dirección General, Unidad de Auditoría Médica. 1968.

Más allá de que las instituciones médicas puedan en algunos casos organizarse bajo formas jurídicas que excluyan el fin de lucro, ello no significa excluirlas de un concepto amplio de “empresa” en el sentido de institución destinada a organizar un servicio mediante una estructura horizontal y vertical de división de tareas. En ese sentido las instituciones compiten unas con otras por porciones de mercado y es pacíficamente admitido que el *know how* de una organización integra el ámbito de la confidencialidad en tanto perfectamente pueden pretender que no sea conocido por sus competidores.

En tanto la auditoria tenga las características de generalidad e involucre información complementaria al caso *punto de partida o testigo*, de modo de recomendar la implementación de procedimientos internos de gestión de riesgo, la institución puede considerarla confidencial bajo el argumento de que es un instrumento de *know how*, y en función de esa calificación oponerse justificadamente a revelarla en el contexto de un procedimiento judicial que es inequívocamente público. Tratándose de una oposición justificada existen argumentos suficientes para sostener que en tal caso no procede la aplicación de la sanción civil prevista en el artículo 168 inciso 2° del Código General del Proceso.

Los propios fines de una auditoria médica periódica y dirigida a corregir procesos deficientes mediante técnicas innovadoras encuadra sin la menor duda en el concepto de *know how*, y en ese contexto no hay duda de que el *know how* forma ya parte del deber de confidencialidad¹⁰. En este contexto de análisis la instauración de procedimientos de auditoria no debe verse frenada por el temor a su divulgación en procesos judiciales con la consecuencia de que puedan evidenciarse fallas capaces de generar responsabilidad. Esa no es la finalidad de la auditoria médica o clínica y la negativa a divulgarla no es un acto de obstruccionismo procesal sino de protección de datos y procedimientos confidenciales de la empresa.

Por supuesto que cuando la divulgación del informe de auditoria involucra datos clínicos de un universo de pacientes identificados o identificables su confidencialidad

¹⁰ El secreto empresarial es protegido debido a que su revelación hace peligrar la capacidad competitiva de la empresa. Ha sido definido como “*todo conocimiento reservado sobre ideas, productos o procedimientos industriales que el empresario, por un valor competitivo para la empresa, desea mantener ocultos*”. BAJO-PÉREZ-SUAREZ, cit. por TERRADILLOS BASOCO, Juan, “Derecho Penal de la empresa”, Editorial Trotta, Madrid, España, 1995., p. 169. Actualmente, también el *know-how* se considera que integra el secreto comercial. Por *know-how* se entienden aquellos “*conocimientos relativos a todo un proceso de fabricación*”. TERRADILLOS BASOCO, Juan, *Ibidem*, p.169..

tiene una segunda fuente que es el secreto profesional médico. Independientemente de que la auditoria se maneje con estadísticas anónimas o llegue a comprometer identidades de pacientes o médicos de la institución es relevante considerarla un documento de divulgación restringida. El Informe Thompson, preparado por un grupo de trabajo en Escocia, recomendó que los detalles de los resultados de las auditorias deben ser compartidos por los pares previo acuerdo de partes en un régimen de confidencialidad compartida.

Incluso cuando la auditoria se institucionaliza en orden a establecer un sistema nacional y único de acreditación de instituciones médicas suele primar la regla de la confidencialidad. En Colombia por ejemplo el Decreto 2309 del 15 de Octubre del 2002, complementa la organización del Sistema de Garantía de Calidad obligatorio para prestadores y aseguradores, como también para entidades adaptadas, entidades de medicina prepagada y entidades territoriales de salud. Entre sus principales reglas y principios se establece que *“La información a la cual se tenga acceso durante el proceso de acreditación, así como los datos relacionados con las instituciones a las cuales les haya sido negada la acreditación, son estrictamente confidenciales. No obstante, la calificación final de las instituciones a las cuales se les otorgue la acreditación podrá hacerse pública, previa autorización de las instituciones acreditadas”*.

8. El requerimiento por parte de la justicia penal. Hasta ahora nos hemos ocupado de la oposición de la confidencialidad ante la justicia civil. No obstante, corresponde analizar cómo proceder en caso de que el requerimiento provenga de la justicia penal en el contexto de una investigación criminal en curso. Este análisis no puede desconocer que el juez penal tiene mayores poderes de intrusión en la esfera de la privacidad que un juez civil. De hecho, la posibilidad de un juez civil de penetrar en ámbitos comprendidos por el secreto profesional o el deber de confidencialidad es prácticamente nulo. En cambio, cuando la ley lo autoriza expresamente, el juez penal puede penetrar ciertas esferas de privacidad como los casos, por ejemplo, del secreto bancario o tributario. Sin embargo queda excluido de ese poder de intrusión el secreto profesional de abogados y médicos. Sin embargo, como hemos visto, la auditoria médica, a menos que comprometa datos de pacientes, no puede considerársela comprendida dentro del secreto profesional médico. Cuando es una auditoria genérica que pueda considerarse

comprendida en el concepto de *know how* el documento es irrelevante y además integra el secreto comercial. Si entendemos que ese secreto está amparado por el artículo 302 del Código Penal es posible concluir en que la intrusión en el mismo, aún por parte de un juez penal, está vedada bajo la ley uruguaya.

Otra vertiente de análisis estrechamente vinculada al derecho a la confidencialidad consiste en abordar el tema desde la óptica de la posibilidad del *secuestro* de documentos como medio de prueba penal. Desde esa vertiente el artículo 211 del Código del Proceso Penal permite el secuestro de “*las cosas relacionadas con el delito, o sujetas a confiscación, o que puedan servir como medios de prueba*”. La auditoría, o aún la investigación interna de un hecho puntual no es un documento probatorio del delito sino el resultado de una actividad profesional independiente dirigida a determinar al responsable en un ámbito totalmente ajeno al de la justicia penal. Por supuesto que los documentos en que se apoya y que constituyen medios de prueba del hecho (historia clínica, análisis de laboratorio, etc.) pueden ser objeto de secuestro por estar precisamente relacionados con el hecho investigado¹¹. Sin embargo, lo que no es un documento probatorio del delito son los dictámenes o investigaciones internas de la empresa. Por otra parte, nada impide que estos sean entregados a un abogado para la preparación de una defensa, y en ese caso quedan automáticamente excluidos del secuestro y de cualquier tipo de intrusión. En tal caso es de absoluta aplicación el artículo 213 del Código del Proceso Penal en tanto establece que “*No pueden secuestrarse las cartas o documentos que se envíen o entreguen a los Defensores para el desempeño de su cargo*”.

Esta norma debe ser de interpretación amplia pues compromete nada más ni nada menos que el derecho de defensa y el privilegio abogado-cliente. En ese caso, el giro *Defensores* que contiene la norma no debe inducir a pensar que la intangibilidad del documento rige sólo cuando existe trabada una relación procesal. Si el documento es entregado al abogado para la preparación del caso aún antes de la constitución de un litigio también está amparado por el privilegio. En ese contexto, la empresa cuyos

¹¹ Siempre y cuando, por supuesto, exista consentimiento del titular del documento, ya que la historia clínica y todos los datos que ella contiene integran el secreto profesional médico y éste no puede ser relevado por ningún juez, ni siquiera por aquél con competencia penal, si no media consentimiento del paciente.

miembros son investigados penalmente por un error médico pueden ampararse en este privilegio y entregar a su abogado dictámenes de auditoria o resultancias de investigaciones posteriores al hecho de manera de sustraerlos al poder de intrusión. Lo que no pueden es utilizar este privilegio para ocultar *pruebas del hecho*. La diferencia entre *pruebas del hecho*, *investigaciones posteriores al hecho* y *documentos evaluatorios del hecho* permite establecer los alcances del privilegio. Este alcanza a las *investigaciones posteriores al hecho* y a los *documentos evaluatorios del hecho*.

Podría argumentarse que éste es un privilegio sólo de la persona física investigada y no de la empresa. No obstante, creemos que la empresa misma puede ampararse en él debido al amplio espectro que comprende el privilegio abogado-cliente.