

PSIQUIATRÍA Y DERECHO

EL OTORGAMIENTO¹ FRAUDULENTO DE LICENCIAS MÉDICAS² EN CHILE

UN ANÁLISIS PRELIMINAR A LA LUZ DE LA TEORÍA DEL DELITO

(Rev GPU 2017; 13; 2: 198-207)

Claudio Filippi³

La mentira es mejor cuanto más parece verdadera,
tanto más agrada cuanto tiene más de lo dudoso y posible.

MIGUEL DE CERVANTES

Según la Organización Panamericana de la Salud, Chile, es el cuarto país de América Latina con más alta tasa de suicidios muriendo anualmente de 11 a 13 personas por cada 100 mil habitantes (OPS, 2014) (Valenzuela y Acevedo, 2012). Esta tasa ha aumentado sostenidamente en la última década (Baader *et al.*, 2011) (Tabla 1), comprometiendo sobre todo al grupo de 10 a 19 años, siendo la tercera causa de muerte entre adolescentes.

Esa situación está dando cuenta de un fenómeno epidemiológico grave, no abordado adecuadamente por la autoridad (Echavarrí, Maino, Fischman, Morales y Barros; 2015). Este fenómeno afecta directamente a la población chilena trabajadora y presiona sostenidamente al sistema de financiamiento de los subsidios de incapacidad laboral, los cuales son de carácter mixto, en cuanto son financiados por entidades estatales (FONASA) o Privadas (ISAPRES). El objetivo de este trabajo es hacer un análisis crítico del delito de emisión de licencias médicas fraudulentas en la legislación chilena de modo de desarticular la falacia que los medios de prensa y la autoridad utilizan como argumento para imputar dicho delito.

¹ Este título es incorrecto en su formulación. A pesar de ello, lo mantendré por la acepción comúnmente utilizada que solo hace recaer en el emisor de licencias médicas el fraude. Más adelante explicaré lo insuficiente de dicho título a la luz del derecho.

² Para efectos de este artículo, cuando se mencione "licencia médica" se referirá al documento en sí y cuando se quiera hablar del derecho a licencia médica se expresará explícitamente como "derecho a licencia médica".

³ drfilippi@inepsa.cl

INTRODUCCIÓN

La tesis oficial sostenida, tanto por autoridades gubernamentales como del sector privado, es que el aumento de Licencias Médicas en los últimos años es el producto de práctica de emisión fraudulenta. De esta manera la Asociación de ISAPRES ha exagerado la cifra diciendo que un 30% de las Licencias Médicas emitidas son falsas (*La Segunda*, 2014) y argumentando que no existe una causa epidemiológica que lo explique (Varela, 2016). Al parecer esta empresa desconoce el cambio epidemiológico de las enfermedades mentales y especialmente la alta tasa de suicidios que explicarían la precaución médica de indicar reposo. Las cifras entregadas a la opinión pública más parecen una falacia estadística que una verdad científica fruto de una investigación imparcial y desinteresada.

Este orden de cosas ha puesto en tela de juicio el acto médico y ha llevado al médico emisor de licencias al banquillo de los acusados, de manera justa o injusta. En los últimos años se han realizado modificaciones legales para sancionar drásticamente la emisión fraudulenta de dichos instrumentos. Esos cambios, si bien fueron impulsados cuando el mercado de ISAPRES comenzó a presentar un estancamiento y franco retroceso (PUCV, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2012) pusieron en el centro de la noticia el tema de las licencias médicas.

El objetivo de este trabajo es hacer un análisis crítico del delito de emisión de licencias médicas fraudulentas en la legislación chilena de modo de desarticular la falacia que los medios de prensa y la autoridad utilizan como argumento para imputar dicho delito.

NÚMERO "NORMAL" DE LICENCIAS MÉDICAS EMITIDAS POR UN PROFESIONAL

Cuando, el año 2009, se fomentó el debate público sobre el tema de las licencias médicas fraudulentas, se partió señalando que "lo normal era que un médico emitiera 100 licencias médicas al año". En ese momento, nadie cuestionó las cifras, a pesar de lo absurdo de las mismas. Con el pasar de pocos años variaron a 1.000 y a 2000 Licencias por año y se argumentó una media estadística sin mencionar la población en estudio ni su distribución normal. Tampoco se consideraban las desviaciones estándar de la media, que hubieran permitido entender, de ser el caso, la distribución de la población (Filippi, 2013). Desde el punto de vista epidemiológico la medida correcta a utilizar debió ser una Tasa específica, la relación entre dos magnitudes de diferente naturaleza, que es un indicador del riesgo

de ocurrencia de un hecho en una población determinada y en un tiempo determinado (Albhom, Afredssb, Alfvén, Bennet; 2009).

Por otro lado, se homogeneizó artificialmente la población en estudio y se mezclaron especialidades médicas con comportamiento diverso como Oftalmología, Psiquiatría, Medicina Legal, Medicina Interna, etc. Todas ellas están expuestas de manera diferente al evento de emitir una licencia médica y, por lo mismo, es inapropiado epidemiológicamente mezclarlas para asumir un valor normal de emisión de licencias por médicos.

De manera complementaria, médicos de la misma especialidad que laboran con poblaciones de pacientes diferentes van a presentar riesgos diferentes de emitir una licencia médica. No es lo mismo laborar en un sector acomodado que en un sector socioeconómicamente más desfavorecido, ya que el perfil epidemiológico puede ser bastante diferente.

Tabla 1

EVOLUCIÓN DE LA TASA DE SUICIDIO, CHILE 1991-2010⁴
(por 100 mil habitantes)

Año	Tasa
1991	5,6
1992	5,9
1993	4,8
1994	5,3
1995	5,7
1996	6,5
1997	6,3
1998	6,2
1999	6,9
2000	6,8
2001	9,6
2002	10,4
2003	10,2
2004	10,4
2005	10,8
2006	10,3
2007	10,3
2008	11,6
2009	10,7
2010	13

⁴ Acevedo y Valenzuela, 2012. Reproducido con permiso de los autores.

De esta forma las cifras no son confiables para que ninguna autoridad determine la ocurrencia o no de un delito.

Para entender la lógica distorsionada que hay detrás del argumento de utilizar una media estadística para determinar un delito, podemos llevar el argumento al absurdo:

- En Chile el ingreso *per cápita*⁵ anual corresponde aproximadamente a USD 13.384 (Banco Mundial, 2016). Esto equivale, en pesos chilenos, a un ingreso mensual promedio de \$742.906. Según la calidad del argumento esgrimido por las autoridades chilenas, cuando se inició la persecución de la emisión fraudulenta de licencias médicas, y señalado anteriormente, todo aquel chileno que superara esa cifra “era un ladrón”.
- Otro ejemplo lo constituye la esperanza de vida, la que en Chile, según el Instituto Nacional de Estadísticas (MINSAL, 2016), ascendería para el quinquenio 2015-2020 a 76,68 y 82,81 años para hombres y mujeres, respectivamente. Esa cifra, lógicamente, no autorizaría a un médico para declarar muerta a la vecina de 91 años que está viva y gozando de una estupenda salud.

Como ambas situaciones son absurdas, se comprueba que la estadística en sí no sirve para determinar un delito, como pretenden los interesados en el tema.

Eso no significa que no se pueda estudiar el número de licencias que emite un médico en un año, pero lo que no se puede es asignarle a ese valor un valor probatorio de delito.

Un estudio serio y confiable sobre el número anual de licencias médicas emitidas en una realidad particular lo realiza Cifuentes (2015), quien estudia el número de licencias emitidas en una consulta particular de la especialidad de medicina familiar el año 2012 en una consulta privada en la ciudad de Talca. En dicho estudio la autora obtiene que durante el año 2012 se emitió un total de 2.126 licencias médicas de un total de 4.706 consultas realizadas, lo que representa un 45,17% del total. De estas, un 74,3 % corresponde a mujeres y mayoritariamente y un 88,9 % corresponde a licencias del Fondo Nacional de Salud o FONASA. Un 54 % corresponde diagnósticos por enfermedades de Salud Mental. El

98% de las licencias fueron de 15 días o menos, siendo la más alta frecuencia de 15 días (37%). Estos datos por supuesto tienen la validez particular y específica para esa realidad epidemiológica y no pueden generalizarse a otras, aunque sirven como un referente interesante.

Analizado lo anterior, es válida la pregunta ¿existe un número de licencias óptimo? La respuesta es cualitativa: Ese número está dado por las limitantes ergonómicas y epidemiológicas de la labor médica en cuestión. Por eso es que nos resulta ridículo, bizarro o asombroso cuando un médico aparece firmando 17 mil permisos anuales, lo cual indudablemente escaparía a esas limitantes ergonómicas y epidemiológicas.

No obstante, desde lo penal, realizar un estudio ergonómico o epidemiológico frente a cada caso particular sería algo engorroso e impracticable, en parte porque lo que se considera delito puede ser la manifestación epidemiológica de un fenómeno mórbido anómalo. En este caso, se caería en una evidente tautología al tratar de fundamentar epidemiológicamente el mismo fenómeno epidemiológico denunciado.

Entonces surge la pregunta: ¿cuál es el enfoque que debe ser adoptado para evaluar un supuesto delito?

Y es ahí donde la ciencia penal acude con una respuesta simple, de años de desarrollo intelectual: La teoría del delito.

LA TEORÍA DEL DELITO⁶

Para Bacigalupo (1997) la teoría del delito es una teoría de aplicación de la ley penal que “Pretende establecer un orden para el planteamiento y la resolución de los problemas implicados en la aplicación de la ley penal a un caso”.

La teoría del delito, según lo señala Garrido, engazaría tres ámbitos diferentes:

- a) el comportamiento humano, ya que en el mundo de la naturaleza el hombre y su actuar –que constituye el ser– es un suceso más junto a las cosas y eventos que en él se desarrollan y, como estos, el comportamiento puede ser analizado objetivamente;
- b) los mandatos o prohibiciones que establecen las normas penales dirigidas al hombre y que solo a él se refieren, que constituyen el mundo normativo –un deber ser–, y

⁵ Es el resultado de la razón entre el producto total de un país en un determinado año y su número de habitantes (Ministerio de Hacienda: <http://www.hacienda.cl/glosario/ingreso-per-capita.html>)

⁶ A fin de no extenderse y alejarse innecesariamente de la temática en cuestión de este trabajo, se reseñarán solamente los conceptos generales de la teoría del delito.

- c) la apreciación axiológica de tal comportamiento en su dimensión humana correcta frente a los valores recogidos y considerados idealmente por la norma que constituye la antijuridicidad y la culpabilidad (Garrido, 2007).

Para Mir Puig (2008), la teoría del delito reúne en un sistema los elementos que, en base al Derecho positivo, pueden considerarse comunes a todo delito o a ciertos grupos de delitos.

Sin embargo, ¿qué es un delito? Cury (2009) nos responde que es una acción u omisión típicamente antijurídica y culpable.

Esta definición es similar a la que señala el artículo 1 del Código Penal que señala que “Es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley.”

La teoría del delito, si bien se ajusta a cada realidad jurídica particular, como señala Garrido (2007), esta nos señala elementos comunes a todo delito. Sin entrar en las discusiones teóricas que subyacen en lo dogmático a este tema, lo que nos alejaría del objeto de nuestro análisis, es menester señalar, siguiendo a Politoff, Matus y Ramírez (2004), que esos elementos serían:

- a) Una acción u omisión (conducta),
- b) Su adecuación a la descripción legal (tipicidad),
- c) Su carácter contrario al ordenamiento jurídico (antijuridicidad), y
- d) Su atribución a la responsabilidad personal del autor (culpabilidad)

La acción u omisión

En el primer elemento, la acción, según Santibáñez (2010), correspondería a un obrar del sujeto orientado conscientemente desde el fin, lo que exigiría una orientación final de la conducta.

Por otro lado, en el caso de la omisión, se exige no solo la falta de acción, sino que esta involucra una que es exigida por el ordenamiento jurídico y que se tenía el poder de ejecutar (Santibáñez; 2010), o lo que es equivalente, la responsabilidad penal se genera a partir de la obligación de evitar un hecho cuando está ordenado actuar para evitarlo (Politoff, Matus y Ramírez; 2004) y esto no se realizare.

La tipicidad

En el segundo elemento, la tipicidad se refiere al hecho de que la acción u omisión deben necesariamente corresponderse a una de las descripciones que traza la ley penal (Cury, 2009). Estas descripciones poseen, a

su vez, otros elementos que los caracterizan y que son de carácter:

- a) descriptivos o normativos,
- b) positivos o negativos,
- c) específicos o genéricos,
- d) objetivos o subjetivos,

todos los cuales son propios de cada tipo penal en sí. Al concordar esos elementos con ese tipo en cuestión, se puede plantear que la acción u omisión se encuentran dentro del tipo injusto (Santibáñez; 2010) (Politoff, Matus y Ramírez; 2004).

El análisis del tipo desde la perspectiva de los elementos objetivos (externos) o subjetivos (internos)

En el aspecto objetivo o externo, se debe determinar si la acción u omisión, si la adecuación de estos con el tipo del delito se cumple con la sola realización de una acción o, además se requiere un resultado externo (Santibáñez; 2010). En este último caso se debe demostrar que ese resultado es producto de esa acción u omisión que obra como causa, y por otro es la imputación normativa de ese resultado al sujeto.

Desde el aspecto subjetivo o interno los delitos podrían considerarse bajo dos elementos, como son el dolo o la culpa. En el caso del dolo este es entendido como el conocimiento del hecho que integra el tipo, acompañado por la voluntad de realizarlo o, al menos, por la aceptación de que sobrevenga por el resultado como consecuencia de la actuación voluntaria (Cury, 2009). Esta actuación voluntaria involucra que en la voluntad del que obra u omite se encuentran presentes los objetivos de su actuar, los medios para la persecución de ese objetivo, y la aceptación de las consecuencias de ese accionar u omitir.

En el caso de la culpa, en esta el sujeto obra u omite con culpa cuando el sujeto no obra con conocimiento y voluntad de realización sino negligentemente (Santibáñez; 2010).

La mayoría de los delitos de nuestra legislación son del tipo doloso, y excepcionalmente de tipo culposo.

La antijuridicidad

En el tercer elemento se define como antijurídica a aquella acción u omisión típica que lesiona o pone en peligro un bien jurídico y no se encuentra autorizada por la ley (Politoff, Matus y Ramírez; 2004). Es una relación de contradicción entre el hecho, acción u omisión, y el ordenamiento jurídico. Esta relación no se agota en la tipicidad,

sino que va más allá, pues existen casos que, adecuándose a un determinado tipo, pudieran estar permitidos o exigidos por el ordenamiento jurídico. Un ejemplo sería el caso del homicidio por causa de legítima defensa.

Las autorizaciones que concede el ordenamiento jurídico se denominan “causales de justificación” y se encuentran descritos en algunos de los numerales del artículo 10 del Código Penal (Santibáñez; 2010).

La culpabilidad

El último elemento se refiere a la culpabilidad, que es definida como la reprochabilidad del hecho típico y antijurídico, fundada en que su autor lo ejecutó no obstante que en la situación concreta podía someterse a los mandatos y prohibiciones del derecho (Cury, 2009).

Para Garrido (2007) el problema de la culpabilidad radica en establecer cuáles son las condiciones que determinan que a un sujeto corresponde imponerle castigo por su acto típico y antijurídico.

Como constituyentes de este elemento se encuentran la imputabilidad⁷, la conciencia de la licitud del injusto del actuar y la exigibilidad de la conducta asociada a derecho (Santibáñez; 2010).

Realizada esta breve reseña de lo que se entiende por la teoría del delito, se abordará el marco jurídico que rige la emisión, obtención y tramitación de licencias médicas en Chile, con la finalidad de avanzar en nuestro análisis.

LA LICENCIA MÉDICA Y SU MARCO NORMATIVO EN CHILE

La licencia médica comúnmente es entendida en términos anfibológicos, es decir, de manera doble. Por un lado, en el sentido del derecho que le asiste al “trabajador de ausentarse o reducir su jornada de trabajo, durante un determinado lapso de tiempo, en cumplimiento de una indicación profesional certificada por un médico-cirujano, cirujano-dentista o matrona” (Ministerio de Salud, 1984), tal y como lo señala el Decreto Supremo N° 3 del Ministerio de Salud en su artículo 1°. En segundo lugar, se entiende, de manera impropia como

⁷ La imputabilidad es definida como la capacidad de conocer lo injusto del actuar y de determinarse conforme a ese conocimiento (Cury, 2009). La imputabilidad es la regla general e inimputables solo son aquellos que estarían afectos a lo contemplado en el artículo 10 N° 1 del Código Penal, lo que es determinado por los Tribunales de Justicia en cada caso en particular.

el documento o formulario que es emitido por parte de estos profesionales, el cual puede ser físico o electrónico, para hacer efectivo ese derecho.

El otorgamiento, obtención y tramitación de este documento que autoriza al trabajador a ausentarse de su trabajo está regulada por lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 3 que Aprueba el Reglamento sobre Autorización de Licencias Médicas por las COMPIN⁸ e Instituciones de Salud Previsional; y la ley 20.585 Sobre otorgamiento y uso de licencias médicas, cuerpo legal que en su artículo primero establece que esta norma “tiene por objeto establecer regulaciones que permitan asegurar el otorgamiento, uso correcto de la licencia médica y una adecuada protección al cotizante y beneficiarios de las Instituciones de Salud Previsional y del Fondo Nacional de Salud, mediante la aplicación de medidas de control y fiscalización, y de sanciones respecto de las conductas fraudulentas, ilegales o abusivas relacionadas con dicho instrumento”.

El Decreto Supremo N° 3

En el caso de este cuerpo legal, este señala en su articulado una serie de preceptos que son interesantes para nuestro análisis, los que señalamos a continuación, obviando otros que no son de interés inmediato para los fines de este:

- En el Artículo 1° define la licencia en términos del derecho, considerado en el primer párrafo de este punto.
- En el Artículo 2° establece el ámbito de competencia del Decreto, el cual incluye la tramitación de todas las licencias médicas que den origen a los beneficios sobre protección del riesgo de enfermedad e incapacidad temporal reguladas por una serie de leyes, las cuales excluyen las originadas por la Ley 16.744 sobre Accidentes Laborales y Enfermedades Profesionales (Inciso quinto del mismo artículo). En la práctica, también están excluidas las tramitadas por las instituciones de la Defensa Nacional y las regidas por Carabineros de Chile, la Policía de Investigaciones y Gendarmería de Chile, que poseen sus propios sistemas de Salud y autorización de Licencias Médicas y obran en el marco de sus propias instituciones.
- En el Artículo 5° se da una nueva definición de licencia médica, entendiéndose como “un acto médico

⁸ Sigla que corresponde a Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez.

administrativo en el que intervienen el trabajador, el profesional que certifica, la COMPIN o ISAPRE competente, el empleador y la entidad previsional o la Caja de Compensación de Asignación Familiar, en su caso." Este mismo artículo, en su inciso segundo, se señala que este acto se materializará en un formulario especial en papel o en formato electrónico, en el que deben constar todas las certificaciones, resoluciones y autorizaciones que procedan. Este formulario es determinado en su texto por el Ministerio de Salud.

- En el Artículo 6° se plantea que los profesionales habilitados para certificar la dolencia que afecte al trabajador, y el reposo necesario para su recuperación son un médico-cirujano, un cirujano-dentista o una matrona, esta última en caso de embarazo y parto normal.

Así mismo, en su inciso segundo señala que esto se realizará considerando la naturaleza y gravedad de la afección, el tipo de incapacidad que esta produzca y la duración de la jornada de trabajo del trabajador, pudiéndose prescribir reposo total o parcial.

- Por su parte, el Artículo 7° señala que "Corresponderá al profesional certificar, firmando el formulario respectivo, el diagnóstico de la afección del trabajador; establecer el pronóstico, fijar el periodo necesario para su recuperación; el lugar de tratamiento o reposo con su dirección, y teléfono; el tipo de este; si constituye o no prórroga de uno anterior; la fecha de concepción y la del nacimiento del hijo; la fecha y hora del accidente si es del caso y el tipo de licencia.

Asimismo, deberá dejarse constancia de los datos profesionales y personales del otorgante."

- En el caso del Artículo 14° establece la competencia privativa de la Unidad de Licencias Médicas de la COMPIN o de la ISAPRE en su caso para ejercer el control técnico de las Licencias médicas.
- El Artículo 16° establece que la COMPIN, la Unidad de Licencias Médicas o la Isapre, según corresponda podrán rechazar o aprobar las licencias médicas; reducir o ampliar el periodo de reposo solicitado o cambiarlo de total a parcial y viceversa. Obligando a dejar constancia de la resolución o pronunciamiento respectivo, con los fundamentos tenidos a la vista para adoptar la medida, en el formulario digital o de papel de la respectiva licencia.
- El Artículo 21° otorga facultades a la COMPIN, la Unidad de Licencias Médicas o la Isapre para disponer de una serie de medidas adicionales que le permitan un mejor acierto en su función. Estas medidas

son amplias e incluyen la realización de nuevas evaluaciones, interconsultas, solicitud de informes complementarios, visitas domiciliarias, entre otras.

- El Artículo 21° otorga facultades a la COMPIN para declarar la irreversibilidad de la dolencia de un trabajador, acogido a Licencia Médica.
- El Artículo 30° establece el plazo de 52 semanas continuas de Licencia Médica para evaluar la recuperabilidad de un trabajador, pudiendo la COMPIN, autorizar un plazo de seis meses más. Cumplidas 78 semanas la COMPIN puede autorizar nuevas Licencias Médicas en aquellas enfermedades que tengan un curso prolongado y requieran una recuperación de más largo plazo, obligando a un examen médico cada tres meses.
- El Artículo 48° otorga la facultad de fiscalización del ejercicio legítimo del derecho a licencia médica a las COMPIN y las ISAPRE.
- El Artículo 49° establece la obligatoriedad de que el profesional que emite licencias médicas mantenga un registro de los pacientes a los cuales ha otorgado licencias médicas, con los antecedentes que le dieron origen, así como la obligatoriedad de verificar la identidad del paciente al extender la licencia.
- El Artículo 50° señala la obligatoriedad, para la COMPIN o la ISAPRE, de que una vez que se constate una infracción a normas legales y reglamentarias que rijan el uso, otorgamiento o autorización de licencias médicas, o cualquiera otra infracción a las normas del reglamento, de dar cuenta a una serie de instancias correspondientes:
 - Al empleador, para que se adopten las medidas que correspondan según su dependencia pública o privada.
 - Si así correspondiere, a la Contraloría General de la República, a la Superintendencia de Seguridad Social, a la Dirección del Trabajo o a otros organismos de control competentes.
 - A la Justicia Ordinaria.
- El Artículo 55° obliga el rechazo o invalidación de la licencia médica ya concedida, y a la denuncia de los hechos a la Justicia Ordinaria si procediere, cuando el trabajador incurra en incumplimiento del reposo, la realización de trabajos remunerados o no durante el periodo de reposo dispuesto en la licencia, la falsificación o adulteración de la licencia médica y/o la entrega de antecedentes clínicos falsos o la simulación de enfermedad por parte del trabajador, debidamente comprobada.

La Ley 20.585

En el caso de la Ley 20.585, cuyo objeto ya fue mencionado, al inicio de esta sección, contiene un articulado directamente relacionado con la temática que nos ocupa y que reseñaremos a continuación, en sus cinco primeros artículos:

- En el caso del Artículo 2° faculta a las Comisiones de Medicina Preventiva e Invalidez para solicitar a los profesionales emisores de licencias médicas que se encuentren sometidas a su conocimiento, la entrega o remisión de los antecedentes o informes complementarios que las respalden y, en casos excepcionales y por razones fundadas, los citará a una entrevista para aclarar aspectos de su otorgamiento. Establece que estos procedimientos se realizarán por carta certificada o medios electrónicos.

En caso de que el profesional no asista injustificadamente o no entregue en forma reiterada los antecedentes, o los remita fuera de los plazos fijados al efecto, que es de un máximo de 7 días corridos, habilitarán a la Comisión para que se sancione al profesional con:

- Multas a beneficio fiscal de hasta 10 unidades tributarias mensuales.
- En casos calificados, la suspensión de la venta de formularios de licencias médicas, como la facultad para emitirlos, hasta por 15 días, renovables en caso de persistencia de la conducta del profesional.

Así mismo, establece que este procedimiento administrativo podrá ser reclamado por el profesional, ante la Superintendencia de Seguridad Social, dentro de cinco días hábiles, contados desde la respectiva notificación.

- El Artículo 3° faculta a las Instituciones de Salud Previsional para solicitar a los profesionales que emitan licencias médicas la entrega o remisión de los antecedentes o informes complementarios que las respalden. Esta facultad ya se encontraba presente en lo estipulado por el Artículo 21° del Decreto Supremo N° 3 visto anteriormente.

En caso de que los profesionales no proporcionen los antecedentes requeridos, la Institución de Salud Previsional podrá solicitar a la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez que aplique, en lo pertinente, el procedimiento del artículo 2° de la ley.

En su inciso tercero obliga a la Institución de Salud Previsional en caso de que esta determine la reducción o rechazo de una licencia médica, a remitir los antecedentes que fundamentan la decisión a la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez, quien podrá ratificar o denegar la modificación de la licencia médica.

De igual manera, establece que los cotizantes o beneficiarios podrán solicitar a la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez la entrega o remisión de los antecedentes o informes complementarios que justifiquen el rechazo o disminución de una licencia médica.

- El Artículo 4° señala que un reglamento conjunto entre el Ministerio de Salud y el Ministerio del Trabajo y Previsión Social establecerá respecto de determinadas patologías, guías clínicas referenciales relativas a los exámenes, informes y antecedentes que deberán respaldar la emisión de licencias médicas.

Este Reglamento constituye el Decreto N° 7, que comentaremos más adelante.

- El Artículo 5° señala que en el caso de que el profesional que emite licencias médicas las emita con evidente ausencia de fundamento médico, la Superintendencia de Seguridad Social, de oficio o a petición de la Secretaría Regional Ministerial de Salud o de la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez respectiva, del Fondo Nacional de Salud o de una Institución de Salud Previsional o de cualquier particular, podrá, si existe mérito para ello, iniciar una investigación.

Así mismo, este artículo establece el procedimiento para que la Superintendencia realice esta investigación. No obstante, surge la duda con respecto a qué se entiende con la frase “evidente ausencia de fundamento médico”, lo cual es definido en el inciso siguiente como la ausencia de una patología que produzca incapacidad laboral temporal por el periodo y la extensión del reposo prescrito.

La anterior definición, aparentemente clara, deja abierta en la práctica una brecha muy peligrosa, para acciones y medidas arbitrarias, pues hace descansar en instancias administrativas la determinación de la existencia de un fundamento para un determinado reposo y no en la valoración clínica. Esto es aún más peligroso en áreas como la Psiquiatría, donde la realidad clínica se construye a partir de una relación dialógica entre el paciente, el médico y, en algunas ocasiones, su familia.

Esa realidad clínica no es directamente traspasable a un mero acto administrativo, sin la presencia del paciente.

Además de lo anterior, este artículo establece una serie de sanciones posibles de aplicar al profesional que emita licencias, las cuales van desde la multa hasta la suspensión de la facultad de emitir licencias médicas por un año.

Por último, el inciso final de este artículo señala que, sin perjuicio de las sanciones administrativas señaladas previamente, la Superintendencia deberá remitir los antecedentes al Ministerio Público sin más trámite “en el evento de existir antecedentes referidos a que el profesional ha incurrido en falsedad en el otorgamiento de licencias médicas”.

Desde el punto de vista lógico, la redacción misma del cuerpo legal es ambigua y poco elaborada, pues da a entender taxativamente la existencia de dos figuras. Una administrativa, determinada por el otorgamiento de licencias médicas con una “evidente ausencia de fundamento médico, cuya resolución se da solo en el ámbito de las COMPIN y la Superintendencia de Seguridad Social; y otra de carácter penal “en el evento de existir antecedentes referidos a que el profesional ha incurrido en falsedad en el otorgamiento de licencias médicas”.

Los alcances de esa ambigüedad son amplios y someten a los profesionales y sus pacientes a un abuso sistemático por parte de un sistema que se encuentra subordinado al interés económico de los grandes grupos de inversión.

El Decreto N° 7

Este Decreto, contemplado en el Artículo 4° de la Ley 20.585, establece, respecto de determinadas patologías, guías clínicas referenciales relativas a los exámenes, informes y antecedentes que deberán respaldar la emisión de licencias médicas. No obstante, este instrumento posee algunos reparos que, si bien es interesante analizar, nos alejaría de la temática central. Solo dos aspectos son importantes de señalar:

- El primero es el hecho de que el Decreto en sí fue más allá del mandato que el legislador le otorgó al Ejecutivo, normando plazos de duración de los reposos y procedimientos administrativos. Estos, si bien son relativos a los exámenes, informes y antecedentes que deben respaldar la emisión de licencias médicas, en la práctica terminan estableciendo que el sector más desposeído del país, con menos acceso a especialistas y exámenes, tiene más dificultades para fundamentar su reposo, estableciendo una barrera que se transforma en una restricción de facto del derecho a licencia médica.

- El segundo se refiere al carácter referencial de esa guía, el cual no fue aplicado de esa manera, sino que se transformó en la práctica en una normativa obligatoria a cumplir, aplicada “talibánicamente”, lo que desdice claramente su sentido original.

El delito de otorgamiento, obtención o tramitación de licencias médicas o declaraciones de invalidez en Chile. Su análisis a la luz de la teoría del delito.

Para entender el delito en sí debemos considerar dos preceptos penales:

- En el Artículo 202 inciso segundo del Código Penal Chileno se establece que “El que incurra en las falsedades del artículo 193 en el otorgamiento, obtención o tramitación de licencias médicas o declaraciones de invalidez será sancionado con las penas de reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de veinticinco a doscientas cincuenta unidades tributarias mensuales”.
- Por su parte, el Artículo 193 del mismo Código señala las falsedades a las que hace alusión el artículo 202, las que son:

- 1°. Contrahaciendo o fingiendo letra, firma o rúbrica.
- 2°. Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido.
- 3°. Atribuyendo a los que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieren hecho.
- 4°. Faltando a la verdad en la narración de hechos sustanciales.
- 5°. Alterando las fechas verdaderas.
- 6°. Haciendo en documento verdadero cualquiera alteración o intercalación que varíe su sentido.
- 7°. Dando copia en forma fehaciente de un documento supuesto, o manifestando en ella cosa contraria o diferente de la que contenga el verdadero original.
- 8°. Ocultando en perjuicio del Estado o de un particular cualquier documento oficial.

Esto nos lleva a la primera consideración de que el delito en sí no solo es de otorgamiento de licencias médicas, sino que, por un lado, es también involucra las declaraciones de invalidez; y por el otro, también contempla la obtención o tramitación de licencias médicas, cuando se incurran en las falsedades señaladas en el artículo 193 del Código Penal.

Lo anterior, nos lleva a considerar que el autor del delito no solo puede ser el facultativo que otorga el respectivo certificado y el paciente que lo obtiene, sino que además el que, en la tramitación misma de ese derecho, incurra en dichas falsedades. Eso contempla, por cierto, a juicio de este autor, el rechazo de licencias médicas, lo que entraría en la misma categoría delictiva que el otorgamiento u obtención de licencias médicas, cuando se incurra en las falsedades contempladas en el artículo 193 del Código Penal.

Desde el punto de vista de la faz subjetiva del tipo penal, el delito de otorgamiento, obtención o tramitación de licencias médicas o declaraciones de invalidez es de carácter doloso, es decir, involucra la voluntad de los autores del mismo. Existiría diferentes posibilidades lógicas de que el delito se configure según sea la voluntad de quienes intervengan:

- a. Sin voluntad del profesional de incurrir en las falsedades que señala el artículo 193 del Código Penal, sino que es el paciente, en el caso de las Licencias médicas, el que incurre en la figura contemplada en el artículo 55° letra d) del Decreto Supremo N° 3 (La entrega de antecedentes clínicos falsos o la simulación de enfermedad por parte del trabajador debidamente comprobada). En este caso el autor del delito es el paciente y no el profesional.
- b. Con voluntad tanto del profesional como del paciente de incurrir en las falsedades que señala el artículo 193 del Código Penal. En este caso hay coautoría tanto del profesional como del paciente.
- c. Con voluntad tanto del profesional como del paciente como de quien tramita el certificado de incurrir en las falsedades que señala el artículo 193 del Código Penal. En este caso hay coautoría de todos los intervinientes.
- d. Cuando se otorgue y se obtenga en forma verdadera o cierta una licencia médica, y en su tramitación se incurran en las falsedades que señala el artículo 193 del Código Penal. En este caso la autoría estaría en aquellos encargados de ejercer el control técnico de los certificados y/o ejercer la supervisión del sistema.

En este caso, además, si existiere la voluntad manifiesta de defraudar sistemática y organizadamente a los pacientes, o inculpar a los profesionales, cualquiera sea su motivación final se podría configurar el delito contemplado en el Artículo 292° del Código Penal, es decir, Asociación Ilícita: “Toda asociación formada con el objeto de atentar contra el orden social, contra las buenas costumbres, contra las personas o las

propiedades, importa un delito que existe por el solo hecho de organizarse.”

UNA REFLEXIÓN FINAL

El delito de otorgamiento, obtención o tramitación de licencias médicas o declaraciones de invalidez constituye un tipo penal recientemente descrito por nuestra legislación, y los medios de comunicación se han enfocado interesada y preponderantemente a enfatizar el rol del profesional emisor de los certificados y en los pacientes que lo obtienen, sin atender a que, como se describió el delito también contempla casos graves en los que la figura se invierte y son las Instituciones públicas o privadas, a las que a la propia ley le ha otorgado la facultad de controlar el sistema, las que pudieran estar sistemática y organizadamente incurriendo en el mismo, con el agravante que además pudieran estar incurriendo en aquel que la legislación contempla como Asociación Ilícita.

Lo anterior es de suma gravedad en un país en el que el 70% de las personas no concurre a emitir un sufragio simplemente porque no se siente representado por el sistema político y administrativo.

Y este tipo de delito está reflejando desde todos los ámbitos de análisis, ya sea sociológicos, políticos, o jurídicos, la complejidad de los intereses intervinientes y ópticas en juegos que se traducen en lo que la Ciencia Penal ha definido como la Teoría de los Bienes Jurídicos. Y es precisamente ahí dónde se debe responder la pregunta: ¿Qué bien jurídico se privilegia, la vida o el bien económico?

Dependiendo de la respuesta que se dé a esa pregunta, serán el énfasis y la orientación con los que se perseguirá este delito. Hasta el momento el esfuerzo público ha sido perseguir al profesional y al particular, que en forma aislada cometen este delito, pero no se ha dedicado el mismo esfuerzo a investigar la sistemática práctica abusiva que afecta a nuestra población.

El poder mediático y el control económico de los grandes medios de comunicación explica esta actitud de la autoridad.

Sin embargo, el escenario actual es complejo. Hace algunas semanas el autor escuchaba una charla del presidente de la H. Corte Suprema de Justicia de Chile. Con sorpresa para la audiencia, el Jurista llamaba a votar en las elecciones pasadas, pues él señalaba que si la abstención llegaba a niveles cercanos al 70% el sistema perdía tanta legitimidad, que con justa razón cualquiera pudiera decir que ya no representa a la mayoría de los chilenos. Y vaticinaba el colapso del mismo en corto tiempo.

Cuando los médicos vemos a nuestros pacientes mendigando para que se les reconozca el justo derecho

a licencia médica en una sociedad que ve con espanto cómo los recursos públicos son expoliados por la colusión público-privada, entendemos que el Supremo Juri-
sta tiene razón.

Y ahí entendemos la importancia de este análisis.

REFERENCIAS

1. Acevedo C, Valenzuela S (2012). *Licencias Médicas Fraudulentas. ¿Mito o Realidad?* Santiago de Chile: Rial Editores
2. Althom A, Afredssb L, Alfvén T, Bennet A (2009). *Fundamentos de Epidemiología*, 3ª Edición. Siglo XXI Editores, Madrid
3. Baader T, Behne P, Molina JL, Gacitúa L, Yáñez L, Urrea E, Millán R (2011). ¿Está cambiando la prevalencia de los suicidios y sus características en la población chilena? Análisis de las tasas de suicidios y sus características sociodemográficas, ocurridas en la provincia de Valdivia, actual Región de Los Ríos, entre los años 1996 a 2008. *Revista Chilena de Neuro-Psiquiatría*, 49(3), 273-282. <https://dx.doi.org/10.4067/S0717-92272011000300008>
4. Bacigalupo E (1997). *Principios de Derecho Penal*. 1ª Edición. Madrid: Ediciones Akal
5. Cifuentes S (2015). Caracterización del perfil de las consultas y licencias médicas otorgadas en consulta privada año 2012 en la comuna de Talca, Tesis para optar al Grado de Magister en Gestión de Instituciones de Salud. Talca: Universidad de Talca
6. Cury E (2009). *Derecho Penal. Parte General*. Novena edición. Santiago de Chile: Ediciones UC
7. *Diario La Segunda*. Edición del 24 de enero de 2014. Recuperado del world wide web <http://www.lasegunda.com/Noticias/Nacional/2014/01/909455/denuncian-que-30-de-las-licencias-medicas-son-fraudulentas-ahora-las-venden-por-internet>, 21 de octubre de 2016
8. Echávarri O, Maino MP, Fischman R, Morales S, Barros J (2015). Aumento sostenido del suicidio en Chile: un tema pendiente. *Temas de la Agenda Pública Año 10 / No 79 / junio 2015*. Santiago de Chile: Centro de Políticas Públicas, Pontificia Universidad Católica de Chile
9. Filippi C (2013). La gran mentira del Señor Elizalde. Recuperado del world wide web <http://www.elclarin.cl/web/opinion/politica/8229-la-gran-mentira-del-senor-elizalde.html> el 22 de octubre de 2016
10. Garrido M (2007). *Derecho Penal. Parte General, Tomo II*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile
11. MINSAL (2016). Recuperado del world wide web http://deis.minsal.cl/deis/ev/esperanza_de_vida/index.asp el 31 de octubre de 2016
12. Mir S (2008). *Derecho Penal. Parte General*. 8ª Edición. Barcelona: Editorial Reppertor
13. Organización Panamericana de la Salud (2014). *Mortalidad por suicidio en las Américas*. Informe regional. Washington, DC: OPS
14. PUCV, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (2012). *Mercado de la Salud Privada en Chile*. Estudio Solicitado por la Fiscalía Nacional Económica
15. Radio Biobío. Álvaro Elizalde, superintendente de Seguridad Social y la polémica por la denuncia sobre excesos en entrega de licencias médicas. Recuperado del world wide web: <http://www.biobiochile.cl/2009/09/22/alvaro-elizalde-superintendente-de-seguridad-social-y-la-polemica-por-la-denuncia-sobre-excesos-en-entrega-de-licencias-medicas.shtml> el día 2 de diciembre de 2012 (Archivo de Audio)
16. Santibáñez M (2010). En Dresdner R. *Psiquiatría Forense lo penal*. Santiago de Chile: Ediciones de la Sociedad de Neurología, Psiquiatría y Neurocirugía de Chile
17. Varela R (2016). *Diario Financiero, Opinión-Cartas*, 16 de junio de 2016, p. 2