

Santiago, seis de agosto de dos mil diecinueve.

Vistos y teniendo presente:

Primero: Que don ██████████ dedujo acción de protección por el acto arbitrario e ilegal consistente en haberle solicitado la Isapre Colmena Golden Cross consignar en su declaración de salud, al momento de solicitar su afiliación, bajo el ítem otras enfermedades, su identidad de hombre trans, para posteriormente haber rechazado la afiliación por considerar que los antecedentes aportados constituyen un *riesgo individual de salud que el contrato representa o puede representar en el futuro*, ofreciéndole sólo la posibilidad de una afiliación restrictiva por 36 meses, de un 25% de cobertura por la patología declarada, del plan de salud que indica, lo que estima vulnera las garantías contenidas en el artículo 19 N° 1, 2 y 9 de la Constitución Política. Solicita se acoja el presente recurso y se ordene a la Isapre Colmena Golden Cross suscribir el contrato de salud con la cobertura total del plan de salud ASCITY 1117.

Expresa el recurrente que es un hombre transgénero de 24 años, cuyo nombre y sexo masculino se encuentran debidamente registrados acorde a su identidad de género. Señala que con fecha 27 de marzo pasado, una ejecutiva de la Isapre le hizo entrega de la declaración de salud que debía completar, indicándole, al enterarse que era un hombre trans, que debía consignar aquello en el ítem *otras enfermedades*, lo que consignó. Luego, el 4 de abril, recibió la respuesta de la Isapre por la que se le informó el rechazo a su solicitud de afiliación en los términos ya indicados, entregándosele en cambio un formulario a suscribir, por el que declara: "Solicito y acepto restricción por 36 meses por mi condición de transgénero con cobertura del 25% de la cobertura total del plan de salud". Estima que lo anterior constituye un acto arbitrario e ilegal, puesto que se le obligó a consignar su identidad transgénero como una enfermedad preexistente, lo que no se encuentra acorde a la legislación próxima a entrar en vigencia, acto que por lo demás, resulta ilegal a la luz de los instrumentos internacionales ratificados por Chile. Además, al restringir la cobertura en el plan de salud, se infringe la propia normativa de la Superintendencia de Salud, que prohíbe excluir de la posibilidad de solicitar la afiliación a priori a ningún grupo de personas, basado en consideraciones, entre otras, de su sexo.

Con lo anterior estima vulneradas las garantías constitucionales ya mencionadas, concluyendo que suponer que su identidad trans constituye un riesgo individual de salud del que no puede hacerse cargo la Isapre, es discriminatorio, ya que no constituye una patología médica, realizándose una distinción sin fundamento razonable, contraria a la legislación nacional e internacional de los derechos humanos.



Segundo: Que al evacuar el informe requerido, la Isapre solicita el rechazo del recurso, por improcedente. Argumenta que la Organización Mundial de la Salud aún considera a la transexualidad como una enfermedad, clasificándola en la Clasificación Internacional de Enfermedades con la sigla CIE-10, encontrándose propuesta su modificación para entrar en vigencia recién en el año 2022. Expone que tanto la legislación nacional como la interpretación administrativa reconocen el derecho de la Isapre de no contratar, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, lo que no es discriminatorio, sino que de normal ocurrencia en el ámbito de contratación de seguros previsionales de salud. Agrega que no es la primera vez que ingresa una persona con esta identidad de género y que en todos los casos se ha establecido una restricción de cobertura del 25% para las prestaciones de salud que digan relación con la transexualidad, sin que ninguna de estas personas haya efectuado reclamos por la restricción, que por lo demás, se encuentra amparada en el DFL N° 1 de 2005.

Añade que una eventual imposición a su parte para contratar con personas determinadas, pese a su reticencia a hacerlo, violaría su consentimiento, por haberse ejercido fuerza sobre su voluntad, generando contratos nulos y carentes de todo valor. En este caso su parte ha recabado un antecedente concreto, aportado por el propio recurrente, a través de un informe psicológico, que da cuenta de la inminente indicación tanto de terapia hormonal como quirúrgica, lo que constituye un riesgo que definió el rechazo de la incorporación y el ofrecimiento de cobertura restringida, respecto de aquellas prestaciones relacionadas con su transexualidad. El recurrente podrá aceptar esto o contratar con otras Isapres o con los servicios de salud del Estado.

A continuación indica las prestaciones que se podría ver obligado a cubrir, como la mamoplastía de reducción, mastectomía total o parcial, prótesis testicular, histerectomía o vulvotomía simple, cuyos valores pueden superar los tres millones de pesos, además de otras prestaciones por insumos y medicamentos, junto con eventuales licencias médicas. Por lo anterior, estimando que su actuar no ha sido arbitrario ni ilegal, solicita el rechazo el recurso, con costas.

Tercero: Que el recurso de protección de garantías constitucionales, establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, es aquella acción que la Constitución concede a todas las personas que, como consecuencia de actos u omisiones arbitrarias o ilegales, sufren privación, perturbación o amenaza a sus derechos y garantías constitucionales, y que busca obtener que la Corte de Apelaciones respectiva tome las providencias necesarias para restablecer el imperio del derecho y garantizar la debida protección del afectado. Por lo anterior, es requisito indispensable de la acción de protección, la existencia



de un acto u omisión ilegal, esto es, contrario a la ley, o arbitrario, producto del mero capricho de quien incurre en él, y que provoque alguna de las situaciones o efectos que se han indicado, afectando a una o más de las garantías protegidas, consideración que resulta básica para el examen y la decisión de cualquier recurso como el que se ha interpuesto.

Cuarto: Que a efectos de fallar el presente recurso, resultan hechos indiscutidos, los siguientes:

- a) Que don [REDACTED] es un hombre transgénero, que al solicitar afiliarse a la Isapre Colmena Golden Cross escribió, en su declaración de salud, en el ítem, otras enfermedades, su condición de ser un hombre trans.
- b) Que la Isapre Colmena Golden Cross rechazó su afiliación en base a dicha declaración, por estimar que constituye un riesgo individual de salud que el contrato representa o que puede presentar en el futuro.
- c) Que la Isapre Colmena Golden Cross le ofreció una afiliación con una cobertura del 25% por la patología declarada, por un lapso de 36 meses.

Quinto: Que la llamada identidad de género puede ser definida como "la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, pudiendo corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento" (Opinión Consultiva N° 24 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos). En este sentido, el Estado de Chile se ha obligado, a través de la ratificación de distintos tratados de derechos humanos, tales como la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a la protección de los derechos humanos de todas las personas, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole.

La Ley 20.609, que Establece Medidas contra la Discriminación dispone, en su artículo 2°, que, para los efectos de esta ley, se entiende por discriminación arbitraria toda "distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la maternidad, la lactancia materna, el amamantamiento, la orientación sexual, **la identidad de género**, el estado civil, la



edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad. Las categorías a que se refiere el inciso anterior no podrán invocarse, en ningún caso, para justificar, validar o exculpar situaciones o conductas contrarias a las leyes o al orden público. Se considerarán razonables las distinciones, exclusiones o restricciones que, no obstante fundarse en alguno de los criterios mencionados en el inciso primero, se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental, en especial los referidos en los números 4°, 6°, 11°, 12°, 15°, 16° y 21° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, o en otra causa constitucionalmente legítima."

De lo anterior resulta que en nuestro país no resultan tolerables las discriminaciones arbitrarias fundadas en la identidad de género, salvo que se encuentren justificadas en el ejercicio legítimo de otro derecho fundamental.

Sexto: Que, a efectos de determinar si la Isapre Colmena Golden Cross ha actuado ilegal o arbitrariamente, resulta necesario tener a la vista la normativa a que deben sujetarse las Isapres, entre ellas, el DFL N° 1 del año 2005, del Ministerio de Salud, que dispone, en lo que resulta atinente, en su artículo 171, que las Instituciones de Salud Previsional financiarán las prestaciones y beneficios de salud, con cargo al aporte de la cotización legal para salud o una superior convenida. El artículo 184 establece que los afiliados al Régimen que opten por aportar su cotización para salud a alguna Institución, deberán suscribir un contrato de acuerdo a lo establecido en esta Ley. Y el artículo 189 indica que para el otorgamiento de las prestaciones y beneficios de salud que norma esta ley, las personas indicadas en el artículo 184 deberán suscribir un contrato de plazo indefinido, con la Institución de Salud Previsional que elijan. En este contrato, las partes convendrán libremente las prestaciones y beneficios incluidos, así como la forma, modalidad y condiciones de su otorgamiento. Con todo, los referidos contratos deberán comprender, como mínimo: (letra g) **Restricciones a la cobertura**. Ellas sólo podrán estar referidas a ***enfermedades preexistentes*** declaradas, por un ***plazo máximo de dieciocho meses***, contado desde la suscripción del contrato, y tendrán la limitación establecida en el inciso primero del artículo 190. Finalmente, el mismo artículo determina que **no podrá convenirse exclusión de prestaciones**, salvo las siguientes: N° 6.- ***Enfermedades o condiciones de salud preexistentes no declaradas***, salvo que se acredite justa causa de error. Para los efectos de esta Ley, se entenderá que son preexistentes aquellas enfermedades, patologías o condiciones de salud que hayan sido conocidas por el afiliado y diagnosticadas médicamente con anterioridad a la suscripción del contrato o a la incorporación del beneficiario, en su caso. Tales antecedentes de salud deberán ser registrados fidedignamente por el afiliado en



un documento denominado Declaración de Salud, junto con los demás antecedentes de salud que requiera la Institución de Salud Previsional. La Declaración de Salud deberá ser suscrita por las partes en forma previa a la celebración del contrato o a la incorporación del beneficiario, en su caso. (...) No podrán existir períodos de espera durante los cuales no sean exigibles las prestaciones y beneficios pactados, excepto las correspondientes al embarazo y a enfermedades preexistentes, en los términos señalados en el artículo 189, letra g).

Séptimo: Que, no obstante no encontrarse normativamente definida la transexualidad en nuestro ordenamiento jurídico, resulta no controvertido tanto para las partes, según expusieron en estrados, como para este tribunal, que ella no es una enfermedad, puesto que no consiste en una patología, entendida como un trastorno anatómico y fisiológico de tejidos y órganos enfermos, sino que en la falta de adecuación entre el sexo biológico con que la persona nace y su identidad de género. Se trata, mas bien, de una condición, entendiéndola, según define la Real Academia Española como: "(3) *Estado, situación especial en que se halla alguien o algo*".

Octavo: Que resulta, según el tenor del DFL N° 1, que las Isapres sólo se encuentran autorizadas para restringir la cobertura de aquellas enfermedades preexistentes que han sido declaradas y únicamente por un período de dieciocho meses, y para excluir de cobertura a aquellas enfermedades o condiciones de salud preexistentes, no declaradas.

Noveno: Que habiendo declarado expresamente el recurrente su condición de hombre trans en la declaración de salud, constituye un actuar ilegal de la Isapre Colmena Golden Cross el haber propuesto, como condición para su afiliación, otorgarle una cobertura restringida al 25% por esa "patología" declarada, por un lapso de 36 meses, pues, como se ha expresado, la transexualidad no es una enfermedad, sino que una condición y fue declarada expresamente por el recurrente. En este sentido, es importante aclarar que no todas las personas transgéneros tienen como meta una readecuación quirúrgica sobre su sexualidad. En ocasiones, sólo cambios en la expresión de género o bien el proceso de hormonación hacia el género sentido es suficiente para lograr un bienestar psicosocial (Atención de salud de personas transgéneros para médicos no especialistas en Chile, Rev. Médica de Chile, vol. 147, N° 1, Santiago 2019. Diversos autores).

Décimo: Que, habiéndose establecido que el actuar de la Isapre Colmena Golden Cross en relación a la propuesta de afiliación dada al recurrente no se ajusta a los requerimientos legales, es necesario determinar si se han visto



vulneradas garantías constitucionales del actor que resulten amparadas por la presente acción constitucional.

Décimoprimer: Que el tratamiento distinto recibido por el recurrente por parte de la Isapre, por su condición de hombre transgénero, determina que se haya vulnerado a éste su garantía de igualdad ante la ley, establecida en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, garantía que deriva de la igual dignidad de que nos encontramos revestidas todas las personas y que constituye el fundamento de todos los derechos humanos o derechos fundamentales de la persona. En palabras de Humberto Nogueira, "la dignidad de la persona está por sobre todo otro principio o valor, por tanto, ninguna norma jurídica ni aun un derecho de la persona puede ir en contra de la dignidad humana, ya que esta constituye su propio fundamento y el mínimo de humanidad respecto del cual no está permitida realizar diferenciaciones." (Humberto Nogueira A., *El derecho a la igualdad ante la ley, no discriminación y acciones positivas*, en Rev. De Derecho, UCN, año 13 N° 6, pág.63).

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en las normas legales citadas, en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y en el Auto Acordado de la Corte Suprema sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de las Garantías Constitucionales, **SE ACOGE** el recurso deducido por [REDACTED] debiendo la Isapre Colmena Golden Cross acceder a la afiliación del recurrente, suscribiendo para tal efecto el contrato de salud correspondiente, sin costas.

Regístrese, comuníquese y archívese en su oportunidad.

Redactada por la Abogado Integrante señora Pía Tavolari.

N° Protección [REDACTED]

GLORIA MARIA SOLIS ROMERO
MINISTRO
Fecha: 06/08/2019 12:43:50

JORGE LUIS NORAMBUENA
CARRILLO
FISCAL
Fecha: 06/08/2019 11:54:02

PIA VERENA TAVOLARI GOYCOOLEA
ABOGADO
Fecha: 06/08/2019 13:50:33



Pronunciado por la Cuarta Sala de la C.A. de Santiago integrada por Ministra Gloria María Solís R., Fiscal Judicial Jorge Luis Norambuena C. y Abogada Integrante Pia Tavorari G. Santiago, seis de agosto de dos mil diecinueve.

En Santiago, a seis de agosto de dos mil diecinueve, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.
A contar del 07 de abril de 2019, la hora visualizada corresponde al horario de invierno establecido en Chile Continental. Para la Región de Magallanes y la Antártica Chilena sumar una hora, mientras que para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar dos horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>