

Santiago, nueve de marzo de dos mil veinte.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada con excepción del considerando séptimo respecto del párrafo que comienza con la expresión "*Se trata, más bien..*" hasta "*alguien o algo*"; en el considerando noveno la frase "*,sino que una condición*" y en el considerando décimo primero la frase "*,por su condición de hombre transgénero*", las que se eliminan.

Y se tiene, además, presente:

Primero: Que se ha recurrido de protección en contra de Isapre Consalud S.A. y de Isapre Colmena S.A., por haberle solicitado a la parte recurrente consignar en su declaración de salud bajo el ítem otras enfermedades, su identidad de persona transgénero, para luego proceder a rechazar su afiliación por considerar que los antecedentes aportados constituyen un riesgo individual de salud, ofreciéndole como alternativa suscribir un formulario en el que solicita y acepta la restricción por 36 meses de prestaciones asociadas a su condición de transgénero con cobertura del 25% total del plan de salud. Estima que la decisión de las referidas Isapres constituye un acto arbitrario e ilegal y que ha conculcado las garantías previstas en los números 1, 2 y 9 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, por lo que pide se ordene a la recurrida suscribir el contrato de salud con la

cobertura total del plan de salud ASCITY1117.

Segundo: Que lo señalado precedentemente permite establecer, para los efectos de la presente acción cautelar, que el actor se ha visto, en los hechos, impedido de elegir y adscribirse al sistema de salud privado que ofrecen las Isapres en nuestro país.

Tercero: Que, sobre el particular, útil resulta señalar que el constituyente del año 1980, al momento de plantearse la configuración de las garantías constitucionales vinculadas a la seguridad social, tuvo en especial consideración que el rol de Estado, en lo atinente al ejercicio del derecho, debe consistir en asegurar "el acceso a dichas prestaciones básicas, las que pueden otorgarse a través de instituciones públicas o privadas" (Acta Comisión Ses. 403^a ficha 2), criterio que encuentra su origen en el oficio remitido por el Ministerio de Salud de fecha 23 de marzo de 1976 a la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, en el que reseñaba que "las personas podrán elegir libremente el sistema estatal o la atención privada, debiendo someterse a las normas que rigen el funcionamiento de cada uno de ellos, según corresponda".

Cuarto: Que, en este contexto y bajo esas premisas, es que la Carta Fundamental contempla la garantía del numeral 9° del artículo 19, la cual dispone que: "La Constitución asegura a todas las personas: El derecho a la protección de

la salud. El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo. Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud. Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias. Cada persona tendrá derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado”.

Quinto: Que el 24 de abril de 2006 se publicó en el Diario Oficial el D.F.L. N° 1 de 2005 del Ministerio de Salud que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del D.L. N° 2763 de 1979 y las Leyes N° 18.933 y N° 18.469, que en lo que interesa al caso de autos, señala en su artículo 131 que: “El ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud comprende el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y a aquéllas que estén destinadas a la rehabilitación del individuo, así como la libertad de elegir el sistema de salud estatal o privado al cual cada persona desee acogerse”.

Sexto: Que, de lo que se viene señalando, es posible concluir que nuestro sistema jurídico consagra el derecho

de las personas a elegir libremente el sistema de salud público o privado al que deseen acogerse, y si bien es cierto que se reconoce que la elección del sistema privado se materializa en un contrato de salud con alguna Institución de Salud Previsional -según lo dispone el artículo 184 del D.F.L. N° 1 de 2005 del Ministerio de Salud-, acuerdo que pone de manifiesto la importancia de la concurrencia de las voluntades no sólo de la persona natural sino también de la Institución para perfeccionarlo, no lo es menos que la libertad de contratación de ésta encuentra límite en la esencia del derecho constitucional a elegir libremente el sistema de salud, sea estatal o privado, al que la persona quiera adherirse; prerrogativa de la que no puede privar a su titular sobre la base de la evaluación del riesgo financiero que le representaría la afiliación.

Séptimo: Que, en el caso de autos, como se ha visto, la especial situación fáctica de que da cuenta el recurso consiste en que la Institución de Salud Previsional le exigió al recurrente consignar como "enfermedad" su identidad de género, en base a ello denegó la afiliación pura y simplemente, condicionándola a la suscripción de parte del recurrente de un documento en el que éste debía solicitar y aceptar la restricción por 36 meses -por su condición de transgénero - con cobertura del 25% total del plan de salud, lo anterior fundado en el riesgo individual

que representan para la recurrida las eventuales prestaciones de salud que de acuerdo a su proyección serán requeridas por el actor dada su identidad de género. Ello permite establecer, a los efectos de este recurso, que con su actuar la recurrida privó a éste de poder ejercer legítimamente su derecho constitucional y legal a elegir libremente el sistema de salud al que desea adscribirse, lo que desde luego torna la negativa en ilegal, por infracción del artículo 131 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2005 ya citado, y simultáneamente atentatoria contra la garantía del artículo 19 N° 9 de la Constitución Política de la República.

Octavo: Que, en este punto, es importante destacar que la recurrida no sólo ha transgredido las normas precedentemente referidas, sino que además, al requerir al recurrente declarar como enfermedad preexistente su identidad de género, vulnera gravemente lo dispuesto en la letra a) del artículo 5 de la Ley N° 21.120, que establece -dentro de los principios relativos a la Ley de Identidad de Género- el de *No patologización* definido como *el derecho de toda persona trans a no ser tratada como enferma*.

En este orden de ideas, es pertinente recordar que el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define enfermedad como: "*Alteración más o menos grave de la salud*", situación en la que en caso alguno se encuentra el recurrente, toda vez que éste no padece ningún tipo de

alteración en los mecanismos que funcionan para mantener vivo y en funcionamiento el cuerpo humano, resultado en consecuencia improcedente e infundada la decisión de la recurrida en orden a no otorgar derechamente la afiliación solicitada, condicionándola a restricciones que de acuerdo a la normativa vigente, son únicamente aplicables a aquellos contratos celebrados con personas aquejadas por enfermedades debida y anteriormente diagnosticadas.

La situación de una persona transgénero, así, no es la de un paciente que sufre una enfermedad sino la de una persona que manifiesta una identidad distinta a su sexo biológico. Como ya lo ha reconocido esta Corte en sus sentencias roles 70.584-2016 y 18.252-2017, la valoración y la protección jurídica de la identidad de género se encuentran presentes también en nuestro ordenamiento al estimarse ser ésta una de las "categorías sospechosas" o indiciarias de discriminación arbitraria prohibidas por la Ley N° 20.609, por lo que corresponde al Derecho proveer los medios para evitar que tal situación se transforme en fuente de afectación de derechos y de trato peyorativo de quien vivencia tal realidad.

Noveno: Que, atendido lo anterior, procede acoger la presente acción cautelar y disponer que la recurrida deberá incorporar al recurrente como afiliado, sin considerar, a efectos contractuales, su identidad de género como preexistencia de salud.

Y de conformidad, asimismo, con lo que disponen el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, **se confirma** la sentencia apelada de seis de agosto de dos mil diecinueve.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo de la Ministra señora Vivanco.

Rol N° XXXX.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (a) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. María Eugenia Sandoval G. y Sra. Ángela Vivanco M. y los Abogados Integrantes Sr. Pedro Pierry A. y Sr. Julio Pallavicini M. No firman, no obstante haber concurrido al acuerdo de la causa, los Abogados Integrantes Sr. Pierry y Sr. Pallavicini por estar ausentes. Santiago, 09 de marzo de 2020.