

Tercer Informe

Análisis de jurisprudencia referida a vulneración o discriminación en razón de la discapacidad

Informe en Cumplimiento a Meta Individual II
(Periodo marzo – agosto de 2020)

Elisa Peñaloza Martínez
Departamento Defensoría de la Inclusión
Servicio Nacional de la Discapacidad

INTRODUCCIÓN

En el presente informe, se analizará una sentencia que aborda una situación puntual que han experimentado constantemente las personas con síndrome de down: la discriminación que viven en el sistema de salud privado que considera su condición como una "preexistencia" y, por lo tanto, quedan sin cobertura en los ámbitos de prestaciones médicas vinculadas a esa supuesta preexistencia.

En el ámbito de la salud, y en particular en los contratos de salud entre instituciones previsionales de salud y los afiliados, encontramos el concepto de "preexistencia", entendiéndose 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.** Como consecuencia de la declaración de dichas enfermedades, patologías o condiciones que presentan los afiliados, la institución de salud puede realizar restricciones de cobertura de prestaciones de salud por un determinado lapso de tiempo, a partir de la fecha de celebración del contrato. Sin embargo, la preexistencia también puede significar derechamente una exclusión de cobertura, ello ocurrirá cuando el afiliado no declare las enfermedades, patologías y condiciones preexistentes a la institución mediante el formulario de Declaración de salud respectivo, salvo que acredite justa causa de error, tal como lo señala el artículo 189 letra g) del DFL N°1/2005 de Ministerio de Salud, que establece esta omisión de información como una de las causales para establecer exclusiones de cobertura.

Como se puede apreciar, determinar si una condición o enfermedad es preexistente tiene efectos negativos en términos de cobertura de prestaciones de salud para los afiliados, y en el caso de las personas con síndrome de down esto resulta ser claramente discriminatorio, imponiéndose una restricción inmediata al ingresar al sistema de salud privado y por lo tanto vulnerando la garantía de igualdad ante la ley, atendido que el síndrome de down es una condición de la persona, que por lo mismo permanecerá durante toda su vida.

Esta sentencia abre la puerta para una mirada distinta que permita corregir parte de las discriminaciones estructurales que pueden encontrarse en normas que, en el caso concreto, permiten se genere un

trato desigual y discriminatorio en razón de una discapacidad, afectando el pleno ejercicio de derechos fundamentales de la persona.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL CASO

"AGUIRRE CON COLMENA COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA S.A."

I. ANTECEDENTES DE LOS HECHOS

En el mes de abril del año 2018, el sr. Aguirre suscribió un contrato de seguro de salud colectivo con Colmena Compañía de seguros de vida S.A., incorporando como beneficiario a su hijo menor de edad, quien tiene síndrome de down.

El padre al solicitar la incorporación del hijo, consignó en la declaración de salud exigida por la compañía de seguros, que el niño tenía asma alérgica en tratamiento e hipotiroidismo. Siendo aceptada su solicitud de incorporación al seguro colectivo, en el mes de mayo de 2018, con excepción de aquellas enfermedades, condición y/o dolencias preexistentes, precisando que respecto del hijo se excluye para asma alérgica, gastos relacionados al diagnóstico y tratamiento, secuelas y complicaciones tales como insuficiencia respiratoria. Se excluye para hipotiroidismo, gastos relacionados al tratamiento de la enfermedad y sus consecuencias directas tales como: hipertiroidismo, bocio, mixedema, tiroiditis, nódulos tiroideos y cáncer tiroideo.

En el mes de julio del año 2019, el sr. Aguirre presenta al seguro una serie de gastos médicos en los cuales incurrió por la atención de su hijo, para que el seguro le reembolsara dichos montos.

Sin embargo, con fecha 15 de abril de 2019, la compañía de seguros rechazó el pago de tales gastos, indicando como fundamento del rechazo, que: *"Sin cobertura malformaciones y/o patologías congénitas diagnosticada por el asegurado antes de la contratación de la póliza"*. Lo anterior, no es porque los gastos tengan que ver con los diagnósticos ya declarados respecto del hijo del sr. Aguirre, sino que dice relación con que

el niño tiene síndrome de down y no se informó en la declaración de salud.

Ante la negativa de la compañía aseguradora a reembolsar los gastos médicos, por considerar que el síndrome de down constituye una patología que debía ser declarada, el sr. Aguirre presenta un recurso de protección contra la referida compañía de seguros, por cuanto dicha compañía estaría actuando de manera arbitraria e ilegal al discriminar a su hijo por tener una determinada condición que no le hace diferente en dignidad ni derechos al resto de las personas y que no puede ser considerada como una patología o enfermedad, ya que esa condición acompaña a las personas que le presentan por toda su vida.

El recurso de protección fue conocido por la I. Corte de Apelaciones de Santiago, que resuelve rechazarlo, considerando que el actuar de la compañía aseguradora no había sido ni ilegal ni arbitrario, puesto que se enmarca dentro de un ámbito contractual. Señala además que las materias que se discutían no eran propias de un recurso de protección, debiendo discutirse en otra sede judicial esos asuntos.

Atendido lo resuelto por la Corte de Apelaciones, el recurrente, interpone un recurso de apelación contra dicha sentencia, para ser conocido y resuelto por la Corte Suprema de Justicia.

II. ARGUMENTOS DE LA SENTENCIA

Para llegar a resolver el recurso Rol N°38.834-2029, la Corte Suprema analiza los hechos denunciados a través del recurso de protección presentado y el derecho conculcado, en relación a lo resuelto por la Corte de Apelaciones de Santiago.

De esta manera, la sentencia en su considerando cuarto tiene por establecido que: a) El padre solicitó a la compañía recurrida la incorporación de su hijo al contrato de seguro de salud con vigencia a partir de 1° de mayo de 2018, consignando en la declaración de salud suscrita a tal efecto que el hijo tenía asma alérgica en tratamiento e hipotiroidismo. b) Que la recurrida informó al recurrente la aceptación de su solicitud de incorporación al seguro colectivo, con excepción de aquellas enfermedades, condición y/o dolencias preexistentes, indicando cuales eran las exclusiones respecto al hijo. c) Que el hijo del recurrente

fue diagnosticado, con fecha 19 de julio de 2015, con síndrome de Down, según informe de médico tratante. d) Que el recurrente solicitó a la recurrida el reembolso de gastos de atención de salud por 8 sesiones de masoterapia, 4 sesiones de reeducación motriz y cuatro sesiones de técnicas de facilitación y/o inhibición por un monto total de \$175.008 bajo el número de siniestro 726229 y de los gastos de atención de salud por 4 sesiones de rehabilitación del habla por un monto total de \$175.000 bajo el número de siniestro 726226, y e) Que la aseguradora mediante carta fechada el 15 de julio de 2019 en relación a los siniestros n°s 726226 y 726229 informó al recurrente que no efectuarían el reembolso señalando: *"Sin cobertura malformaciones y/o patologías congénitas diagnosticada por el asegurado antes de la contratación de la póliza"*.

En base a estos hechos es que comienza el razonamiento respecto a dilucidar si el síndrome de Down es o no una enfermedad o patología y como tal debe ser declarada en este tipo de seguros, considerándose para todos los efectos como una "preexistencia".

En el sentido antes indicado es que el sentenciador recurre a la definición del diccionario de la Real Academia de la lengua, y señala en su considerando séptimo que si bien dicha definición señala que *"...el síndrome de down es una anomalía congénita, esta constituye una condición de la persona que estará presente en su desarrollo, pero descarta que sea una enfermedad..."*, puesto que la enfermedad implica una alteración del estado fisiológico de la persona y además debe tener una evolución previsible, lo que nunca podrá ocurrir con el síndrome de down, ya que es una condición invariable en la persona que lo presenta, siendo una posibilidad o no que se le puedan generar enfermedades asociadas, las que requieren ser tratadas como a cualquiera otra persona que no presente dicho síndrome.

En el mismo considerando séptimo, el sentenciador señala que *"... las máximas de la experiencia permiten sostener que, en lo que respecta al ámbito jurídico, **un individuo con síndrome de Down no puede ser calificado como enfermo**, toda vez que su condición es una diferenciación en su conformación genética que da lugar a una variante más dentro de la diversidad natural y propia de la naturaleza humana, pero que en caso alguno lo puede situar en la categoría de lo patológico ni menos aún en **una posición de menoscabo de su dignidad**, en la cual se le debe considerar en condiciones de igualdad, con mayor razón en el campo jurídico y en la plena adquisición y goce de sus derechos."*

Como podemos apreciar la Corte deja claramente establecido que las personas con síndrome de down no pueden ser consideradas a priori

como enfermos y, por lo tanto, concluye que no era exigible que al momento de realizar la suscripción del contrato y la correspondiente declaración de salud, se debiese consignar por el sr. Aguirre, que su hijo al tener síndrome de down tuviese una enfermedad preexistente, tal como se señala en el considerando noveno. En consecuencia, se considera que la excusa esgrimida por la aseguradora para negarse a bonificar los gastos que irrogaron las prestaciones de salud recibidas por el hijo del asegurado resulta infundada.

Por otra parte, la sentencia en su considerando décimo, reflexiona sobre las prestaciones de salud, considerando que su otorgamiento constituye la satisfacción de una necesidad de interés general de los ciudadanos, debiendo el Estado garantizar que se otorgue de una manera regular, permanente, uniforme, objetiva y sin discriminaciones, por su carácter obligatorio, que le permite ser calificada materialmente como una actividad de servicio público, ya sea que se otorgue la prestación por el sector público o privado, debiendo sujetarse a la regulación establecida y teniendo prohibido realizar distinciones sin fundamento o arbitrarias. Así se señala en este considerando, *"...En tal sentido, al ser una actividad regulada dirigida y supervigilada por el Estado, naturaleza que no se pierde aún cuando sea brindada a través de una institución de derecho privado, de forma tal que debe ajustarse a tales determinaciones, en cumplimiento de lo cual los **particulares tienen proscrito efectuar distinciones injustificadas** como la ocurrida en el presente caso, donde, finalmente, en la condición de Down se pretende fundar el motivo para no otorgar la cobertura a las prestaciones de salud que legítimamente aspira recibir la parte recurrente, **configurándose una situación de discriminación** que es necesario que esta Corte enmiende."*

Luego del análisis desarrollado la Corte Suprema tiene por establecido que el actuar de la aseguradora afectó la garantía de igualdad del recurrente y de su hijo, respecto de otros contratantes que no tienen la condición derivada del síndrome de Down, así como se afectó ilegítimamente el derecho de propiedad del recurrente al habersele negado la cobertura económica a que tienen derecho padre e hijo, por lo tanto, resuelve revocar la sentencia apelada. Así lo señala en el considerando undécimo: *"...se **revoca** la sentencia apelada de diecinueve de noviembre de dos mil diecinueve y, en su lugar se declara que **se acoge** el recurso de protección entablado..."* Además, se ordena otorgar la cobertura pactada, señalándole expresamente a la aseguradora que debe hacerlo *"...en condiciones de igualdad, disponiéndose, específicamente, el reembolso de los gastos asociados a los siniestros*

denunciados números 726226 y 726229 sin considerar, a dichos efectos, su condición de persona con síndrome de Down como una enfermedad preexistente, declarándose, igualmente que dicho proceder resulta ilegítimo y, por lo mismo, es improcedente.”

III. COMENTARIOS FINALES

La sentencia en comento acoge el recurso de apelación interpuesto contra una sentencia que a su vez rechaza un recurso de protección, estableciendo que a la parte recurrente se le afectó su garantía de igualdad ante la ley y además su derecho de propiedad, por el actuar discriminatorio e infundado de la parte recurrida.

La sentencia, establece que la parte recurrida, Colmena Compañía de Seguros de Vida S.A., incurrió en conductas discriminatorias que atentan contra el principio de igualdad ante la ley, ya que hizo distinciones injustificadas respecto al otorgamiento de las prestaciones acordadas, por el solo hecho de tener una persona una determinada condición. La Compañía de seguros al exigir que la persona con síndrome de down declare su condición como una enfermedad preexistente en su declaración de salud, la está tratando de manera desigual en relación al resto de las personas que no presentan este síndrome, le establece una exigencia adicional que no dice relación con las enfermedades o patologías que la persona efectivamente tenga, sino que por el mero hecho de tener el síndrome de down. Además, el efecto de dicha declaración de salud es la exclusión de cobertura frente a determinadas enfermedades que podrían estar asociadas a esa condición, por lo tanto, a priori, la aseguradora le está restringiendo arbitrariamente su derecho de propiedad al asegurado con síndrome de down respecto del reembolso de ciertas prestaciones.

Más allá del efecto en el caso concreto, resulta de gran relevancia esta sentencia, puesto que establece que el **síndrome de down no es una patología o enfermedad y por lo tanto no constituye una preexistencia que deba ser declarada. Establecer judicialmente que el síndrome constituye una condición de la persona, que es irreversible, que la acompañará durante todo su desarrollo y que no es más que una demostración de la diversidad la naturaleza humana, implica establecer un precedente sobre la materia que**

promoverá la igualdad de trato y el respeto de la dignidad de las personas con esta condición.

Una demostración de la relevancia de esta sentencia es que la Superintendencia de Salud, con fecha 18 de junio de 2020, emitió la Circular N°354¹ que imparte instrucciones respecto a la no declaración de enfermedades o condiciones de salud al nacer, mediante la cual modifica anteriores circulares que regulan la materia, y que tuvo en consideración lo dispuesto en el fallo.

La Circular N°354 instruye que debe eliminarse del formulario de Declaración de Salud de todas las Isapres, la consulta de tener síndrome de down cardiopatías congénitas, labio leporino, entre otras. Al efecto, la Superintendencia de Salud ya modificó el formulario, en el que se señala por ejemplo, que se debe registrar todas las enfermedades, patologías o condiciones de salud originadas con posterioridad al nacimiento y diagnosticadas médicamente. Así también, la Circular en comento, instruye modificaciones en el mismo sentido respecto a las normas de procedimiento, especialmente en lo relativo a los contratos de salud, señalando expresamente que: *"No se consideran preexistentes aquellas enfermedades o condiciones de salud que hayan desarrollado los potenciales beneficiarios con anterioridad al nacimiento, siendo declarables únicamente las que se manifiesten con posterioridad a ello. Consecuentemente, frente a una patología o condición de salud previa al nacimiento, la isapre no puede restringir cobertura ni rechazar la afiliación"*.

¹ <http://www.supersalud.gob.cl/normativa/668/w3-propertyvalue-2991.html>