Santiago, diez de noviembre de dos mil veinte.

A los escritos folios N°s 166099-2020 y 166377-2020: estése al estado de la causa.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada con excepción de sus razonamientos sexto a octavo que se eliminan.

Y se tiene en su lugar y, además, presente:

Primero: Que, en estos autos, se dedujo recurso de protección en contra de la Isapre Colmena Golden Cross S.A., por la negativa de otorgar a la actora cobertura financiera para la realización de las cirugías de reasignación sexual y las de reconstrucción corporal y facial que indica, las que dice requiere para completar su identidad de género.

La recurrida fundó su decisión en que: a) atendida la naturaleza del asunto controvertido, corresponde que sea conocido a través de un procedimiento arbitral de lato conocimiento, seguido ante la Superintendencia de Salud; b) las prestaciones solicitadas no tienen cobertura al tratarse de cirugías plásticas con fines de embellecimiento u otro análogo, según se prescribe en el artículo 190 inciso segundo numerales 1 y 8 del D.F.L. N° 1 de 2005 del Ministerio de Salud y de acuerdo a las Condiciones Generales Uniformes para el Contrato de Salud; c) las referidas intervenciones quirúrgicas, no están incluidas en el Arancel Fonasa y no pueden ser homologadas a ninguna otra, porque no

YCNTSXTCKM

están dirigidas a sanar una enfermedad, desde que, la transexualidad no constituye una patología o condición de salud, como se desprende de la Circular N° 336 de la Superintendencia de Salud y la jurisprudencia de esta Corte y, por último, porque d) conforme a lo expuesto no le asiste a la actora un derecho indubitado pues, la Isapre no tiene una obligación legal de otorgar la cobertura solicitada, teniendo en especial consideración, la falta de codificación de las cirugías en cuestión y su fin de embellecimiento.

Segundo: Que del mérito de lo obrado en el proceso, constituyen hechos no discutidos por las partes los siguientes:

a) La recurrente es una mujer transexual desde su infancia, con identidad de género femenino y actualmente tiene 54 años de edad.

b) Desde el año 2016 se encuentra en tratamiento hormonal para la adecuación corporal de su género, esto es, de masculino a femenino.

c) El 2 de octubre de 2018, en el Vigésimo Tercer Juzgado Civil de Santiago, se dictó sentencia en virtud de la cual se acogió la solicitud y autorizó la rectificación de su partida de nacimiento, modificando su nombre y sexo.

YCNTSXTCKM

d) Se encuentra afiliada a Isapre Colmena Gross S.A y cuenta con un de Plan de Salud Complementario, modalidad Libre Elección.

e) El informe médico de la psiquiatra Dra. Patricia Tapia concluyó que: "En suma el examen psicológico es concordante con un trastorno límite de la personalidad, con difusión de identidad, descontrol de los impulsos, elementos infantiles y paranoides. La falla de la identidad se asocia a su dificultad en la definición de su identidad sexual.

El grave trastorno de la identidad general también afecta la identidad sexual.

Actualmente ha realizado diversas acciones en el sentido de lograr su transformación en mujer. Se divorció, se viste y vive permanentemente como mujer, cambió su nombre y sexo en el Registro Civil. Se ha presentado en algunas reuniones de su antiguo trabajo con esta nueva identidad, siendo aceptada sin problemas. Intentó iniciar cambios corporales para completar su transformación, pero ahí se descubrió que cursaba una aplasia medular que le impedía en ese momento someterse a cirugías necesarias para esto. Actualmente lleva 5 años divorciada, vive sola, con identidad sexual femenina permanente. Durante todo este tiempo ha estado segura de su identidad.

YCNTSXTCKM

Está pendiente el tratamiento quirúrgico que le permitirá completar su transformación. De ninguna manera la cirugía requerida podría considerarse plástica, ya que es parte del tratamiento de transformación indispensable para que la paciente sienta que tiene el cuerpo que corresponde a su identidad de género".

f) Informe de Endocrinóloga Dra. Luciana Sánchez Boerr, quien expuso que la actora es una mujer transexual que realizó el cambio de su nombre y sexo registral en el año 2017 después de una evaluación médica psiquiátrica y psicológica.

Añade que: "La paciente tuvo un proceso de transición complejo presentando varios episodios de depresión severa.

Actualmente se siente satisfecha con su identidad de género y se encuentra en un proceso de inclusión y desarrollo personal como mujer".

Recomendó optimizar el tratamiento hormonal cruzado y realizar los procedimientos de readecuación consistentes en genitoplastía, cirugías plásticas y fonoaudiología feminizantes, psicoterapia y acompañamiento en la transición.

Finaliza expresando que es de vital importancia que la paciente reciba estos tratamientos para desarrollar una vida de mujer plena en todos los ámbitos, no teniendo un

YCNTSXTCKM

objetivo embellecedor o estético, sino estrictamente reparador, funcional y terapéutico."

Tercero: Que para resolver la presente acción constitucional, es necesario definir, situar y comprender dentro del ordenamiento jurídico, el derecho fundamental a que haremos referencia, "la identidad de género", teniendo para ello en especial consideración la evolución normativa por medio de la cual el Estado chileno ha reconocido su existencia y, en consecuencia, asumido la obligación de resguardo del mismo, al entender que éste es un elemento inherente a la dignidad humana que deriva del derecho a la no discriminación y cuya concretización, en la especie, se obtiene sobre la base del ejercicio del derecho de la igualdad ante la ley y de la protección a la salud.

Para entender lo anterior, cabe señalar que el artículo 1° de nuestra Carta Fundamental prescribe que "Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos". Agrega su inciso cuarto que "El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece."

Resulta pertinente destacar, antes de continuar la exposición normativa, que esta norma es fundamental para

YCNTSXTCKM

nuestro ordenamiento jurídico, porque representa una fuente de derechos y una herramienta de interpretación, desde que de su lectura, en primer lugar, se extrae la idea esencial que rige y sostiene nuestra Constitución Política, esto es, que las personas constituyen un fin en sí mismo y emanan los conceptos de dignidad, libertad e igualdad de la cual gozan y, en segundo término, se extrae la premisa, en virtud de la cual, el Estado se constituye en un garante del resguardo de esas garantías, para lo cual deberá proporcionar al individuo las herramientas necesarias dirigidas a conseguirlo.

En ese orden de ideas, el artículo 5 inciso segundo de la Constitución reafirma lo expuesto, sobre la base de prescribir que: "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".

Dentro de los derechos esenciales garantizados expresamente por nuestra Carta Fundamental, pertinentes en el caso de autos, se encuentran, justamente, la igualdad ante la ley – como el mecanismo esencial para proscribir la no discriminación de las personas- y la protección a la salud – medio que garantiza al individuo el acceso al derecho de seguridad social en su sentido amplio-

YCNTSXTCKM

contemplados en el artículo 19 numerales 2 y 9 de la Constitución Política de la República.

Cuarto: Que, es importante añadir la normativa internacional, reconocida por Chile y que ha obligado al Estado a resguardar y promover la no-discriminación y los derechos humanos en favor de las personas transexuales, lo cual deriva en general de la evolución social que ha tenido el mundo respecto de estas materias y que ha llevado a reflexionar y legislar al respecto, efectuando una relectura de la ley y, en otros casos, expresando nuevos conceptos para proteger la diferencia:

Dentro de ese marco jurídico cabe mencionar los siguientes estatutos:

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, dispone en su artículo 1: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros".

El artículo 2, inciso primero añade que: "Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición" y ratifica lo

YCNTSXTCKM

anterior en su artículo 7 al expresar: “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.

La Convención Americana de Derechos Humanos, reitera lo expuesto al prescribir en su Parte I, Capítulo I, artículo 1, que:

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”.

Precepto que se repite en el artículo 2 de los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Siguiendo la referida línea de protección, la Asamblea General Organización de los Estados Americanos (OEA), desde

YCNTSXTCKM

el año 2008, ha aprobado, en sus sesiones anuales, cuatro resoluciones sucesivas respecto a la protección de las personas contra tratos discriminatorios basados en su orientación sexual e identidad de género, mediante las cuales se ha exigido a los Estados miembros la adopción de medidas concretas para una protección eficaz contra actos discriminatorios y, en ese mismo sentido, se dictó la "Declaración sobre Orientación Sexual e Identidad de Género de las Naciones Unidas", en la cual, entre otros puntos y en lo pertinente, reafirmó el principio de la universalidad de los derechos humanos, el que todas las personas tienen derecho al goce de éstos sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición y, el de no discriminación, que exige que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género.

El artículo 12.1. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental". En su observación general sobre el artículo 12, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales manifestó:

YCNTSXTCKM

"El derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano. El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales. En cambio, entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud."

"Prohíbe toda discriminación en lo referente al acceso a la atención de la salud y los factores determinantes básicos de la salud, así como a los medios y derechos para conseguirlo, por motivos de... orientación sexual" (Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N° 14, párr. 8).

Garantizar "el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados" es una obligación inmediata de los Estados." (op cit. párr. 43 a).

El Comité explicó que el fundamento de "cualquier otra condición social" que figura en el artículo 2 del Pacto incluye tanto la orientación sexual como la identidad de género (En la Observación general N° 20, párr. 32).

YCNTSXTCKM

La incorporación de la perspectiva de género y del concepto de "identidad de género" se estableció expresamente en los textos de los dos últimos tratados de derechos humanos adoptados por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos como son la Convención americana contra toda forma de discriminación e intolerancia (2013), firmada por Chile en 2015, que en su preámbulo refiere a que las sociedades democráticas deben respetar la identidad de género, además de la identidad sexual y reconoce que la discriminación "puede estar basada en motivos de […] identidad y expresión de género" y la Convención relativa a la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, firmada por Chile en 2015 y ratificada el año 2017, que establece la obligación de los Estados de proteger especialmente a aquellas personas víctimas de discriminaciones múltiples, incluyendo las personas de diversas orientaciones sexuales e identidades de género", contemplado en el artículo 5 y, el artículo 9, que reseña el derecho a la seguridad, independientemente de "la orientación sexual, el género, la identidad de género" (Es necesario precisar que el instrumento de ratificación depositado por Chile ante la Organización de Estados Americanos contiene una declaración en relación con el concepto de "identidad de género": "La República de Chile declara que la identidad de género a que alude la presente

YCNTSXTCKM

Convención será entendida en armonía con lo dispuesto en su legislación nacional" República de Chile, 2017:1).

Quinto: Que de la normativa expuesta, es posible concluir, de manera sucinta que la noción de igualdad representa el eje sobre el cual se estructura la dignidad humana, pero al mismo tiempo constituye la herramienta indispensable por medio de la cual se protege a la persona en su calidad de tal al reconocerle, atendida la calidad de ser pensante, la facultad de autodeterminarse y decidir sobre los aspectos fundamentales de su vida en plena libertad, entre esos aspectos se encuentra, justamente, la libertad de elegir su género, siendo el Estado, en su condición de garante -porque, como se dijo "está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común", quien debe crear las condiciones sociales necesarias "que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías", en lo particular, a las minorías sexuales y su facultad de elegir y ejercer su orientación sexual.

En ese sentido la Corte Interamericana de Derechos humanos ha declarado – en su calidad de opinión autorizada en la materia y que interpreta una normativa de carácter general reconocida por nuestro país- que "*el derecho a una protección igualitaria ante la ley, que a su vez se*

YCNTSXTCKM

desprende 'directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona humana'. El principio de igualdad ante la ley y no discriminación impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y garantía de los derechos humanos" (Opinión Consultiva 18/03).

Idea que repitió al señalar que: "la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación" (Identidad de Género e Igualdad y no Discriminación a Parejas del Mismo Sexo; Opinión Consultiva OC-24/17, de 24 de noviembre de 2017, Solicitada por la República de Costa Rica; Corte lnteramericana de Derechos Humanos; p. 32).

La jurisprudencia de esa Corte también ha indicado –vinculante en este caso para Chile- que en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del ius cogens. Sobre él que descansa el

YCNTSXTCKM

andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico. (Cfr. Opinión Consultiva OC-18/03, párr. 101; Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289, párr. 216; Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 79; Caso Duque Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr.91; Caso I.V. Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329, párr. 238, y Caso Flor Freire Vs. Ecuador, párr. 109)

Sexto: Que habiéndose establecido que el principio de igualdad ante la ley y no discriminación impregna toda la actuación del poder del Estado, porque se relacionan directamente con el respeto y garantía de los derechos humanos, surge de manera lógica y concordante, como derecho fundamental implícito, el que la identidad de género, definida como "la convicción personal e interna de ser hombre o mujer, tal como la persona se percibe a sí misma, la cual puede corresponder o no con el sexo y nombre verificados en el acta de inscripción del nacimiento" (artículo 1 de la Ley N° 21.120), constituye un atributo de la personalidad - derecho humano-, el cual se ejerce, entre otras vías y, en lo pertinente a este caso particular, a través del ejercicio e igual acceso que deben tener las

YCNTSXTCKM

personas transexuales a las prestaciones médicas que requiera para conseguir dicho fin.

En otras palabras, la identidad de género constituye una de las vías más representativas del ejercicio de la igualdad ante la ley, porque refleja el derecho de todo individuo de autodeterminar su orientación sexual, desde que se reconoce en el individuo un ser racional, capaz de decidir y elegir su existencia. Consecuentemente, la identidad de género no es una enfermedad, patología ni una condición de salud, sino que forma parte de los atributos inherentes de la persona humana (circular N° 336 de la Superintendencia de Salud).

Séptimo: Que, asentada esta idea base, tal como lo indica la Circular citada, es deber del Estado velar por la dignidad e igualdad en el trato a las personas transexuales porque, como se dijo, la identidad de género constituye un elemento intrínseco de la naturaleza humana y dentro de esa tarea, se encuentra el permitirles – como a toda persona que resida en nuestro país-, el acceso real y efectivo a prestaciones médicas que sean necesarias –y, en muchos casos, la única vía- para mejorar o mantener su existencia física y mental acorde al ejercicio de su libertad de autodeterminarse sexualmente dentro de un género. Como ya lo ha reconocido esta Corte en sus sentencias roles 70.584-2016, 18.252-2017 y 25.158-2019, la valoración y la protección jurídica de la identidad de género se encuentran

YCNTSXTCKM

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.

Resulta pertinente recordar, 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 atingente 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. 403ª 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"._

En ese orden de ideas, el Tribunal Constitucional, en su sentencia de 6 de agosto de 2010 precisó: "…Resulta imprescindible indicar que el contrato que celebra un afiliado con una determinada Isapre no equivale a un mero

YCNTSXTCKM

seguro individual de salud, regido por el principio de autonomía de la voluntad, pues opera en relación con un derecho garantizado constitucionalmente a la personas en el marco de la seguridad social y en que la entidad privada que otorga en seguro, tiene asegurada, por ley, una cotización, o sea, un ingreso garantizado. Así, las normas que regulan esta relación jurídica son de orden público" (considerando 154). De esta forma, el ordenamiento jurídico que rige el Contrato de Salud Previsional, constituye el marco legislativo que dirige la convención en que se encuentra mitigado el principio de autonomía de la voluntad, cuyas normas son de orden público, por cuanto se trata de una actividad de servicio público, en el sentido material y tradicional del término, considerando la naturaleza de servicio público que importan las prestaciones de salud que satisfacen los Institutos de Salud Previsional. (corte Suprema 10.170-2019)

Octavo: 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

YCNTSXTCKM

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".

Noveno: Que, en consecuencia, la vigencia efectiva de garantías constitucionales que pueden verse amagadas en un caso específico por la aplicación de un precepto legal, debe enmarcarse en la Constitución Política, que asegura a todas las personas sus derechos fundamentales, entre ellos el derecho a la protección de la salud contemplado en el numeral noveno del artículo 19, porque no se debe olvidar que el derecho a la protección de la salud es integral y correlacionado con el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de las personas, de lo cual se concluye que la exégesis que se haga a las normas que se refieren a esta garantía constitucional, deben ser interpretadas en beneficio de las personas cuya salud se encuentra en riesgo y cuyo costo no altera las condiciones pactadas respecto de las prestaciones de salud en el respectivo contrato. Lo cual se traduce, según lo dispone el artículo 131 del D.F.L. N° 1 de 2006 del Ministerio de Salud y, en lo que interesa al caso en estudio, en que: "El ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud comprende el libre e igualitario acceso a las acciones de

YCNTSXTCKM

promoción, protección y recuperación de la salud y a aquéllas que estén destinadas a la rehabilitación del individuo,…".

Décimo: Que, como se explicó, la controversia radica en que la recurrida, Isapre Colmena Golden Cross S.A., justificó la negativa de bonificar las intervenciones quirúrgicas de reasignación sexual y reconstrucción corporal y facial que solicitó la actora, sobre la base que, en primer lugar, que el asunto debe ser conocido en un proceso de lato conocimiento, luego, añade que éstas tienen el carácter de cirugías estéticas con fines de embellecimiento, las que, además, carecen de códigos arancelarios y que, en consecuencia, no le asiste a la actora un derecho indubitado, desde que, las prestaciones respecto de las cuales se pide cobertura financiera, no se sustentan en una patología o condición de salud que obligue a la Isapre a bonificarlas.

Undécimo: Que, es necesario precisar que, si bien, la transexualidad no es una enfermedad, sino que es la opción de libertad de una persona de determinar libremente su género y ejercer su derecho de igualdad, puesto que, tanto la Ley N° 20.609 que "Establece medidas contra la Discriminación" como la Ley N° 21.120 sobre identidad de género, reglamentan el ejercicio de ese derecho; no es posible desconocer las consecuencias que de esa opción derivan para estas personas, atendida la discordancia que

YCNTSXTCKM

existe entre su cuerpo biológico y la decisión que adoptaron en relación a su orientación sexual, lo cual, evidentemente, puede ocasionar en ellas y, como así lo reconocen los expertos, patologías psíquicas, que se producen entre otras razones, por la imposibilidad de adecuar su físico a la orientación sexual que sienten y resuelven les corresponde, factores externos que les impide, en definitiva, concretar esa libertad y que hace indispensable, que el Estado directamente o a través de quienes ejercer esa función pública, por mandato legal, como lo son las Isapres, deban garantizar el ejercicio de esos derechos, al permitirles acceder a las prestaciones médicas pertinentes puesto que, por lo demás, constituyen la única vía en virtud de la cual pueden hacerlo, atendida la naturaleza de la asistencia que se pide.

La Organización Mundial de la Salud, expresó que dentro de los derechos sexuales se incluyen "el derecho de toda persona libre de restricciones, discriminación y violencia; a lograr el más alto nivel de salud en relación con la sexualidad, incluyendo acceso a servicios de salud sexual y reproductiva; buscar e impartir información en relación con la sexualidad, educación sexual; respeto por la integridad del cuerpo; libertad para escoger pareja; decidir ser o no sexualmente activo/a; consentir las relaciones sexuales; consentir el matrimonio; decidir si quiere o no tener hijos y cuando; buscar una vida sexual

YCNTSXTCKM

placentera, segura y satisfactoria". Asimismo se estableció que los derechos sexuales son inherentes a toda persona sin importar su orientación o su identidad de género. El 17 de mayo de 1990, dicho organismo en la Asamblea General la décima revisión de la Estadística Internacional de Clasificación de las Enfermedades y Problemas de Salud Relacionados, declaró que la orientación sexual no era por sí mismo un trastorno y, en junio de 2018, definitivamente lo eliminó de la lista de enfermedades mentales y lo traslado al grupo de afecciones de la salud sexual, con el fin de cubrir las importantes necesidades de atención sanitaria de esta población, pero clarificando que no es un trastorno mental.

Duodécimo: Que, asentadas las ideas anteriores, corresponde hacerse cargo de las alegaciones de la recurrida, en primer lugar, en relación a que el recurso de protección no es la vía para resolver el presente asunto, fundada en la naturaleza de lo debatido y en que cumplió el contrato de salud haciendo estricta aplicación a la normativa que reglamenta la materia.

De la sola lectura de dicha alegación, es posible colegir su improcedencia, puesto que, es contradictoria con la conducta desplegada por la recurrida y con el propio argumento que expone para sostenerla. En efecto, la negativa para desestimar la bonificación de las prestaciones médicas solicitadas, se fundó en que de *motu*

YCNTSXTCKM

proprio la Isapre estableció que cumplió el contrato de salud que une a los litigantes, porque, las cirugías que se solicitaron, a su juicio, tienen el carácter de plásticas cuyo fin se limita al embellecimiento de la usuaria u otro análogo, además, de carecer de codificación arancelaria y que tampoco son homologables a otras para arancelarlas.

Aseveraciones que dan cuenta que es la recurrida quien unilateralmente fijó los hechos de la causa y el marco jurídico, al afirmar que cumplió el contrato de salud porque -como segundo elemento-, determinó que la naturaleza de las prestaciones médicas pedidas correspondían cirugías plásticas, denegando su cobertura a pesar de la particular situación que representaba la actora; sin invocar, en esa oportunidad, el procedimiento de lato conocimiento que ahora alude, como el pertinente para resolver la controversia. Por tanto, así planteado el asunto, queda en evidencia la improcedencia de la alegación, más aun si conforme se razonó, el asunto compromete derechos fundamentales de la recurrente, para cuyo resguardo la Constitución ha contemplado expresamente esta acción "sin perjuicio de los demás derechos" que puedan hacerse valer ante los tribunales correspondientes, a lo cual se une el hecho que el constituyente no excluyó materias de este procedimiento de emergencia.

Décimo tercero: Que, otro argumento utilizado por la recurrida para desestimar la presente acción

YCNTSXTCKM

constitucional, giro en torno a que las cirugías de reasignación sexual y reconstrucción corporal solicitadas, corresponden a intervenciones quirúrgicas de carácter estéticos cuyo fin es sólo el embellecimiento de la actora.

Conforme se explicó, el mandato de no discriminación instituido por la Ley del ramo y de Identidad Género unido a los instrumentos internacionales ratificados por Chile importa, entre otros, que los órganos del "Estado garantizarán que, en el ejercicio del derecho a la identidad de género, ninguna persona sea afectada por distinciones, exclusiones o restricciones que carezcan de justificación razonable en los términos del artículo 2° de la ley N° 20.609, que establece medidas contra la discriminación" (artículo 5 letra b) Ley N° 21.120) de lo cual se desprende, inequívocamente el resguardo del derecho a la salud como una forma de, a su vez, garantizar el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de toda persona, por tanto, no sólo se trata de un deber de abstención del Estado sino que, también, una obligación positiva del órgano gubernamental de crear las condiciones para evitar la discriminación y exclusión de estas personas en el ejercicio de sus derechos, incluido, el de la seguridad social porque, como se dijo, la identidad de género, es una garantía inherente a la condición de persona humana, lo cual en la especie, se traduce en permitirles el acceso a las herramientas que requieran para superar la

YCNTSXTCKM

discordancia que se presenta entre su cuerpo y la decisión que adoptaron al definir su orientación sexual, en concreto, otorgarles las prestaciones médicas que sean indispensables para conseguir dicho fin.

Décimo cuarto: Que es importante destacar a este respecto que el Ministerio de Salud, a través de su División de Prevención y Control de Enfermedades Subsecretaría de Salud Pública, fechada junio 2010, dictó la denominada Vía Clínica para la adecuación corporal de personas con incongruencia entre el sexo y la identidad de género, sin perjuicio que la trata como un problema de salud, atendida la fecha de su dictación, permite extraer pautas que sirven de base para comprender el tema, desde que señaló: "Los problemas relacionados a la incongruencia entre identidad de género y sexo físico pueden cubrir una gran gama de manifestaciones. La incongruencia y los sentimientos que esta provoca pueden variar entre distintos individuos, tanto en intensidad como en persistencia durante el transcurso de la vida" y […] debía ser entendida como: "*la persistencia de un sentimiento de incongruencia entre sexo físico e identidad de género que cause incomodidad, estrés o impedimento significativo en cualquier área de su funcionamiento personal. Esta definición obedece a una caracterización del problema de discordancia señalado, más un elemento de afectación mínimo que traduzca un detrimento del estado de salud. La*

YCNTSXTCKM

población objetivo corresponde a todas aquellas personas que cumplan con la definición del problema de salud señalado, mayores de 18 años".

Concluyendo que las cirugías de reasignación sexual no son consideradas operaciones con fines cosméticos, sino una intervención que favorece la adopción satisfactoria de la identidad de género con el que la persona se identifica.

Esta Guía consideró las que denominó tres áreas de trabajo terapéutico: (i) intervención en salud mental, (ii) adecuación corporal hormonal, y (iii) adecuación corporal quirúrgica.

Igualmente es importante destacar que los informes médicos agregados a los autos ratifican lo expuesto precedentemente en lo que respecta a la cirugía de reasignación sexual, expresando que aquella le permitirá a la paciente "desarrollar una vida de mujer plena en todos los ámbitos, no teniendo un objetivo embellecedor o estético, sino estrictamente reparador, funcional y terapéutico".

En definitiva los expertos y el Estado chileno concuerdan en que las cirugías de reasignación sexual no son consideradas operaciones con fines cosméticos, porque tienen por objeto maximizar el bienestar psicológico y el sentimiento de autosatisfacción de la persona, concordando su identidad de género con la de su sexo físico, para así disminuir el estrés asociado a dicha incongruencia y

YCNTSXTCKM

brindándole beneficios tanto en aspectos psicológicos como sociales,

Es necesario, agregar, que el artículo 138 del DFL N° 1 del Ministerio de Salud del año 2005, garantiza entre otras prestaciones, la "asistencia médica curativa que incluye consulta, exámenes y procedimientos diagnósticos y quirúrgicos, hospitalización, atención obstétrica, tratamiento, incluidos los medicamentos contenidos en el Formulario Nacional, y demás atenciones y acciones de salud que se establezcan" y el respecto de las prestación de asistencia médica curativa, el Reglamento del Régimen de las Prestaciones de Salud, contenido en el Decreto Supremo N° 369 de 1986 del Ministerio de Salud, señala en sus artículos 31 y 32 que "Los beneficiarios tendrán derecho a recibir del Sistema asistencia médica curativa integral. Esta asistencia médica incluirá consulta exámenes y procedimientos diagnósticos y quirúrgicos, hospitalización, atención obstétrica, tratamientos, incluidos los medicamentos del Formulario Nacional y demás prestaciones necesarias para la atención de la enfermedad que afecte al beneficiario" y "La asistencia médica curativa se otorgará con los recursos de personal y de equipos que dispongan los establecimientos de los Servicios que sean requeridos"

Por tanto, a diferencia de lo expresado por la recurrida, las cirugías de reasignación sexual no constituyen una de carácter estético con fines de

YCNTSXTCKM

embellecimiento, sino que es una intervención, que en términos jurídicos, debe ser considerada como relevante y un reflejo, por un lado, del deber del Estado de garantizar y asegurar la no discriminación de las personas transexuales y, por otro, el ejercicio que éstas hacen de los derechos fundamentales de la igualdad ante la ley y el de protección a la salud.

Décimo quinto: Que, ahora bien, conforme a lo expuesto, es posible colegir, también, que no todas las prestaciones médicas solicitadas por la actora, cumplen directamente dicho objetivo y, eso es necesario precisarlo, porque, como señaló la recurrida, las cirugías estéticas que tienen un fin de embellecimiento, no se encuentran cubiertas por los contratos de salud por así disponerlo expresamente el artículo 190 N° 1 del DFL N°1 y reiterarlo las Condiciones Generales del contrato de salud.

En este sentido entonces, deben quedar fuera de lo reflexionado precedentemente, todas aquellas intervenciones que refieren a la reconstrucción corporal y facial que se solicitaron, salvo la relativa al implante mamario, desde que esta Corte entiende, que dicho rasgo constituye, efectivamente, uno característico de la femineidad. El resto en cambio, si bien, también corresponden a fisonomías que buscan ese mismo fin, no importan la relevancia antes descrita y por el contrario, incluso en la normalidad de la vida, mujeres cuyo sexo y orientación

YCNTSXTCKM

coinciden, que se encuentran insatisfechas con esos rasgos en sus cuerpos, los modifican a través de cirugías estéticas, todo lo cual da cuenta que todas ellas -lipo lipofiling facial, lifting de cejas, lipopapada, lipotranferencia glútea y rinoplastia-, se encuadran dentro de lo denominado una cirugía estética cuyo fin es el embellecimiento de la paciente, razones por las que a su respecto dichas solicitudes no se accederá.

Décimo sexto: Que, por último, la alegación de la recurrida en cuanto a la falta de codificación de las prestaciones médicas solicitadas, es necesario reiterar que, tal como lo indica la Vía Clínica para la adecuación sexual en personas con incongruencia entre sexo físico e identidad de género del Ministerio de Salud, que dichas intervenciones quirúrgicas tienen por objeto "lograr sentimiento de comodidad duradero con la identidad de género personal con objeto de maximizar el bienestar psicológico y el sentimiento de autosatisfacción" y que "el conjunto de intervenciones, requisitos y secuencias expuestas en ella deben servir como referente para la estructuración de las prestaciones asistenciales, teniendo siempre presente la necesaria flexibilidad requerida para cada caso particular".

En ese sentido, el Informe elaborado para la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía del Senado, en el marco de la discusión del Proyecto de Ley que

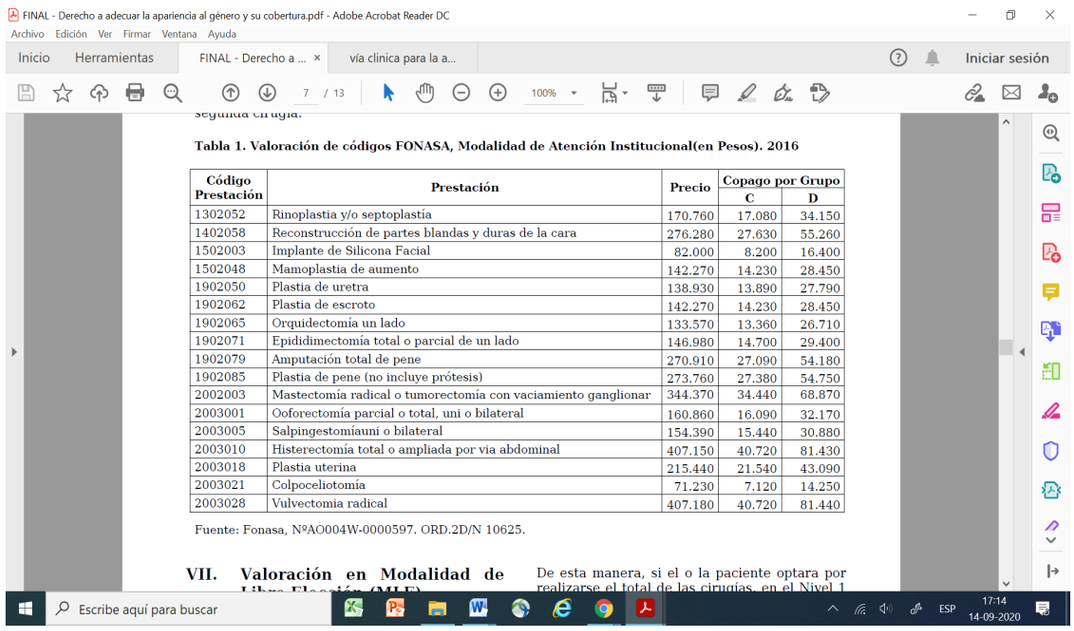
YCNTSXTCKM

reconoce y da protección a la identidad de género (Boletín N°8924-07) suscrito por los profesionales Sra. Irina Aguayo Ormeño, economista; Sr. Matías Meza-Lopehandía G., abogado y doña María Pilar Lampert Grassi Psicóloga, al referirse a las cirugías de cambio de sexo señalaron que de acuerdo a la información entregada por Fonasa, no obstante la existencia de la Vía Clínica, "la cobertura existente para la temática del cambio de sexo es a nivel de prestación de salud y no de resolución integral", por tanto, efectivamente, no existe una codificación arancelaria única para el caso de la genitoplastia feminizante, sin embargo, añaden que "En este marco, para la valoración de las prestaciones de salud a través del sistema público, se recurrió a los códigos que tiene el Fondo Nacional de Salud (Fonasa)", de manera individual.

Explican que los pacientes que requieran de una cirugía para la adecuación de identidad de género, tienen la opción de atenderse mediante la Modalidad de Atención Institucional, en cuyo caso, el costo a pagar dependerá del grupo al que pertenezca, el que queda determinado por el tramo de ingreso imponible mensual que pertenece el afiliado al incorporarse a Fonasa y al número de cargas y aquellos adscritos a la atención de Libre Elección, pueden optar libremente a los profesionales e instituciones de salud, del sector público o privado, que se encuentran inscritas en el Rol de Fonasa y hayan celebrado un convenio

YCNTSXTCKM

por tipos de prestaciones. Al efecto agregaron las tablas de las prestaciones que actualmente mantiene Fonasa:



FINAL - Derecho a adecuar la apariencia al género y su cobertura.pdf - Adobe Acrobat Reader DC

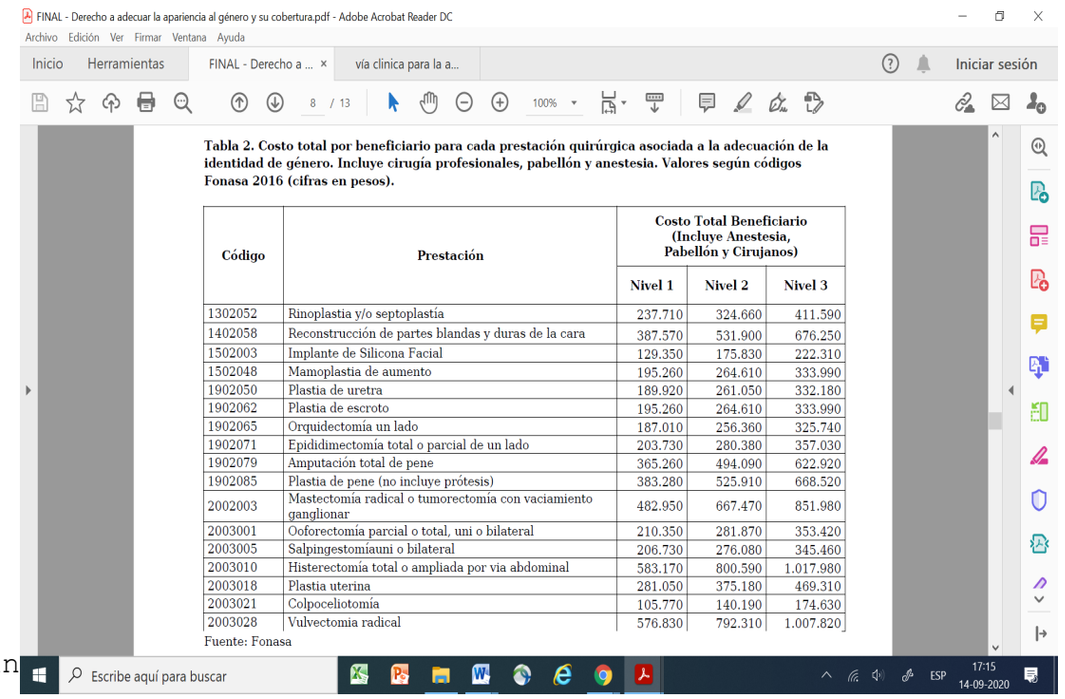
Tabla 1. Valoración de códigos FONASA, Modalidad de Atención Institucional(en Pesos). 2016

Código Prestación	Prestación	Precio	Copago por Grupo	
			C	D
1302052	Rinoplastia y/o septoplastía	170.760	17.080	34.150
1402058	Reconstrucción de partes blandas y duras de la cara	276.280	27.630	55.260
1502003	Implante de Silicona Facial	82.000	8.200	16.400
1502048	Mamoplastia de aumento	142.270	14.230	28.450
1902050	Plastia de uretra	138.930	13.890	27.790
1902062	Plastia de escroto	142.270	14.230	28.450
1902065	Orquidectomía un lado	133.570	13.360	26.710
1902071	Epididimectomía total o parcial de un lado	146.980	14.700	29.400
1902079	Amputación total de pene	270.910	27.090	54.180
1902085	Plastia de pene (no incluye prótesis)	273.760	27.380	54.750
2002003	Mastectomía radical o tumorectomía con vaciamiento ganglionar	344.370	34.440	68.870
2003001	Ooforectomía parcial o total, uni o bilateral	160.860	16.090	32.170
2003005	Salpingestomíauni o bilateral	154.390	15.440	30.880
2003010	Histerectomía total o ampliada por via abdominal	407.150	40.720	81.430
2003018	Plastia uterina	215.440	21.540	43.090
2003021	Colpoceliotomía	71.230	7.120	14.250
2003028	Vulvectomía radical	407.180	40.720	81.440

Fuente: Fonasa, NºAO004W-0000597. ORD.2D/N 10625.

VII. Valoración en Modalidad de Libre Elección (MLE)

De esta manera, si el o la paciente optara por realizarse el total de las cirugías, en el Nivel 1



FINAL - Derecho a adecuar la apariencia al género y su cobertura.pdf - Adobe Acrobat Reader DC

Tabla 2. Costo total por beneficiario para cada prestación quirúrgica asociada a la adecuación de la identidad de género. Incluye cirugía profesionales, pabellón y anestesia. Valores según códigos Fonasa 2016 (cifras en pesos).

Código	Prestación	Costo Total Beneficiario (Incluye Anestesia, Pabellón y Cirujanos)		
		Nivel 1	Nivel 2	Nivel 3
1302052	Rinoplastia y/o septoplastía	237.710	324.660	411.590
1402058	Reconstrucción de partes blandas y duras de la cara	387.570	531.900	676.250
1502003	Implante de Silicona Facial	129.350	175.830	222.310
1502048	Mamoplastia de aumento	195.260	264.610	333.990
1902050	Plastia de uretra	189.920	261.050	332.180
1902062	Plastia de escroto	195.260	264.610	333.990
1902065	Orquidectomía un lado	187.010	256.360	325.740
1902071	Epididimectomía total o parcial de un lado	203.730	280.380	357.030
1902079	Amputación total de pene	365.260	494.090	622.920
1902085	Plastia de pene (no incluye prótesis)	383.280	525.910	668.520
2002003	Mastectomía radical o tumorectomía con vaciamiento ganglionar	482.950	667.470	851.980
2003001	Ooforectomía parcial o total, uni o bilateral	210.350	281.870	353.420
2003005	Salpingestomíauni o bilateral	206.730	276.080	345.460
2003010	Histerectomía total o ampliada por via abdominal	583.170	800.590	1.017.980
2003018	Plastia uterina	281.050	375.180	469.310
2003021	Colpoceliotomía	105.770	140.190	174.630
2003028	Vulvectomía radical	576.830	792.310	1.007.820

Fuente: Fonasa

implan

no es aplicable, porque conforme a lo explicitado a lo largo de esta sentencia, en relación a los fines de este tipo de cirugías respecto de las personas transexuales, aquellas deben ser incorporadas dentro de las que el

YCNTSXTCKM

sistema denominan “cirugías plásticas reparadoras y reconstructivas”, las que si se encuentran codificadas.

Décimo séptimo: Que se debe tener presente, también, que en la operatoria de homologación del procedimiento aludido, obviamente la recomendación médica y técnica debe resultar prioritaria, teniendo presente, asimismo, que para la institución previsional el costo económico y financiero no resultará imprevisto, toda vez que el monto solicitado homologar alcanza sólo a aquellos que el arancel establece por la prestación a la cual se homologa. Razonar de otra forma importaría aceptar la omisión de la Administración, la cual por medio de su pasividad excluiría determinados medios aptos para mantener o recuperar la salud, con mayor razón si estos tienen décadas que son empleados con un fin terapéutico, como ocurre con la cirugía de adecuación de sexual, que se desarrolla en el sector público desde el año 1976.

Décimo octavo: Que, con estos antecedentes, la negativa de la Isapre recurrida para proporcionar a la recurrente la cobertura solicitada para la realización de las cirugías de genitoplastía feminizante y la de implantes mamarios dispuesto por los médicos tratantes, carece de razonabilidad y vulnera las garantías constitucionales previstas en el artículo 19 numerales 2, 9 y 24 de la Carta Política, porque como se dijo, la exegesis relativa a las normas que se refieren a las garantías constitucionales,

YCNTSXTCKM

deben ser siempre interpretadas en beneficio de las personas cuya salud se encuentra afectada, más aun si se tiene presente, que su costo no altera las condiciones pactadas respecto de las prestaciones de salud en el respectivo contrato, porque estas conforme se explicitó se deben incorporar y adaptar a los planes del salud de la usuaria, conforme a la homologación pertinente, razones por las que se impone acoger la presente acción constitucional, en los términos que se expondrá en lo resolutivo del fallo.

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 revoca** la sentencia apelada de ocho de agosto de dos mil veinte y, en su lugar, **se acoge** el recurso de protección sólo en cuanto se ordena a la Isapre Colmena Golden Cross S.A. bonificar, conforme al Plan de Salud de la actora, las cirugías de genitoplastía feminizante y la de implantes mamarios.

Acordada con el **voto en contra** de la Ministra señora Repetto y del Abogado Integrante señor Abuabuad quienes estuvieron por confirmar la sentencia en alzada, teniendo únicamente presente los siguientes fundamentos:

1°.- Del mérito de los antecedentes se colige que la controversia existente en estos autos radica en que la recurrente estima que se han vulnerado sus derechos fundamentales al negarse la recurrida a otorgar cobertura,

YCNTSXTCKM

según su Plan de Salud, a las cirugías de reasignación sexual y reconstrucción corporal y facial que indica, argumentación que es controvertida por la Isapre, la que sostiene que éstas tienen la naturaleza de estéticas con un fin de embellecimiento y que, en razón de lo mismo, no se encuentran codificadas para el cobro de su arancel, razón por la cual concluye que su actuar se ha ajustado al contrato y la normativa que reglamenta la materia.

2°.- Tal contienda, por su naturaleza, no es una materia que corresponda ser dilucidada por medio de la presente acción cautelar, ya que ésta no constituye una instancia de declaración de derechos, sino que de protección de aquellos que, siendo preexistentes e indubitados, se encuentren afectados por alguna acción u omisión ilegal o arbitraria y, por ende, en situación de ser amparados, presupuesto que en la especie no concurre.

Más si se tiene presente, que conforme al artículo 117 del D.F.L. N° 1 del año 2006 del Ministerio de Salud, se contempla un procedimiento para la solución de las controversias que se susciten entre los beneficiarios y los seguros previsionales de salud, puesto que, no se debe perder de vista que el asunto de fondo consiste en la interpretación del contrato de salud, en cuanto a si se otorga la bonificación requerida por la suscriptora, lo cual amerita, necesariamente, con el fin de resguardar el debido proceso, que sea conocido a través de un

YCNTSXTCKM

procedimiento de lato conocimiento o a través de las demás alternativas que en ese cuerpo legal se contemplan, procedimientos en los cuales para su debida resolución deberán ser materia de análisis y consideración de las normas, garantías, derechos y principios constitucionales y convencionales envueltos en la controversia.

3°.- En virtud de lo razonado el presente recurso de protección no está en condiciones de prosperar, sin perjuicio de otras acciones que pudieren corresponder a la recurrente.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo de la Ministra señora Vivanco y el voto en contra de sus autores.

Rol N° [redacted]

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (a) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. Ángela Vivanco M., y Sra. María Angélica Repetto G., y los Abogados Integrantes Sr. Álvaro Quintanilla P., y Sr. Ricardo Abuauad D. No firman, no obstante haber concurrido al acuerdo de la causa, la Ministra señora Repetto por estar en comisión de servicios y el Abogado Integrante señor Abuauad por estar ausente. Santiago, 10 de noviembre de 2020.

YCNTSXTCKM

YCNTSXTCKM

En Santiago, a diez de noviembre de dos mil veinte, se incluyó en 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. En aquellos documentos en que se visualiza la hora, esta corresponde al horario establecido para Chile Continental.

YCNTSXTCKM