

## El acceso a las prestaciones de salud del hijo por nacer

Claudia Paz Miranda

En este trabajo se analiza la sentencia de fecha 05 de agosto de 2024 dictada por la Iltrta. Corte de Apelaciones de Santiago <sup>1</sup> como Tribunal de Primera Instancia conociendo de un recurso de protección<sup>2</sup>, una acción de carácter cautelar que busca, en síntesis, restablecer el imperio del derecho frente a acciones u omisiones que vulneren algunos derechos garantizados por la Constitución Política de la República de Chile, así el art 19 señala en relación al derecho a la salud: *“La Constitución asegura a todas las personas: número 9º: 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 el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado;”*

En cuanto a los **hechos** de la acción cautelar: la Sra, MP, por si, presenta un recurso de protección<sup>3</sup> en contra de la Isapre Consalud<sup>4</sup> señalando en síntesis lo siguiente: que *“el acto arbitrario e ilegal consistente en la información proporcionada el día 5 de junio de pasado, relativa a que en caso de decidir cambiar su plan con restricción de cobertura de parto a uno general durante el transcurso de su embarazo, se le aplicaría una cobertura proporcional según*

---

<sup>1</sup> Las Ilustrísimas Cortes de Apelaciones de Chile, son tribunales de colegiados que regla general actúan como tribunales de segunda instancia.

<sup>2</sup> Artículo 20 de la Constitución Política de la República de Chile: El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1º, 2º, 3º inciso quinto, 4º, 5º, 6º, 9º inciso final, 11º, 12º, 13º, 15º, 16º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19º, 21º, 22º, 23º, 24º, y 25º podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

<sup>3</sup> Ingreso Corte 16.037-2024.

<sup>4</sup> Isapres Las Instituciones de Salud Previsional (Isapres) son entidades privadas que funcionan en base a un esquema de seguros, las cuales están facultados para recibir y administrar la cotización obligatoria de salud (7% de su remuneración imponible) de los trabajadores y personas, que libre e individualmente optaron por ellas en lugar del sistema de salud estatal (FONASA). A cargo de estas cotizaciones las Isapres financian prestaciones de salud y el pago de licencias médicas. Estas prestaciones de salud se otorgan mediante la contratación de servicios médicos financiados por las Isapres. Las Isapres fueron creadas en 1981 en virtud de la dictación del DFL N°3 del Ministerio de Salud y desde el año 2005 son supervisadas por la Superintendencia de Salud. Hoy otorgan servicios de financiamiento de la salud a un 19% de la población de Chile y permitieron en nuestro país la expansión de la actividad médica privada y el auge de la inversión en clínicas, centros médicos, laboratorios, entre otros. [www. https://www.isapre.cl/las-isapres](https://www.isapre.cl/las-isapres). Consultado 08 de septiembre de 2024

*lo establecido en la Circular N° 233 de la Superintendencia de Salud, a pesar de que dicha Circular se encuentra derogada en esa materia específica a partir de la vigencia de la Circular N° 334 del 16 de septiembre de 2019, que prohíbe la comercialización de planes sin cobertura obstétrica, vulnerando con ello los derechos fundamentales de igualdad ante la ley, el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, y el derecho de propiedad que la Constitución Política de la República garantiza a todas las personas” , por tanto la recurrente pide: “que se deje sin efecto la restricción de cobertura del plan contratado y se ordene a la Isapre realizar los ajustes necesarios para cubrir íntegramente el parto, sin restricciones ni graduaciones.”*

La recurrente estaba embarazada al momento de interponer el recurso, y unida contractualmente con la Isapre recurrida desde diciembre de 2018, suscribió un plan llamado "Smart Pro 5.000S 13- SMP50S-18". En ese contexto, fue a las oficinas de su Isapre el 20 de mayo de 2024, solicitó aclaración sobre su plan en cuanto a la cobertura del parto; siendo informada por correo electrónico ese mismo día que **“su plan vigente carecía de cobertura obstétrica”**. Así, el 23 de mayo de 2024 concurrió a la Isapre para modificar su plan de salud, suscribiendo uno nuevo: "Life Full 1003 24 13-LF1003-24"; sin embargo, el 24 de mayo de 2024 solicitó a la Isapre aclaración sobre su cobertura, recibiendo como respuesta el 5 de junio de 2024 que, de acuerdo con **la Circular N° 233, se le aplicaría una proporcional en consideración a los meses de embarazo con el plan antiguo y los meses con el nuevo plan hasta la fecha del parto.** Lo que significa que habría una cobertura muy inferior por los gastos del parto.

La Recurrente señala que la Circular N° 334 de 2019 de la Superintendencia de Salud, dictada en cumplimiento de una sentencia del Tribunal Constitucional, *“prohibió a las Isapres comercializar planes con cobertura reducida de parto y les impuso la obligación de ajustar los contratos vigentes a esa fecha”*. Dicha circular no distingue entre contratos celebrados con anterioridad o posterioridad a su entrada en vigor, por lo que la Isapre está obligada a otorgar cobertura íntegra a su parto de acuerdo con el plan vigente al momento de su ocurrencia.

En consecuencia, la decisión de la Isapre resulta ilegal por contravenir la Circular N° 334 y por pretender aplicar estipulaciones contractuales que adolecerían de nulidad absoluta por objeto ilícito al contravenir el derecho público. A su vez, es arbitraria, pues constituye una discriminación por el hecho de ser mujer, en circunstancias que es una cotizante cautiva de la Isapre.

En cuanto a las garantías constitucionales que se denuncian como conculcadas, alega en primer término:

- la vulneración de su derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, pues la negativa de cobertura íntegra pone en jaque la vitalidad de las personas al no dar lo necesario para una mejor calidad de vida, generando incertidumbre sobre cómo se sufragarán los gastos médicos del parto.
- se quebranta su derecho de propiedad sobre los derechos que emanan del contrato de salud, en particular el de recibir las prestaciones correspondientes,
- y finalmente se transgrede el derecho a la igualdad ante la ley, pues la decisión de la Isapre implicaría una discriminación indirecta en su contra por razón de sexo y maternidad, al aplicarle una norma aparentemente neutra, pero que en los hechos la afecta de manera desproporcionada por su condición de mujer embarazada.

Por lo indicado, solicita en concreto, que se declare ilegal y arbitraria la decisión de la Isapre de aplicarle la cobertura de un plan con restricción de parto suscrito con anterioridad a la concepción, ordenando dejar sin efecto tal restricción y efectuar los ajustes pertinentes para cubrir íntegramente el parto, sin restricciones ni graduaciones en proporción a los meses de embarazo.

De acuerdo con la tramitación del Recurso de Protección consagrado en el Auto Acordado, denominado Acta 94-2015<sup>5</sup>, se pidió un **informe a la Isapre**, quien, en síntesis, solicitó el rechazo íntegro del recurso de protección, alegando:

- que se trataría de una cuestión de índole contractual no susceptible de ser impugnada por esta vía (de protección),
- y, que no existe vulneración de las garantías constitucionales invocadas por la Recurrente, en atención a que ha obrado conforme a la normativa vigente. Aclara que la prohibición que establece la Superintendencia (2019) es posterior a la contratación inicial de la Sra. MP, con la Isapre (diciembre de 2018); sin embargo, dicha prohibición es posterior a la fecha en que la recurrente suscribió su plan original con cobertura restringida. Por ende, al momento en que ésta cambió de plan de salud (23 de mayo de 2024), ya se encontraba embarazada, por lo que se debe aplicar la graduación de cobertura proporcional

<sup>5</sup> [https://drive.google.com/file/d/1nSZFN-OnU\\_wbKJYWtqZXW\\_Bz7Cscv9t/view](https://drive.google.com/file/d/1nSZFN-OnU_wbKJYWtqZXW_Bz7Cscv9t/view)

según a la Circular N° 233.

- En cuanto a la discriminación, señala que ésta no es tal, toda vez que en todos los casos similares al de ella, se ha actuado de la misma forma, descartando así cualquier arbitrariedad.

La ltima Corte de Apelaciones de Santiago en su **resolución** de primera instancia razona en primer término delimitando el objetivo del recurso de protección y sus requisitos y fija el meollo de la controversia en *“la supuesta discriminación en la que incurre la Isapre recurrida, al otorgar cobertura reducida en lo que dice relación con las prestaciones de salud relacionadas al embarazo, desconociendo lo dispuesto en la Circular IF/N 334, de la Superintendencia de Salud, que comenzó a regir desde el 1 de diciembre de 2019 y que determinó que las Isapres no podrán comercializar y/o suscribir planes con cobertura reducida de parto.”*

La Circular 334 de 2019, la Intendencia de Fondos y Seguros Previsionales de Salud, señala sobre las prestaciones del parto

*“I.- Introducción:*

*El embarazo es un estado fisiológico transitorio que la mujer vive en el contexto del proceso de reproducción humana, que culmina con el parto, y cuya forma de aplicación de la cobertura la ley previó expresamente.*

*En tal sentido, el D.F.L. N° 1 de 2005 de Salud, contiene una norma especial en su artículo 194, que obliga a las Isapres a dar cumplimiento a lo señalado en el Libro II, del mismo cuerpo legal, en lo relativo a la protección del Estado a la mujer durante el embarazo y hasta el sexto mes del nacimiento del hijo. A su vez, su artículo 139, contenido en el mentado Libro, refiere que esas atenciones*

*comprenden el control del embarazo y puerperio; que la atención del parto incluye la 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.*

*Sobre las obligaciones que recaen en las Isapres, el Tribunal Constitucional ha señalado que los particulares no sólo pueden coadyuvar con el Estado en su deber de garantizar el derecho fundamental a la protección de la salud, lo que se halla en plena armonía con el principio de subsidiariedad que reconoce la Carta Fundamental, sino que, además, las Isapres, al hacerlo*

*con relación a sus afiliados, se sitúan en un plano análogo al de su titular originario, el Estado.*

*Respecto al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el num. 12 del artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, promulgada por Decreto 789 de 1989, del Ministerio de Relaciones Exteriores, obliga a los Estados Partes garantizar a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el periodo posterior al parto.*

*Consecuentemente, existiendo una regla especial de protección hacia la maternidad, no resulta aplicable la norma general contenida en el artículo 190 del D.F.L. N°1, por lo que las Isapres están impedidas de otorgar a las prestaciones del embarazo y las asociadas a éste, una cobertura distinta a la que el plan le otorga a las prestaciones genéricas correspondientes o inferior a la que da el Libro II para los beneficiarios del sistema público, cuestión que motiva las presentes instrucciones.*

## *II. Objetivo*

*Asegurar que las futuras beneficiarias de los nuevos contratos de salud - ya sea en calidad de titular o de carga- cuenten con la cobertura general del plan complementario de salud al cual están adscritas para las prestaciones asociadas a la atención del parto, sin restricciones de ningún tipo”.*

*La misma Circular a continuación reglamenta la “Prohibición de suscribir Planes con cobertura reducida de parto. A contar del 1 de diciembre de 2019, las Isapres no podrán comercializar y/o suscribir planes complementarios de salud que contemplen para las prestaciones relacionadas con el parto una cobertura inferior a la convenida para el resto de las prestaciones del plan o inferior a la que da el libro II para los beneficiarios del sistema público, la que comprende asistencia médica curativa que contiene 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”.*

*La Corte razona distinguiendo dos razones para entender “que tal prohibición no rige sólo para los nuevos planes de salud que se suscriban. El primero y más importante, está dado justamente por las propias consideraciones que la autoridad tuvo en vista a la hora de*

implementar tal modificación” y que dice relación con las obligaciones del estado al suscribir tratados internacionales que eviten discriminaciones contra la mujer.

Por otro lado, el Estado entiende que es una prohibición general, desde la entrada en vigor de dicha Circular, por tanto, ningún contrato –nuevos o vigentes a esa época- puedan contener la limitación de cobertura respecto del embarazo y parto y no sólo porque se trata de contratos de tracto sucesivo, sino porque más importante aún, atendida la naturaleza de seguridad social de las normas que gobiernan los contratos de salud, las que son de orden público y, en consecuencia, rigen in actum.

Por tanto y tras lo razonado el Tribunal acoge el requerimiento y ordena a la recurrida que ***“deberá dar estricta e inmediata aplicación de la Circular N° 334 del 16 de septiembre de 2019, realizando los ajustes respectivos, a dicho sefectos, al contrato de salud de la recurrente”***.

Que tras lo expuesto en cuanto a las alegaciones hechas por la Requirente el informe evacuado por la Recurrida (Isapre) y lo resuelto por la Corte, si bien está última hace un análisis desde la reglamentación nacional en cuanto a las normas administrativa (Circulares número 233 y 3334 del año 2019) unidas a la normativa internacional que dice relación con la no discriminación hacia la mujer y protección a la mujer embarazada.

Al leer este fallo quise continuar con el análisis con el fin de dar más sustentación a la situación descrita por la requirente dada la riqueza normativa con la que contamos, entendiendo, que la carga de trabajo del aparataje judicial no siempre permite cubrir la gama legal.

Chile ha suscrito diversos tratados internacionales en materia de derechos humanos en especial lo que dicen protección con la infancia, la familia y la mujer. Asimismo, cabe destacar a nivel constitucional, en el artículo 1°, el reconocimiento a la familia como núcleo fundamental de la sociedad el derecho a la salud lo que también se encuentra consagrados en instrumentos internacionales al igual que la integridad física.

De la misma manera se debe considerar fallos de la Corte Interamericana de derechos Humanos que sancionó a Chile, justamente por no dar cumplimiento a las obligaciones internacionales en cuanto a la protección de salud de una niña por un actuar irregular de una Isapre.

En cuanto a la normativa de origen internacional cabe tener presente la Convención de Derechos del Niño que en su preámbulo reconoce y promueve “el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad” y en su párrafo noveno

reconoce la debida protección legal de los niños, tanto antes como después del nacimiento.

Por otra parte el Pacto de derechos Civiles Sociales y Económicos en su artículo 23 y el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales en su artículo 10; reconoce a la familia como núcleo fundamental de la sociedad y como tal merece protección y por consecuencia el derecho a la salud y el acceso a ésta es un elemento fundante para su amparo.

En cuanto a la normativa del sistema universal de derechos humanos, existe legislación específica de protección y no discriminación hacia la mujer la Cedaw (Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que forma parte de nuestro ordenamiento desde el año 1989) y así se expresa en el artículo 12 específicamente en lo respecta a la salud. Y desde un punto de vista interamericano Chile también forma parte de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o “convención de Belm do Para” desde el año 1996 aunque fue publicada dos años más tarde, donde se insta por su propia protección y al de su familia (art 4 letra e) la igualdad ante la ley (4 letra f) y se le reconoce el pleno ejercicio de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales (art 5).

En cuanto a la jurisprudencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el fallo de fecha 01 de octubre de 2021 llamado caso Vera Rojas y otros vs. Chile<sup>6</sup>; los hechos: Martina Vera Rojas nació el 12 de mayo de 2006. La niña junto a sus padres vivían en Arica. En 2007, Martina fue diagnosticada con el “*Síndrome de Leigh*”, una enfermedad progresiva que genera secuelas neurológicas y musculares graves. La niña contaba con contrato de salud con la Isapre Masvida con una “cobertura especial para enfermedades catastróficas” (en adelante, CAEC). Este seguro permitió que Martina tuviera acceso a un “régimen de hospitalización domiciliaria”.

En octubre de 2010, Isapre MasVida envió una carta a la familia Vera para comunicarle el termino de las atenciones domiciliarias, en virtud de la Circular IF/N.º 7 de la Superintendencia de Salud, se excluían los tratamientos de enfermedades por tanto ante alguna complicación se designaba como prestador al Hospital de Arica. La familia reclamó ante la Superintendencia de Salud, y posteriormente ante la Corte de Apelaciones de Arica, que fue resuelto a su favor. Isapre apeló la decisión y la Corte Suprema de Justicia revocó la decisión de la Corte de Apelaciones de Arica.

Ante el rechazo del recurso de protección, los padres iniciaron una solicitud de medidas

---

<sup>6</sup> [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen\\_439\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_439_esp.pdf)

cautelares ante la Comisión Interamericana. Además, formularon una denuncia ante la Superintendencia de Salud. En abril de 2012, la jueza árbitro que conoció del caso resolvió a favor de la reinstalación de la hospitalización domiciliaria y ordenó el pago de los gastos que no había sido cubiertos por la aseguradora.

La Corte razona en el sentido que, si bien existen prestaciones que pueden ser dadas por los particulares, hay ciertas prestaciones que aunque sean otorgadas por privados, no puede el Estado desentenderse de ellas, porque conlleva la protección de derechos fundamentales en especial cuando las prestaciones de salud que resultan fundamentales para la vida e integridad de una persona, como lo es Martina, dada su especial situación de vulnerabilidad.

Si bien, aquí se trata de una niña con una patología, lo cierto, que el caso que nos convoca se describe la decisión unilateral de la Isapre de aplicar una normativa en sentido estricto con criterio puramente economista sin atender a la función básica de una Isapre que es la de dar cobertura sanitaria ante los requerimientos de las personas que son sus usuarias.

Que por todo lo expuesto, si bien la ltima Corte de Apelaciones de Santiago, ordenó a la Isapre Consalud adecuar las prestaciones a la Sra. MP sin deducciones proporcionales en atención a la igualdad ante de la ley y la no discriminación, sin embargo, a mi juicio también se debió considerar dentro de la fundamentación el derecho a la salud y la protección al niño o niña por nacer y el rol fundamental que le cabe al Estado al momento de permitir la participación de privados en la prestación de derechos fundamentales como es el de la salud y en el caso particular, el de una mujer embarazada lo que conlleva una serie de categorías sospechosas y por tanto requiere de una protección reforzada.

Cabe agregar que durante la tramitación del recurso se solicitó la designación de un Curador ad litem para la representación del hijo por nacer en especial dada la cercanía del nacimiento. La Corte no lo estimó necesario por estar “debidamente representado los derechos con la Requirente” Me parece que la Corte incurre en un error, toda vez que la sra. MP, actuaba por si, sin asesoría letrada, se encontraba próxima a la fecha del parto y la legislación chilena establece que en los procedimiento que estén involucrados derechos de NNA deben contar con su propia representación, si bien aquí se trata de un niño por nacer, esta situación muestra, aún más, una situación de vulnerabilidad.

Al momento de redactar este artículo, la sentencia dictada por la ltima. Corte de Apelaciones de Santiago, se encuentra firme y la hija de la sra. MP nació en perfectas condiciones.

