

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE LA SANTÍSIMA CONCEPCIÓN

FACULTAD DE DERECHO



Desafiliación por enfermedad preexistente ¿cláusula abusiva del contrato de salud?

TESINA PRESENTADA COMO REQUISITO PARA OPTAR AL GRADO
ACADÉMICO DE LICENCIADO EN DERECHO

Alumno: Rodrigo Andrés Díaz Godoy.

Profesor: José Antonio Santander Gidi.

CONCEPCIÓN – CHILE

2016

ÍNDICE.

Antecedentes generales y surgimiento del problema.....	3
Problema de investigación.....	4
Pregunta de investigación.....	4
Objetivo general.....	4
Objetivo específicos.....	4
Justificación de la investigación.....	5
CAPÍTULO I: Sistema Privado de Salud, generalidades.	
Marco constitucional.....	6
Instituciones de Salud Previsional (ISAPRES).....	8
Contrato de Salud.....	9
CAPÍTULO II: Desafiliación por preexistencia como clausula del contrato de salud.	
Generalidades.....	15
Análisis de la definición legal de enfermedad preexistente.....	16
Derechos de la Isapre por la no declaración de una enfermedad preexistente.....	17
Derechos del afiliado por la no declaración de una enfermedad preexistente.....	19
CAPÍTULO III: Desafiliación por preexistencia y su relación con la buena fe y las garantías Constitucionales.	
Buena fe en la declaración de salud.....	20
Derecho a la vida y la clausula de desafiliación por enfermedad preexistente.....	23
Derecho a la salud y la clausula de desafiliación por enfermedad preexistente.....	25
Derecho a la integridad física y psíquica y la clausula de desafiliación por enfermedad Preexistente.....	26
Derecho de propiedad y la clausula de desafiliación por enfermedad preexistente.....	27
CAPITULO IV: Análisis jurisprudencial.	
Caso 1.....	30
Caso 2.....	34
CONCLUSIÓN.....	37
BIBLIOGRAFÍA.....	39

Antecedentes generales y surgimiento del problema.

La Constitución de la República de Chile en su artículo 19 número 9 inciso 5, otorga el derecho a las personas a elegir el sistema de salud a la cual se suscribirán siendo este estatal o privado. Cuando se elige el sistema privado de salud, se debe celebrar un contrato entre el afiliado y el organismo privado. Este contrato así como también la regulación del sistema privado de salud administrado por las Instituciones de Salud Previsional, se encuentran regulados por el Decreto con Fuerza de Ley número 1, del Ministerio de Salud que fija texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley numero 2.763, de 1979 y de las leyes n° 18.933 y n°18.469. Publicada el veinte y cuatro de mayo del dos mil seis. Es en virtud de este contrato que se plantea el siguiente trabajo ya que entre sus particularidades se encuentra el derecho que tiene la institución de desafiliar por la circunstancia de no haber declarado en su oportunidad una enfermedad preexistente, es producto del uso de esta clausula que el afectado recurre de protección ante las Ilustrísimas Cortes de Apelaciones de nuestro país invocando como argumento una vulneración a sus derechos consagrados en la Constitución especialmente a su derecho a la vida y a la propiedad, por su parte las ISAPRES que son las generalmente las recurridas invocan en su defensa que está actuando dentro de las prerrogativas que la propia ley les entrega.

Es así como se produce un conflicto de intereses entre las garantías Constitucionales que protegen al usuario y el ámbito contractual manifestado en el contrato de salud, que se encuentra expresamente regulado por nuestra legislación y contempla en forma expresa la posibilidad de desafiliar a un determinado usuario por no haber declarado una enfermedad preexiste en su declaración de salud. Bajo estas premisas planteamos el siguiente trabajo que tendrá por objeto determinar si esta clausula es de aquellas que debemos considerar como abusivas del contrato de salud.

Problema de investigación.

En base a lo antes planteado surge la necesidad de analizar en forma objetiva si la clausula de desafiliación por enfermedad preexistente, vulnera los derechos de los afiliados, en base a ello determinar si constituye una clausula abusiva del contrato de salud, teniendo en especial consideración que este contrato es de aquellos que la ley clasifica como de adhesión.

Pregunta de investigación.

Desafiliación por enfermedad preexistente ¿clausula abusiva del contrato de salud?

Objetivo general.

Considerando que la clausula de desafiliación por preexistencia es una clausula de tipo legal establecida en el articulo 190 número 6 en relación con el articulo

201 número 1, ambas normas del Decreto con Fuerza de Ley número 1, del año 2005, del Ministerio de Salud. El objetivo de este trabajo es develar si esta clausula es abusiva en perjuicio del afiliado, considerando los derechos de este y las facultades legales de las Isapres.

Objetivos específicos.

- a) analizar si la desafiliación por enfermedad preexistente es una clausula abusiva del contrato de salud
- b) analizar el rol de la buena fe del afiliado en la declaración de salud, y como esta es determinante para establecer las condiciones en que se celebrara el contrato de salud.
- c) Analizar si el uso de la clausula de desafiliación por preexistencia vulnera la garantía constitucional del derecho a la vida del afiliado o sus cargas legales o medicas que sean beneficiarias del contrato de salud.
- d) Analizar si el uso de la clausula de desafiliación por preexistencia vulnera la garantía constitucional del derecho a la propiedad del afiliado.

- e) Conocer el criterio jurisprudencial en orden al conflicto que se produce entre las Isapres y los afiliados por el uso de la clausula de desafiliación por preexistencia.

Justificación de la investigación.

Teniendo en cuenta que la mayoría de los conflictos generados entre usuarios y las Isapres son debido a alzas de precios en los planes de salud, un porcentaje no menor de ellos son producto del uso de la clausula de desafiliación por enfermedad preexistente. Según las estadísticas del Poder Judicial, los recursos de protección presentados por los usuarios contra las Isapres registraron un alza de 84%, llegando a un total de 99.521 causas, en un sistema que bordea los 3,2 millones de beneficiarios¹, estos datos se dieron a conocer durante el año 2015. Es en este punto donde se plantea el siguiente trabajo que tiene por objeto analizar la clausula de desafiliación por enfermedad preexistente vulnera las garantías Constitucionales del derecho a la vida y del derecho a la propiedad, y del mismo modo analizar el rol de la buena fe del afiliado en su declaración de salud que constituye un instrumento determinante para establecer el costo del plan de salud. Teniendo en cuenta que una gran parte de nuestra población son beneficiarias del sistema privado de salud, es por esto que el Estado debe regular que este contrato sirva para otorgar en forma eficiente el acceso a la salud de estos afiliados además de procurar por la equidad contractual entre las partes que no se encuentran en la misma posición para negociar, en base a ello es que este trabajo tiene por objeto establecer si la desafiliación por preexistencia es una clausula abusiva del contrato de salud.

¹ ZANETTA, Rosario, *Problemas de recursos*. [en línea]. Revista Que Pasa. Febrero 19, 2015 [fecha de consulta: 25 de septiembre del 2016]. Disponible en web: <http://www.quepasa.cl/articulo/negocios/2015/02/16-16288-9-problemas-de-recursos.shtml/>

CAPÍTULO I: Sistema Privado de Salud, generalidades.

1.- Marco Constitucional

Nuestra actual Constitución fue publicada en el Diario Oficial el 24 de octubre del 1980 entrando en vigencia el 11 de marzo de 1981, a contar de esa fecha se han realizado varias modificaciones siendo la más importante la realizada en el gobierno de Ricardo Lagos Escobar, y su última actualización es producto de la Ley N° 20.870, del 16 de noviembre de 2015.

La Constitución de la Republica de Chile está estructurada en base a capítulos, siendo importante para el desarrollo de este trabajo el Capítulo III que lleva como nombre “DE LOS DERECHOS Y DEBERES CONSTITUCIONALES” estos derechos y deberes son inherentes al ser humano, pertenecen a toda persona en razón de su dignidad. Dentro de este capítulo III de la Constitución nos encontramos con el artículo 19 que asegura a todas las persona un catalogo de derechos, sin perjuicio que existen otros no enumerados en este articulo, la misma carta fundamental nos entrega mecanismos procesales para que judicialmente se puedan hacer efectivas estas garantías, los cuales son el recurso de protección (artículo 20) y el recurso de amparo (artículo 21).

Para estudiar este capítulo nos basaremos en la clasificación de los derechos fundamentales que realiza Don Enrique Evans De La Cuadra² el cual menciona que desde el punto de vista jurídico, los derechos pueden agruparse en los siguientes grupos:

- a) Derechos de la personalidad: derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, protección de la vida del que esta por nacer (artículo 19 N°1); derecho a fundar una familia (artículo 1 inciso 2); derecho a la privacidad y a la honra (artículo 19 N° 4); derecho a la inviolabilidad del hogar y de las comunicaciones privadas (artículo 19 N°5); derecho a la nacionalidad (artículo 10).

² EVANS DE LA CUADRA, Enrique, “*Los Derechos Constitucionales*”. Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1986, p. 28 Y 29.

- b) Derechos del pensamiento libre: libertad de conciencia, creencias y de culto (artículo 19 N°6); libertad de enseñanza y de cátedra (artículo 19 N°11); libertad de opinión y de información (artículo 19 N° 12); derecho de petición (artículo 19 N°14).
- c) Derechos de la seguridad jurídica: igualdad ante la ley (artículo 19 N°2); igual en el ejercicio de los derechos e igualdad ante la justicia (artículo 19 N°3); libertad personal y derecho a la seguridad individual (artículo 19 N°7); igualdad en la admisión a empleos y funciones públicas (artículo 19 N°17); libre ejercicio de los derechos (artículo 19 N° 26)
- d) Derechos patrimoniales: derecho a la libre actividad económica y derecho a la libre adquisición de bienes (artículo 19 N° 21 y 23); derecho a no ser discriminado por las autoridades económicas (artículo 19 N°24); derecho sobre las creaciones intelectuales, artísticas e industriales (artículo 19 N° 25).
- e) Derechos del desarrollo en el medio social: derecho a un medio ambiente libre de contaminación (artículo 19 N°8); derecho a la salud (artículo 19 N°9); derecho a la educación (artículo 19 N°10); derecho de reunión (artículo 19 N°13); derecho de asociarse (artículo 19 N°15); libertad de trabajo (artículo 19 N°16); derecho a la seguridad social (artículo 19 N°18); y derecho a la sindicación (artículo 19 N°19).

Nuestro trabajo se desarrolla sobre la base de los derechos del desarrollo en el medio social según la clasificación antes mencionada y en particular sobre el derecho a la salud consagrado en el artículo 19 N°9 de nuestra carta fundamental. Dicho precepto contempla además de la protección a la salud derechos como el respeto a la vida; acceso a los servicios de salud; a participar sobre las decisiones sobre su salud; a conocer la verdad sobre su salud; a que ninguna norma hospitalaria le prive de los beneficios de salud; a un trato digno y a una mejor y buena atención médica³.

El presente trabajo se funda en el derecho que otorga el artículo 19 número 9 inciso final de nuestra carta fundamental, en virtud del cual cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de

³ QUINZIO FIGUEIREDO, Jorge, *Tratado de Derecho Constitucional, tomo II*, Editorial LexisNexis, Santiago de Chile, 2006, p.173.

salud al que desee acogerse, sea este estatal o privado. Así cuando se opta por el sistema estatal, el organismo público encargado de otorgar la respectiva cobertura de atención en salud, recibe el nombre de Fondo Nacional de Salud (Fonasa). Ahora si la elección es el sistema privado de salud el organismo encargado de otorgar la respectiva cobertura de atención en salud, son las denominadas Instituciones de Salud Previsional (Isapres).

La afiliación al sistema estatal de salud es automática, cuando eres trabajador dependiente, es decir, con contrato de trabajo; a diferencia del sistema privado donde la afiliación requiere la suscripción de un contrato, sujeto a determinadas normas y condiciones atendida su naturaleza que son supervigiladas por la Superintendencia de Salud. Cuando se trata de la primera incorporación, previo a la suscripción del contrato, se deberá completar la Declaración de Salud, que es documento que será sometido a la evaluación de la Contraloría Médica de la Isapre, la que podrá establecer limitaciones a la cobertura de determinadas patologías preexistentes, e incluso rechazar la incorporación de una persona como nuevo afiliado por tales motivos⁴. Para desarrollar el tema que trataremos en la presente tesina es necesario hacer referencia a las Instituciones de Salud Previsional, en adelante ISAPRES.

2.- Instituciones de Salud Previsional (ISAPRES).

Las Instituciones de Salud Previsional fueron creadas por mandato de la Constitución en virtud del artículo 19 número 9 inciso final, así se promulgo el decreto con fuerza de ley número 3 de 1981, del ministerio de salud que fijaba normas para el otorgamiento de prestaciones y beneficios de salud, por instituciones de salud previsional. Este decreto fue modificado por la ley 18933. Siendo hoy en día la normativa vigente el Decreto con Fuerza de Ley número 1, del Ministerio de Salud que fija texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley número 2.763, de 1979 y de las

⁴ Superintendencia de Salud. Gobierno de Chile, ¿fonasa o Isapre? (en línea), Santiago de Chile, (fecha de consulta: 15 de septiembre de 2016). Disponible en <http://www.supersalud.gob.cl/difusion/572/w3-printer-6444.html>

leyes n° 18.933 y n°18.469. Promulgado el 23 de septiembre del año 2005y publicada el 24 de mayo del 2006.

El objeto de las ISAPRES está contenido en el artículo 171 del D.F.L número 1, del Ministerio de Salud del año 2005 que señala “Las instituciones de Salud Previsional financiarán las prestaciones y beneficios de salud, con cargo al aporte de la cotización legal para salud o una superior convenida, a las personas que indica el artículo 135 de esta ley⁵”.

La persona que opte por el sistema privado de salud deberá manifestar su intención de hacerlo mediante la suscripción de un contrato de salud, el cual tiene sus particularidades que pasaremos a tratar.

3.- Contrato de salud.

Para precisar que entendemos por un contrato de salud hay que definir ambos conceptos entiendo por contrato lo que señala nuestro Código Civil en su artículo 1438 “contrato o convención es el acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte

⁵ Las personas enumeradas en el artículo 135 son: a) Los trabajadores dependientes de los sectores público y privado. Tratándose de personas que hayan efectuado cotizaciones, al menos, durante cuatro meses en los últimos doce meses calendario en virtud de contratos por obra o faena determinada, mantendrán la calidad de afiliados por un período de doce meses a contar del mes al que corresponde la última cotización. En todo caso, los trabajadores dependientes contratados diariamente por turnos o jornadas, que registren, al menos, sesenta días de cotizaciones en los doce meses calendario anteriores, mantendrán la calidad de afiliados durante los doce meses siguientes a aquel correspondiente a la última cotización; b) Los trabajadores independientes que coticen en cualquier régimen legal de previsión; c) Las personas que coticen en cualquier régimen legal de previsión en calidad de imponentes voluntarios, y d) Las personas que gocen de pensión previsional de cualquier naturaleza o de subsidio por incapacidad laboral o por cesantía.

Artículo 136.- Serán beneficiarios del Régimen: a) Los afiliados señalados en el artículo anterior; b) Los causantes por los cuales las personas señaladas en las letras a) y d) del artículo anterior perciban asignación familiar; c) Las personas que respecto de los afiliados señalados en las letras b) y c) del artículo anterior cumplan con las mismas calidades y requisitos que exige la ley para ser causante de asignación familiar de un trabajador dependiente; d) La mujer embarazada aun cuando no sea afiliada ni beneficiaria, y el niño hasta los seis años de edad, para los efectos del otorgamiento de las prestaciones a que alude el artículo 139; e) Las personas carentes de recursos o indigentes y las que gocen de las pensiones asistenciales a que se refiere el Decreto Ley N°869, de 1975; f) Los causantes del subsidio familiar establecido en la Ley N° 18.020, y g) Las personas que gocen de una prestación de cesantía de acuerdo a la ley N° 19.728 y sus causantes de asignación familiar.

puede ser una o muchas personas” y salud podemos conceptualizarlo como “la condición de todo ser vivo que goza de un absoluto bienestar tanto a nivel físico como a nivel mental y social”⁶. En base a estos conceptos y no teniendo una definición legal podemos definir que entendemos a nuestro juicio por contrato de salud diciendo que es un acto por el cual el afiliado decide enterar su cotización de salud al sistema privado representado por las instituciones de salud previsional, estableciendo derechos y obligaciones recíprocos.

Este contrato tiene las características de ser bilateral ya que supone la existencia de dos partes contratantes aun cuando sus efectos recaigan no solo en el cotizante sino que además en otras personas que no hayan sido parte del contrato como lo son las cargas legales del afiliado así como las cargas médicas que se pueden incorporar. Es oneroso porque tiene por objeto la utilidad de ambas partes contratantes gravándose cada uno a beneficio de la otra, en este contexto el afiliado se compromete a que su cotización obligatoria sea para las Isapres, y estas a cambio se comprometen a responder en la forma señalada en el contrato por las prestaciones medicas utilizadas por el cotizante y los beneficiarios que consten en el contrato de salud. Es principal por subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención. Y quizás la característica más relevante es que es un contrato de adhesión el cual se encuentra definido en la ley 19496 sobre protección de los derechos de los consumidores en su artículo 1 numero 6 “contrato de adhesión: aquel cuyas clausulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido”. También nos encontramos con que es un contrato tipo o nominado es decir de “aquellos que han sido expresamente reglamentados por el legislador en códigos o en leyes especiales”⁷.

Todo contrato está compuesto de clausulas y el contrato de salud no está exento de ello y presenta algunas particularidades, esto va ligado íntimamente con su carácter de contrato tipo o nominado,

⁶ Organización Mundial de la Salud (OMS), definición de salud (en línea). Edición 2012, editado por Julián Pérez Porto y María Merino, fecha de publicación año 2008 (consulta 20 de septiembre de 2016) disponible en <http://definicion.de/salud/>

⁷ López Santa María, Jorge. *Los contratos parte general*. Quinta edición actualizada por Fabián Elorriaga De Bonis. Santiago, Chile; editorial AbeledoPerrot, 2011.

ante lo cual la Superintendencia del ramo dispone que todo contrato deberá tener las siguientes condiciones mínimas obligatorias⁸.

- a) Lugar y fecha de celebración o modificación del contrato e individualización completa del afiliado y del representante de la Isapre. El hecho que figure en esta parte de la convención la identidad de quien tiene la representación general de la Institución de Salud, no impide que ésta sea asumida por un funcionario habilitado especialmente para la negociación, suscripción y/o modificación de los contratos de salud.
- b) Referencia a los documentos que forman parte del contrato: a) Condiciones Generales del Contrato de Salud; b) Plan de Salud Complementario; c) Declaración de Salud; d) Formulario Único de Notificación, en los términos definidos por la Superintendencia; e) El Arancel o nómina de prestaciones valorizadas de la Isapre, incluye el código de prestación, su nombre (o glosa) y su valor, este último expresado en pesos (\$) o Unidades de Fomento (UF). f) La Selección de Prestaciones Valorizadas; g) Las Condiciones de la Cobertura Adicional para Enfermedades Catastróficas en Chile; h) Las Condiciones para Acceder a la Cobertura de las Garantías Explícitas en Salud; i) Los Mecanismos de Otorgamiento de Beneficios Mínimos.
- c) Plan de Salud Se estipularán en forma clara y precisa las prestaciones y demás beneficios pactados.
- d) Beneficiarios.
- e) Prestaciones y beneficios
- f) Exclusiones y otras restricciones
- g) Precio del plan
- h) Arancel referencial

⁸ Superintendencia de Salud, Gobierno de Chile. Compendio de instrumentos contractuales (en línea). (consultado el 22 de septiembre de 2016) disponible en http://www.supersalud.gob.cl/normativa/571/articles-6676_recurso_1.pdf

- i) Revisión del contrato
- j) Obligaciones del cotizante
- k) Terminación del contrato

1.- Causales de término del contrato En los contratos de salud deberá contemplarse que éstos no podrán dejarse sin efecto durante su vigencia, salvo por algunas de las siguientes causales:

1.1.- Causales que puede invocar la Isapre a) Incumplimiento de las obligaciones del cotizante que consista en algunas de las situaciones enumeradas en el artículo 201 del D.F.L. N° 1. La causal contemplada en el N° 4 de dicho artículo será aplicable, en su caso, al conviviente civil. b) La extinción de la relación laboral podrá ser causal de término anticipado de los contratos que celebren las denominadas Isapres “cerradas”, sólo si se hubiere dejado establecido en ellos expresamente dicha circunstancia. Se entenderá por Isapre “Cerrada”, para estos efectos, las Instituciones de Salud Previsional, cuyo objeto sea financiar prestaciones preferentemente a los trabajadores de una determinada empresa o institución.

1.2.- Causales que puede invocar el afiliado a) Incumplimiento de las obligaciones de la Isapre. En este caso, en los contratos de salud se deberá establecer que para que el término del contrato surta pleno efecto, el incumplimiento tendrá que ser declarado por la Justicia Ordinaria o la Superintendencia de Salud a través del Intendente de Fondos y Seguros Previsionales de Salud, en su calidad de árbitro arbitrador. b) Desahucio voluntario del afiliado. En el contrato deberá consignarse la facultad legal del cotizante de ponerle término por desahucio, una vez transcurrido un año de vigencia de los beneficios contractuales, en la oportunidad que desee. Asimismo, se deberá expresar que para que el desahucio se lleve a efecto, bastará una comunicación escrita a la Institución de Salud, adjuntando las copias que sean necesarias para que la Isapre notifique a las entidades encargadas del pago de la cotización. Esta comunicación deberá presentarse a la Isapre con una antelación de, a lo menos, un mes al cumplimiento del primer año de beneficios contractuales o de la fecha posterior en que se hará efectiva. La terminación se producirá el último día del mes siguiente a la fecha de presentación de la carta de desafiliación. Esta causal también

podrá ser invocada por los afiliados, en el evento que se eliminen los beneficios adicionales de los planes de tipo grupal. c) El consentimiento mutuo de los contratantes. La terminación del contrato por acuerdo de las partes se materializará mediante la suscripción de un documento donde conste inequívocamente la intención de ponerle término al contrato. Para tal efecto, las partes podrán utilizar la carta de desafiliación debidamente autorizada por la Isapre. En todo caso, la terminación del contrato por mutuo acuerdo, producirá plenos efectos el primer día del mes subsiguiente de suscrita la carta correspondiente, salvo acuerdo expreso en contrario. Excepcionalmente, a petición expresa del cotizante y para regularizar su situación ante el Fondo Nacional de Salud, las partes podrán poner término al contrato por mutuo acuerdo, con efecto retroactivo, a contar del primer día del mes siguiente a aquél en que la Isapre recibió la última cotización de salud. El señalado procedimiento de excepción, procederá respecto de aquellas personas que habiendo suscrito un contrato de salud con una Isapre, han dejado, por un lado, de enterar cotizaciones en dicha institución, y por otro, de recibir prestaciones de ella, sin haber puesto término a la relación contractual, dándose la circunstancia, además, que se encuentran actualmente cotizando en el Fondo Nacional de Salud.

1.3.- Otras causales a) Cesantía. b) Cierre del registro de la Isapre. Por efecto de la resolución que ordena la cancelación del registro de la Isapre, cuando ésta quedare ejecutoriada. c) Muerte del afiliado o afiliada. d) Pérdida de la relación laboral con una empresa. e) Desafiliación con ocasión de la entrada en vigencia de las Garantías Explícitas en salud.

- l) Fiscalización y arbitraje
- m) Fecha y firma de los contratantes.
- n) Declaración de salud.

Esta última mención es la que merece atención en conformidad con nuestro trabajo La Declaración de Salud es un documento que forma parte del contrato, es independiente de los demás instrumentos del mismo y su contenido único y formato indivisible son obligatorios para las Isapres. En la Declaración de Salud se deben registrar fidedignamente por el afiliado las

preexistencias, entendiéndose por tales, aquellas enfermedades, patologías o condiciones de salud que hayan sido conocidas por el afiliado y diagnosticadas médicamente con anterioridad a la suscripción de contrato o de la incorporación del beneficiario en su caso, como también los demás antecedentes de salud que solicite la Isapre. Asimismo, sólo en este documento se podrán establecer las condiciones particulares pactadas respecto de cada beneficiario al momento de su incorporación a la Isapre, dejando constancia expresa de lo dispuesto en el inciso 1° del artículo 190 del D.F.L. N° 1. Dicho documento es único y exclusivo para fijar las condiciones particulares de otorgamiento de beneficios, cualquiera sea su naturaleza, debiendo utilizarse sólo con ocasión de la suscripción del contrato o de la incorporación del beneficiario si procediere. La Declaración de Salud deberá ser escrita de modo claramente legible, con un tamaño de letra no inferior a 2,5 milímetros. Se entiende que las Isapres que no utilizan la Declaración de Salud renuncian a la posibilidad de restringir la cobertura o de poner término al contrato por la omisión de alguna enfermedad o condición de salud preexistente.

Capítulo II: Desafiliación por preexistencia como cláusula del contrato de salud.

1.- Generalidades.

Según como hemos ido señalando en el transcurso de este trabajo nos propusimos analizar la cláusula de desafiliación por preexistencia y si esta constituye o no una norma abusiva, para entrar de lleno en esta materia es necesario señalar donde encuentra su fundamento legal, el cual como lo dijimos anteriormente tiene su fuente en el artículo 190 del D.F.L N° 1, del Ministerio de Salud, del año 2005. El cual señala en su primer inciso que condiciones de contratación no pueden formar parte del contrato de salud, las Isapres que contravengan serán sancionadas con la ineficacia de aquellas cláusulas que se tendrán por no escritas. Estas cláusulas son las siguientes:

A) la Isapre no podrá estipularse un plan complementario en el que se pacten beneficios para alguna prestación específica por un valor inferior al 25% de la cobertura que ese mismo plan le confiera a la prestación genérica correspondiente. B) las prestaciones no podrán tener una bonificación inferior a la cobertura financiera que el Fondo Nacional de Salud asegura, en la modalidad de libre elección, a todas las prestaciones contempladas en el arancel a que se refiere el artículo 31 de la Ley N° 19.966, que establece el Régimen General de Garantías en Salud. C) no podrán convenirse exclusión de prestaciones. Pero la misma disposición contempla casos excepcionales y procede a enumerarlos⁹, para efectos del tema que desarrollamos nos interesa en particular el numerando 6 el cual se refiere a la exclusión de una determinada prestación por enfermedades o condiciones de salud preexistentes no declaradas, salvo que se acredite justa causa de error. En relación a esta norma cuando no se le da cumplimiento faculta a la Isapre a

⁹ La enumeración a la cual hacemos referencia es la que sigue: 1.- Cirugía plástica confines de embellecimiento u otras prestaciones con el mismo fin. 2.- Atención particular de enfermería, salvo que se trate de prestaciones que se encuentren en el arancel de prestaciones de la Modalidad de Libre Elección a que se refiere el Libro II de esta Ley; 3.- Hospitalización con fines de reposo; 4.- Prestaciones cubiertas por otras leyes hasta el monto de lo cubierto. A solicitud del afiliado, la Institución de Salud Previsional deberá cobrar el seguro de accidentes del tránsito a que se refiere la Ley N° 18.490 directamente en la Compañía de Seguros correspondiente; 5.- Las que requiera un beneficiario como consecuencia de su participación en actos de guerra; 6.- Enfermedades o condiciones de salud preexistentes no declaradas, salvo que se acredite justa causa de error. 7.- Prestaciones otorgadas fuera del territorio nacional; 8.- Todas aquellas prestaciones y medicamentos, en este último caso de carácter ambulatorio, no contemplados en el arancel a que se refiere la letra e) del artículo 189.

poner término al contrato de salud en los términos del artículo 201 número 1 del D.F.L N°1, del Ministerio de Salud, del año 2005, produciéndose de esta manera la desafiliación del usuario.

2.- Análisis de la definición legal de enfermedad preexistente.

Para precisar conceptos la misma norma en comento nos entrega una definición de que debemos entender por enfermedad preexiste diciendo al efecto “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” (artículo 190 N°6 inciso 2, D.F.L N°1, del Ministerio de Salud del 2005). Es necesario precisar el alcance de las palabras del legislador en esta definición primero que es una preexistencia según lo dispone la Real Academia de la lengua Española, preexistente, viene del adjetivo que preexiste, utilizando el verbo intransitivo sería existir con anterioridad, o realmente, o con antelación de naturaleza u origen. Por enfermedad precisaremos la definición que nos entrega la Organización Mundial de la Salud (OMS), la cual entiende que enfermedad es una “Alteración o desviación del estado fisiológico en una o varias partes del cuerpo, por causas en general conocidas, manifestada por síntomas y signos característicos, y cuya evolución es más o menos previsible”¹⁰. Se hace referencia también a patologías que se pueden conceptualizar como la rama de la medicina que se ocupa del estudio de las enfermedades. Comprende principalmente la búsqueda de sus causas, de sus factores desencadenantes o de los factores que las favorecen así como del pronóstico, con el objetivo final de entender mejor manera cómo tratarlas y también de prevenirlas. Sin embargo hoy en día la el término, se ha ampliado y se ha convertido en sinónimo de enfermedad¹¹. Quizás la frase que a nuestro juicio genera mas controversia es “diagnosticada médicamente”, como debemos entender

¹⁰ El Blog de la Salud, Definición de enfermedad según la OMS y concepto de salud (en línea). Edición 2014, fecha de publicación 24 de noviembre del 2014 (consulta 25 de septiembre de 2016) disponible en <http://www.elblogdelasalud.es/definicion-enfermedad-segun-oms-concepto-salud/>

¹¹ CCM Salud, Patología-definición (en línea). fecha de publicación septiembre del 2015 (consulta 25 de septiembre de 2016) disponible en <http://salud.ccm.net/fag/10221-patologia-definicion>.

frase, para analizarla hemos decidido definir ambos conceptos en forma conjunta diagnosticar medicamente es determinar el carácter de una enfermedad mediante el examen de sus signos¹².

Luego de comprender el significado de las palabras que componen la definición de enfermedad preexistente, cabe concluir que la condición de salud debe ser medicamente diagnosticada esto es que se haya conocido por el beneficiario pero no de cualquier forma o por cualquier medio es necesario que un facultativo le haya informado de una determinada condición de salud que afecte a él o a sus cargas legales o medicas. Y este conocimiento debe tenerlo el afiliado antes de la suscripción del contrato de salud o a la incorporación de un beneficiario. Si se ha diagnosticado una enfermedad se debe informar en la declaración de salud correspondiente ya que en virtud de ella se fijaran las condiciones de contratación. Si no se declaran estas enfermedades preexistentes tanto la Isapre como el afiliado poseen ciertos derechos que pasaremos a analizar.

3.- Derechos de la Isapre, por la no declaración de una enfermedad preexistente.

Antes de suscribir el contrato de salud el suscriptor deberá realizar una Declaración de Salud, en la cual deberá declarar fidedignamente la circunstancia de tener conocimientos de enfermedades medicamente diagnosticadas, con anterioridad a la suscripción del contrato o a la incorporación de un beneficiario. Esta La Declaración de Salud forma parte esencial del contrato; sin embargo, la falta de tal declaración no lo invalidará, pero hará presumir de derecho que la Institución de Salud Previsional renunció a la posibilidad de restringir la cobertura o de poner término a la convención por la omisión de alguna enfermedad o condición de salud preexistente.

Si el afiliado omitió una enfermedad preexiste en su declaración de salud deberá probar su justa causa a error. Ahora si derechamente el afiliado no declaro la enfermedad medicamente diagnosticada y de la cual tenía pleno conocimiento, el artículo 190 número 6 inciso final del D.F.L. N°1, del Ministerio de Salud, del año 2005, contempla una presunción de mala fe en caso de que la

¹² Real Academia Española, Diccionario de la lengua Española, Edición del Tricentenario (en línea). vigesimotercera edición. Publicada en octubre de 2014 (consultada el 26 de septiembre del año 2016) disponible en <http://dle.rae.es/?id=De7qNYD>.

Institución probare que la patología o condición de salud preexistente requirió atención médica durante los antedichos cinco años y el afiliado a sabiendas la ocultó a fin de favorecerse de esta disposición legal. En estos casos, la Institución de Salud Previsional podrá poner término al contrato, en los términos señalados en el artículo 201, del mismo cuerpo legal. La presunción de mala fe señalada anteriormente reviste el carácter de ser simplemente legal, esto quiere decir que admite prueba en contrario, bajo estas circunstancias le es lícito al suscriptor del contrato probar que no actuó de mala fe.

En virtud del ya mencionado artículo 201, el ente privado, es decir, la Isapre puede poner término al contrato de salud, cuando el cotizante incurra en alguno de los siguientes incumplimientos contractuales. Artículo 201 número 1 "Falsear o no entregar de manera fidedigna toda la información en la Declaración de Salud, en los términos del artículo 190, salvo que el afiliado o beneficiario demuestren justa causa de error". La sola omisión de una enfermedad preexistente no dará derecho a terminar el contrato, la Isapre deberá probar dos cosas para poder ejercer este derecho a saber:

- a) Que la omisión le causa perjuicios.
- b) Y de haber conocido la enfermedad no hubiera contratado.

La facultad que tiene la Institución de Salud Previsional de poner término al contrato de salud demostrando las circunstancias anteriormente mencionadas se entiende sin perjuicio de su derecho a aplicar la exclusión de cobertura de las prestaciones originadas por las enfermedades preexistentes no declaradas.

Para poder ejercer esta prerrogativa de dar por terminado el contrato de salud junto con el hecho de probar los perjuicios y la circunstancia de haber conocido la enfermedad no hubiera contratado, es menester cumplir ciertos requisitos de forma, que a continuación precisaremos. Primero que debe hacer la Isapre es comunicar por escrito la decisión al cotizante de poner término al contrato de salud, caso en el cual los beneficios, con excepción de las prestaciones derivadas de enfermedades preexistentes no declaradas, seguirán siendo de cargo de la Institución, hasta el

término del mes siguiente a la fecha de su comunicación o hasta el término de la incapacidad laboral, en caso de que el cotizante se encuentre en dicha situación y siempre que este plazo sea superior al antes indicado. Lo anterior, sin perjuicio de la estipulación precisa de las exclusiones, si las hubiere. Segundo, una vez recibida la comunicación el afiliado puede reclamar de esta ante la Superintendencia de Salud, el plazo para hacerlo será el mismo que se dé para los beneficios señalados en el punto anterior. Tercero, este derecho que posee la Isapre precluye en el plazo de noventa días, que se contarán desde el momento que la Institución de Salud Previsional haya recibido los antecedentes clínicos que demuestren el carácter preexistente de la patología.

4.- Derechos del afiliado, por la no declaración de una enfermedad preexistente.

El afiliado por la simple omisión de una enfermedad preexistente en la declaración de salud, no dará derecho a Institución de Salud Previsional a terminar el contrato, salvo que demuestre que la omisión le causa perjuicios y que, de haber conocido dicha enfermedad, no habría contratado.

Ahora hay que mencionar que no dará lugar a la exclusión de la prestación de salud que sea a causa de una enfermedad preexiste así como también sería improcedente la terminación del contrato de salud por la misma causal, cuando el cotizante demuestre que:

- a) La omisión se debió a justa causa de error.
- b) O que haya transcurrido un plazo de cinco años, contado desde la suscripción del contrato o desde la incorporación del beneficiario, en su caso, sin que el beneficiario haya requerido atención médica por la patología o condición de salud preexistente.

Una vez que la Isapre haya comunicado al afiliado de su intención de poner término al contrato de salud o de excluir una determinada patología por revestir el carácter de preexiste, el cotizante tiene el derecho a reclamar a la Superintendencia de esta decisión. El plazo para ello es hasta el término del mes siguiente a la fecha de la comunicación o hasta el término de la incapacidad laboral, en caso de que el cotizante se encuentre en dicha situación. Al interponer el reclamo este produce el efecto de mantener vigente el contrato hasta la resolución de éste (reclamo), con excepción de las prestaciones derivadas de enfermedades preexistentes no declaradas.

Capítulo III:

Desafiliación por preexistencia y su relación con la buena fe y las Garantías Constitucionales.

1.- Buena fe en la declaración de salud.

Al solo hecho de mencionar la palabra buena fe viene a nuestros pensamientos ideales de rectitud, de lealtad y de corrección, es en este sentido que en sede no jurídica, hablar de buena fe significa que una persona tiene la convicción interna de estar o haber actuado correctamente. Ahora si lo analizamos desde el punto de vista del Derecho nuestro Código Civil la define en el artículo 706 diciendo que la buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraudes y de todo otro vicio.

La buena fe puede ser analizada desde dos direcciones. La primera mediante una faz subjetiva y la segunda dirección que es la buena fe objetiva, las analizaremos brevemente cada una de ellas.

- a) Buena fe subjetiva: puede ser conceptualizada como la creencia que, por efecto de un error excusable, tiene la persona de que su conducta no peca contra el derecho¹³. Basándonos en esta definición sostenemos que la buena fe subjetiva es una noción justificativa del error, así en materia de error común a modo de ejemplo encuentra su manifestación en forma inequívoca en el artículo 1013 de nuestro Código Civil¹⁴.
- b) Buena fe objetiva: para apreciar la faz objetiva de la buena fe el juez debe prescindir de las persuasiones, convicciones, creencias o intenciones psicológicas de los contratantes, para puntualizar, la conducta socialmente exigible de las partes, en base a los principios

¹³ VON THUR, Andreas, "la buena fe en el Derecho Romano y en el Derecho actual", en *Revista de Derecho Privado*, 146, Madrid, 1925, p. 337. En igual sentido JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana, "El principio de la buena fe", en *Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI, Homenaje al profesor Roberto López Cabana*, dirigidos por Oscar Ameal, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 776.

¹⁴ Artículo 1013 "si alguna de las causas de inhabilidad expresadas en el artículo precedente no se manifestare en el aspecto o comportamiento de un testigo, y se ignorare generalmente en el lugar donde el testamento se otorga, fundándose la opinión contraria en hechos positivos y públicos, no se invalidara el testamento por la inhabilidad real del testigo. Pero la habilidad putativa no podrá servir sino a uno solo de los testigos".

generales del derecho y a lo que la propia norma se remite para cada caso en particular, es decir, la buena fe objetiva se aprecia en abstracto. Es esta faz que interesa mayormente en el mundo de los contratos por aplicación del artículo 1546 C.C que sostiene que los contratos deben ejecutarse de buena fe.

Aterrizando este principio de la buena fe en el trabajo que estamos desarrollando dividimos en cinco grandes etapas al contrato de salud en donde en cada una de ellas se manifiesta el ideal de buena fe tanto del afiliado como de la propia Institución de Salud Previsional.

- a) Tratos preliminares
- b) Instante de la celebración
- c) Cumplimiento
- d) Relaciones pos contractuales.
- e) Interpretación.

De estas etapas desarrollaremos los tratos preliminares que es donde la persona que opta por el sistema privado de salud efectúa su declaración de salud que como lo señalamos en los capítulos anteriores constituye la base para determinar las condiciones del contrato de salud, y que por la no declaración de una enfermedad preexistente, la Isapre queda facultada para desafiliarlo cumplimiento con las formalidades tratadas en su oportunidad. Ahora nos enfocaremos precisamente en el rol de la buena fe en la declaración de salud, como primer punto es necesario destacar que nos referiremos a la buena fe subjetiva, consistente en el conocimiento que haya tenido de cualquier enfermedad que padezca actualmente o que haya sufrido el afiliado, la buena fe le impone declarar todas aquellas patologías que hayan sido diagnosticadas medicamente en su oportunidad, todo esto a solicitud de la Isapre.

Ahora cual es el alcance que le debemos dar a la buena fe en este punto a nuestro juicio el afiliado actúa de buena fe cuando en la respectiva declaración de salud, no solo se limita a responder de las preguntas que contiene el formulario ya que este está redactado en forma genérica sino que

además es menester que declare toda aquellas circunstancias que este conozca de su propia salud o de sus cargas legales y medicas, aunque la propia declaración de salud no solicite mas antecedentes. Desde el punto de vista de la Isapre cumple con la buena fe en esta etapa preliminar cuando de manera fidedigna la declaración de salud es redactada con todas las exigencias legales y se encuentra escrita en lenguaje claro y con letra legible y cumple con todas aquellas normas de la ley de protección a los consumidores. Además debe dar información clara, oportuna y veraz respecto de las condiciones de contratación.

La declaración de salud implica una carga de información más o menos importante que recae en la persona del afiliado ya que este en interés de contratar con la Isapre lo lleva a develar enfermedades o tratamientos que en otras circunstancias mantendría en secreto, pero a pesar de lo anterior el afiliado no está obligado a declarar sobre su condición de salud, porque se encuentra amparado en su derecho a la intimidad, consagrado en el artículo 19 N° 4 de nuestra carta fundamental¹⁵ ahora si invoca este garantía no se formara el consentimiento y por ende no habrá contrato. Sin perjuicio de lo expuesto para que el contrato de salud sea eficaz es menester que ambas partes actúen de buena fe en la declaración de salud ya que el afiliado deberá entregar toda la información requerida por la Isapre pero a su vez esta deberá resguardar el interés del suscriptor lo cual se manifiesta en el carácter de secreto de las declaraciones hechas sobre sus enfermedades y tratamientos del afiliado así como de sus cargas.

Aplicación de la buena fe ante las omisiones en la declaración de salud, si el afiliado desconoce las consecuencias de una dolencia o no tiene conocimientos de una enfermedad que se manifiesta en forma incipiente o en un germen, a juicio de Ruiz-Tagle, "Este deber de declaración es de veracidad, pero limitado a lo que el tomador conoce"¹⁶. Entonces la buena fe en la declaración de salud por parte del afiliado a nuestro juicio solo queda limitada a lo que él conoce, y como lo dispone la ley solo aquellas enfermedades medicamente diagnosticadas. Por ende en esta etapa preliminar es relevante la buena fe subjetiva.

¹⁵ Artículo 19 n°4 de la Constitución de la Republica de Chile "la Constitución asegura a todas las personas: 4° el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia"

¹⁶RUIZ-TAGLE VIAL, Carlos, *"la buena fe en el contrato de seguro de vida"*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2011, p. 148.

2.- Derecho a la vida y la clausula de desafiliación por enfermedad preexistente

La doctrina extranjera y la nacional han considerado que el derecho a la vida puede ser analizado de cinco formas, la cuales son:

- a) como el derecho a vivir o a permanecer vivo.
- b) como el derecho a vivir bien o vivir con dignidad.
- c) como el derecho a recibir todo lo mínimamente necesario para no morir en lo inmediato.
- d) como el derecho a que no nos maten.
- e) como el derecho a que no nos maten arbitrariamente.

Desde la perspectiva de nuestro trabajo analizaremos como estas concepciones del derecho a la vida chocan o no con la clausula de desafiliación por enfermedad preexistente.

- a) como el derecho a vivir o a permanecer vivo: para comprender este derecho debemos plantearnos primero la interrogante de que entendemos por vivir la bióloga Gisella Guillen nos dice “para estar vivo necesitas respirar, alimentarte y eliminar ciertas sustancias. Necesitas energía para moverte, saltar o correr. Tu cuerpo necesita energía para vivir. Además estar vivo es relacionarse con el medio en que se vive y responder a los cambios que se producen en el ambiente. Estar vivo es también crecer, reproducirse, es decir tener hijos. A todas estas actividades las llamamos los procesos de la vida, las funciones vitales. En definitiva estar vivo significa poder realizar todas estas funciones¹⁷” y el derecho a permanecer vivo dice relación conservar y poder ejercer las funciones y derechos señaladas anteriormente. Ahora en relación con nuestro tema debemos decir que este derecho no se ve vulnerado, siempre y cuando por el uso de la clausula de desafiliación por preexistencia respete, no vulnere o entorpezca de algún modo las funciones inherentes

¹⁷ GUILLEN AGUIRRE, Gisela, *¿Qué significa estar vivo? (en línea)*, 25 de octubre de 2008 (fecha de consulta: 28 de octubre del 2016). Disponible en web: <http://gikaguia.blogspot.cl/2008/10/qu-significa-estar-vivo.html?m:1>

al ser humano como lo son el derecho a vivir y permanecer vivo en los términos señalados anteriormente.

- b) como el derecho a vivir bien o vivir con dignidad: que debemos entender por vivir dignamente, es una pregunta que puede ser respondida desde el punto de vista religioso y desde un punto de vista más bien técnico. Desde la perspectiva religiosa los budistas contestan la pregunta señalando “Esa pregunta afecta no sólo el significado de nuestras vidas sino que va más allá de nuestra búsqueda por encontrar el origen de nuestra cultura contemporánea. Porque si no es posible vivir con dignidad la vida no tiene un propósito trascendente; y si esto sucede, nuestra meta en el corto tiempo que se nos ha asignado se limitará a agarrar el mayor número de emociones que podamos antes de dejar de existir. Pero si podemos darle sentido a la idea de vivir con dignidad, entonces tenemos que considerar si vamos a vivir nuestras vidas del modo en que deberíamos vivirlas; aún más, si nuestra cultura fomenta un digno estilo de vida”¹⁸. Ahora si lo vemos desde el punto de vista técnico dignidad según la Real Academia de la lengua Española significa respeto y estima que una persona tiene de si misma y merece que se lo tengan las demás personas. Llevando ambos conceptos al ámbito de nuestro trabajo que es la desafiliación por enfermedad preexistente concluimos que el vivir dignamente no se ve afectado por el uso de esta prerrogativa legal ya que es un concepto muy subjetivo de cada individuo el cual es imposible de valorar objetivamente por parte de la Isapre al hacer uso de la clausula.
- c) como el derecho a recibir todo lo mínimamente necesario para no morir en lo inmediato: al analizar esta concepción del derecho a la vida y lo contrastamos con el presente trabajo llegamos a la conclusión que al desafiliar a un usuario y producto de ello no se le otorgue a él o sus cargas tanto legales como medicas, las acciones tendientes a evitar una inminente muerte de estas personas la Isapre seria legalmente responsable de dicha situación, pero solo en el caso de muerte inminente. Ahora si no se pone en peligro de muerte con la

¹⁸ BHIKKHU BODHI, *Vivir con Dignidad*, traducido por Buddha Soto Zen (en línea), año 2011, (fecha de consulta: 29 de octubre del 2016). Disponible en web: <http://www.sotozencolombia.org/attachments/article/77/Vivir-con-Dignidad.pdf>

desafiliación por preexistencia la Isapre se encontraría en su legítimo derecho. Este aspecto es bastante casuístico y merece ser analizado según cada caso en particular.

- d) como el derecho a que no nos maten: desde la perspectiva de nuestro trabajo esta concepción no tendría aplicación ya que se refiere más bien a una conducta tendiente a provocar la muerte de otro individuo con el elemento subjetivo del dolo, como por ejemplo un homicidio.
- e) como el derecho a que no nos maten arbitrariamente: corresponde a la conducta de terceros, que consiste en la obligación de no matar arbitrariamente. No alude a la conducta del titular. No tendría aplicación en el presente trabajo, salvo en el caso que producto de un procedimiento arbitrario por parte de la Isapre ocasionare que no se preste una determinada acción de salud a favor de un afiliado y producto de ello se produzca la muerte de este.

El derecho a la vida no hay que confundirlo, como le ocurre a la mayoría de la doctrina nacional, con el derecho a la salud o con el derecho a la integridad física. Veremos algunos argumentos para evitar esta confusión.

3.- Derecho a la salud y la cláusula de desafiliación por enfermedad preexistente

Hablar del derecho a la salud resulta especialmente difícil atendido que prácticamente no existen elucubraciones dogmáticas referidas a él en la literatura jurídica nacional. De modo provisorio podemos decir que el derecho a la salud no significa el derecho a estar sano o a recuperar la salud porque eso puede ser imposible. Por ejemplo, una enfermedad incurable es, pues, incurable. El sólo hecho de padecerla no implica que se vulneró o vulnera su derecho a la salud. Más bien podemos entender que el derecho a la salud consiste en el derecho a recibir prestaciones médico-sanitarias, aunque no podamos precisar por ahora cuáles, bajo qué condiciones y, sobre todo, quien tendría la obligación de proporcionarlas.

Con todo, esta sumaria aproximación permite distinguir el derecho a la salud del derecho a la vida. Se viola el derecho a la vida de X cuando se lo mata arbitrariamente. En cambio, se viola el

derecho a la salud de X cuando no se efectúan a su respecto las prestaciones médico-sanitarias que sean pertinentes (suponiendo que X tenga derecho a exigir las). G (el objeto del derecho) es distinto en ambos casos. Llamaremos G_{vida} al objeto del derecho a la vida y llamaremos G_{dpsalud} al objeto del derecho a la salud (a la protección de la salud, como dice el artículo 19 n° 9). G_{vida} consiste en la obligación de no matar arbitrariamente y G_{dpsalud} consiste en la obligación de efectuar ciertas prestaciones médico-sanitarias. Pues bien, es posible infringir G_{vida} sin vulnerar G_{dpsalud} cuando se mata alguien sano, y se viola G_{dpsalud} sin trasgredir G_{vida} cuando no se proporcionan prestaciones de salud a alguien sin que eso le ocasione la muerte.

Obviamente se pueden conculcar ambos derechos simultáneamente, por ejemplo, cuando el agresor busca matar a alguien por la vía de no proporcionarle las prestaciones médico-sanitarias que requiere para salvarse. Sin embargo, el que la infracción de G en ambos casos pueda tener en común la muerte del titular no debe llevarnos a confundir ambos derechos¹⁹.

4.- Derecho a la integridad física y psíquica y la cláusula de desafiliación por enfermedad preexistente²⁰

Pudimos advertir que, además de confundir el derecho a la vida con el derecho a la salud, algunos autores lo confunden con el derecho a la integridad física y psíquica. Por ejemplo, unos autores señalan: "Si una persona es mutilada o torturada, ya sea física o psicológicamente, se está atentando en contra de su vida."

Esta frase o es trivial o es errada. Si cuando usan la palabra *vida* se refieren a la *calidad de vida* de la persona, es evidente que cuando se tortura o mutila a alguien, se atenta contra su calidad de vida, pero eso es trivial. Pero si se refieren al *derecho a la vida* -como creo que es el caso- esa frase es errada pues es físicamente posible torturar o mutilar a alguien sin matarlo. G también es distinto en estos casos. El objeto del derecho a la integridad física y psíquica es la obligación de no conculcar la integridad física o psíquica de alguien. Por ejemplo, se vulnera la integridad física

¹⁹ FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, Rodolfo. "Concepto del derecho a la vida". Revista *Ius et Praxis*, año 14, n° 1: 261-300, 2008. p 7

²⁰ FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, Rodolfo. Ob. Cit., p. 9

cuando se mutila a alguien, y se vulnera su integridad psíquica cuando se la somete a tormentos, a amenazas, etc. Es posible mutilar a alguien sin matarlo, con lo cual se trasgrede el derecho a la integridad física pero no el derecho a la vida, y si se atormenta a alguien, se infringe su derecho a la integridad psíquica sin, con ello, violar su derecho a la vida.

Por cierto, al igual como ocurre con el derecho a la salud, es posible que al infringir el derecho a la integridad física o psíquica se vulnere también el derecho a la vida, si se mutila a alguien de modo tan grave que lo mata, o cuando torturan a alguien hasta morir, pero eso no debe llevarnos a confundir estos derechos.

En base a lo señalado podemos concluir que el derecho a la vida en cuanto a su relación con el derecho a la salud se vulneran ambos cuando con ocasión del uso de la facultad legal de desafiliación por enfermedad preexistente, se vulnera ambos derechos solo cuando no se puede acceder a las acciones de promoción de la salud en los términos del ya analizado artículo 19 n°9. Porque si existe el caso en que se presta la correspondiente acción de salud y luego se aplica la sanción de la desafiliación por preexistencia no se vulnera el derecho a la vida en estos términos.

Ahora con respecto al derecho a la integridad física o psíquica estimamos que esta no se ve vulnerada bajo ningún presupuesto, porque siempre la acción de salud va a ser prestada cuando ella sea de carácter urgente. La desafiliación es una sanción para el usuario que no dio cumplimiento a los principios de la buena fe en la contratación del contrato de salud.

5.- Derecho de propiedad y la clausula de desafiliación por enfermedad preexistente

El derecho de propiedad se encuentra consagrado en el artículo 19 N° 24 de nuestra Constitución, y señala "el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales". Un bien incorporal es aquel que no puede ser percibido por los sentidos como por ejemplo el derecho de usufructo.

Se creó en doctrina lo que se conoce como la cosificación de los derechos o la propietarización de los derechos, cuando Don Andrés Bello redactó el Código Civil, abre el libro segundo de los bienes, diciendo que "los bienes consisten en cosas corporales o incorporales (art. 565), y agrega

que las "corporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro" (565, inc. 2) e "incorporales las que consisten en meros derechos, como los créditos, y las servidumbres activas." (565, inc., 3°), lo que complementa en el artículo 576 señalando que "las cosas incorporales son derechos reales o personales". Pero, además, y aquí viene la gran singularidad chilena. El artículo 583 del Código Civil dice que "sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad, Así el usufructuario tiene la propiedad de su derecho de usufructo." Entonces, por la vía de la propiedad es posible abarcar todos los derechos, y queda consagrada la propiedad sobre los derechos. Además, como según señala el artículo 582 del Código Civil el dominio que se llama también propiedad es también un derecho. Así en nuestra legislación se puede sostener que hay derechos sobre derechos²¹.

Cuando un usuario celebra un contrato de salud con una respectiva institución privada está adquiriendo un derecho incorporal que ingresa como tal a su patrimonio y que tiene por objeto que la institución de salud privada le financie las prestaciones de salud que requiera el afiliado, en conformidad a lo pactado. Se ha sostenido que el no cumplimiento del contrato de salud haría procedente el recurso de protección por vulneración al derecho de propiedad consagrado en nuestra carta fundamental.

Una parte de la doctrina niega la procedencia del recurso de protección sobre los derechos que emanan de los contratos válidamente celebrados según lo analizamos y sostienen sus argumentos en los siguientes puntos, "constituiría un vicio dogmático, que si bien produce los efectos prácticos queridos por los constituyentes (la protección de los derechos) está conduciendo a la institución de la propiedad, por vía de esta jurisprudencia, una evidente crisis dogmatica.asi la propiedad, tiende a cubrir todos los derechos, todas las titularidades, todas las posiciones jurídicas, todos los ámbitos jurídicos, sea respecto a cosas, personas, realidades, técnicas, actos, contratos y otras. Parecería

²¹ VERGARA BLANCO, Alejandro. *La propietarizacion de los derechos (en línea)*. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XIV. Años 1990-1991. Página 284 (fecha de consulta: 1 de noviembre del 2016). Disponible en web: <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewFile/255/235>

más adecuado, una protección dirigida directamente sobre los derechos, como tales derechos, ciertas titularidades jurídicas, como ámbitos jurídicos y posiciones jurídicas”²².

Otra crítica que se realiza en la misma línea es que esta práctica es abiertamente corrosiva; es una relajación del concepto de propiedad, que evidencia su completa crisis actual, y el peligro, para Chile, de que al final, cuando "todo" sea propiedad (derechos, técnicas, ámbitos, actos, situaciones, etc.). Ya por lógica, al mismo tiempo, nada va a ser propiedad, pues se habrá inundado en medio de este exceso²³.

Teóricamente no existe problema cuando el cotizante paga su cotización en la respectiva Isapre y esta responde financiando la respectiva prestación de salud. Pero como venimos analizando en el transcurso del presente trabajo existe la posibilidad que la respectiva Isapre haga uso de su derecho a la desafiliación a un usuario por la no declaración de una enfermedad preexistente, en los términos que analizamos en su oportunidad. Es aquí donde entran en conflicto con el derecho a la propiedad ya que al afiliado se le estaría privando de un derecho incorporal que adquirió y entro en su patrimonio. Es un tema bastante discutido como lo hemos visto y que se ha fallado a favor de la Isapre y otras veces a favor del afiliado. Pero hay que precisar además que la normativa legal que contiene este derecho de la Isapre no ha sido declarada inconstitucional.

²² VERGARA BLANCO, Alejandro. Ob. Cit., p. 291

²³ VERGARA BLANCO, Alejandro. *La propietarización de los derechos (en línea)*. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XIV. Años 1990-1991. Página 291 (fecha de consulta: 1 de noviembre del 2016). Disponible en web: <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewFile/255/235>

Capítulo IV: Análisis jurisprudencial.

En el presente capítulo analizaremos sentencias sobre recursos de protección sobre la materia que abarca el presente trabajo que es la desafiliación por enfermedad preexistente, con el objeto de determinar algunos lineamientos de nuestras Ilustrísimas Cortes de Apelaciones que son los tribunales colegiados a cargo de conocer del recurso de protección.

a) Primer caso: Causa nº 9909/2015, Corte de Apelaciones de Concepción, del 20 de enero de 2016

La recurrente interpone recurso de protección por la acción ilegal y arbitraria de la recurrida en orden a terminar de manera anticipada el contrato de salud suscrito y sin fundamento suficiente, afectando gravemente las garantías constitucionales del artículo 19 nº 1, 9 y 24 de la Constitución Política del Estado. El fundamento del actuar arbitrario e ilegal de la recurrida consiste en que la afiliada incurrió en incumplimiento de una de sus obligaciones contractuales, al no informar de manera completa y verdadera todas las enfermedades y condiciones preexistentes en la declaración de salud. La recurrente nunca había visto siquiera su declaración de salud, la que no obstante aparece suscrita por ella, ya que al afiliarse a la Isapres se le pidió firmara documentos que ella no revisó ni se le informaron en detalle, tanto así que la referida declaración de salud aparece impresa en computador y no llenada a mano cómo debería. La recurrente presenta licencias médicas que no guardan relación con la enfermedad o patología preexistente y no declarada por la afiliada al contratar el plan de salud.

La recurrida por su parte expone que no existe de su parte, un acto ilegal o arbitrario que haga procedente acoger la acción constitucional de protección, atendido los términos del contrato de salud habido entre la Isapre y la recurrente en atención a que el término unilateral del contrato es una prerrogativa entregada por la ley a la Isapre para concluir el contrato cuando el afiliado ha falseado u ocultado antecedentes de salud en su declaración, suscrita al tiempo de afiliarse. Agrega que no hay acto ilegal o arbitrario de su parte, ya que en diciembre de 2012 cuando la recurrente se afilio a la Isapre, suscribió la declaración de salud sin indicar enfermedad alguna como preexistente, no obstante que en la pregunta nº 8 expresamente se hacía alusión a

enfermedades reumatológicas o del sistema osteomuscular, encontrándose dentro de los ejemplos patológicos el lumbago, lumbociática, gota, artritis, artrosis, hernia del núcleo pulposo, entre otros. En julio de 2015 comienza a presentar licencias médicas, por informe del médico tratante la Isapre tomó conocimiento de que la afiliada, al contratar su plan de salud con la Isapre, no declaró sus patologías preexistentes. La Isapre acredita el perjuicio ocasionado señalando que las licencias médicas presentadas por la afiliada desde el 26 de agosto y hasta el 23 de diciembre de 2015 (120 días) por braquialgia bilateral, lumbociática a izqda. HNP, tienen directa relación con la patología preexistente por la cual la paciente fue operada en dos oportunidades y obtuvo pensión de invalidez parcial hasta el 2012. Además, iniciado nuevamente el trámite de pensión de invalidez, la afiliada deberá permanecer haciendo uso de licencias médicas y, por lo mismo, pagándosele el subsidio por incapacidad laboral hasta que la comisión médica central emita dictamen ejecutoriado, ya sea autorizando la pensión parcial o total y/o rechazándola. Allí está el perjuicio para la Isapre.

El tribunal de alzada resolvió lo que sigue

TERCERO.- Que, si bien lleva la razón la Isapre al sostener que se ha asilado en la normativa legal vigente para poner término unilateralmente al contrato de salud suscrito con la recurrente (artículos 201 y 190 del DFL n° 1 de 2005 del Ministerio de Salud), lo cierto es que la citada normativa establece ciertas condiciones para que opere la referida facultad establecida en beneficio de la Isapre.

En efecto, la afiliada está obligada a formular la declaración de salud y declarar allí si ha padecido alguna de las patologías que se indican pero, sin por alguna razón no lo hace, se le ha de permitir, en primer término que pueda acreditar justa causa de error. En el caso de autos, sin embargo, pareciera que esa alegación de la afiliada no es posible de ser considerada, en atención a que las patologías que ya había padecido con anterioridad a su afiliación a la Isapre, le habían llevado incluso a una declaración de invalidez parcial y a la obtención de una pensión de invalidez, de la cual gozó hasta el año 2012, en que se le realizó una nueva evaluación, dejándose sin efecto aquella declaración de invalidez.

Más bien la justa causa de error de la afiliada va por el camino de que no le fue dada a conocer en su integridad la declaración de salud que ella suscribió al contratar con la Isapre, mas ello no resulta ser materia a discutir en el marco de un recurso de protección, máxime aun si la Isapre asegura que el proceso de afiliación cumplió con todos los requisitos legales y que se dio a conocer a la contratante los alcances de su declaración de salud.

La declaración en uno u otro sentido es una declaración de derechos, que escapa y desborda los márgenes del recurso de protección.

CUARTO: Que, por otro lado, es necesario que la omisión de los antecedentes médicos de la afiliada, en su declaración de salud, necesaria para contratar con la Isapre el plan de salud de que se trata, haya causado perjuicio a la institución de salud previsional y que, de haber conocido los antecedentes médicos que se ocultan, la Isapre no hubiese contratado.

Sobre este punto es necesario señalar que la Isapre, en su informe, hace presente que el perjuicio le está dado porque mientras la paciente tramita su nueva declaración de invalidez para pensionarse, las licencias medicas de que este haciendo uso deberán ser cubiertas, en cuanto al pago del subsidio, por la Isapre, de manera obligatoria, hasta mientras no exista pronunciamiento de la comisión médica central respecto de la invalidez de la afiliada. Lo cierto es que ese no puede ser el perjuicio de la Isapre, desde que no todas las licencias médicas de la afiliada dicen relación con patologías preexistentes, lo que queda de manifiesto con el mismo detalle que hace la Isapre al informar el recurso. De guardar relación solo con las patologías preexistentes, no se justificaría de manera alguna el levantamiento de la declaración de invalidez efectuada el año 2012. O sea, si existió esa declaración es porque las patologías presentes en la paciente dejaron de ser invalidantes para ella el año 2012. Luego la nueva declaración de invalidez que ahora se busca se relaciona con nuevas patologías asociadas, debiendo la entidad de salud previsional aceptar las licencias y pagar los subsidios que ellas generen hasta el pronunciamiento de la comisión médica central, esa es su obligación.

Formulado ese pronunciamiento la Isapre podrá, dependiendo de las razones en que aquella decisión se apoye, formular sus reparos o aún desafiliar, por la causal que ahora lo ha hecho, a la afiliada.

En otras palabras, la oportunidad en que la Isapre ha desafiliado a la recurrente no es la adecuada, ya porque no cuenta con los antecedentes médicos suficientes para decidir que las patologías que ahora presenta la paciente son las mismas de antigua data, o porque no se sabe si las actuales derivan de aquellas pretéritas.

En consecuencia, no ha podido la Isapre asilarse en la supuesta omisión de antecedentes médicos pretéritos en la declaración de salud de la afiliada, para poner término unilateralmente a su contrato de salud, y al hacerlo ha actuado arbitrariamente, al no demostrar que el actuar de la recurrente le causa perjuicio, más allá del cumplimiento de las obligaciones legales de la Isapre.

QUINTO: Que, en tales condiciones, al ser arbitraria la actuación de la Isapre, ello afecta la garantía constitucional de la recurrente contemplada en el artículo 19 n° 24, de la Constitución Política del Estado, desde que al decretar su desafiliación de la entidad de salud previsional, impide que la afiliada pueda percibir los subsidios médicos que generan las licencias médicas a que está sometida, lo que ve disminuido su patrimonio., razón más que suficiente para acoger el presente recurso de protección, como se dirá.

Por estas consideraciones y lo prevenido en el Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema de 24 de octubre de 1992, sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de las Garantías Constitucionales, **se resuelve que: se acoge.** Se deja sin efecto la decisión de la recurrida de poner término unilateralmente al contrato de salud previsional suscrito con la recurrente, el cual por lo mismo se mantendrá vigente.

b) Segundo caso: Causa nº 107569/2016 (protección). de Corte de Apelaciones de Santiago, del 24 de octubre de 2016.

Se deduce recurso de protección en favor de O.H.R.G. y A.I.A.P., en contra de I.B., por el acto que estiman arbitrario e ilegal consistente en que el 24 de agosto recién pasado la recurrida envió carta a cada uno de los recurrentes, informando la desafiliación de dicha institución de O.H.R.G. , la consecuente alza del plan individual compensado de A.A. y la no cobertura de diversas prestaciones médicas por una supuesta preexistencia no declarada de H.R.. Solicita que se acoja íntegramente este recurso, dejando sin efecto cada una de las actuaciones denunciadas.

Funda su recurso en que al incorporarse don O.H.R.G. a la Isapre recurrida realizó todas las declaraciones relativas a sus enfermedades diagnosticadas médicamente en su epicrisis y sobre las enfermedades sobre las que él tuviera conocimiento. En la carta de desafiliación enviada se hace alusión a que el afiliado no habría informado la artritis psoriática que padece. Sin embargo, alega el recurrente que a la fecha de su desafiliación no se encontraba en conocimiento ni menos diagnosticado por dicha enfermedad.

Esta actuación es ilegal y arbitraria toda vez que para que la isapre se encuentre habilitada para eliminar al señor R. de dicha institución, ésta debe demostrar, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 190 y 201 del DFL N° 1 del Ministerio de Salud de 2006 que el afiliado había sido diagnosticado con la enfermedad, que se encontraba en conocimiento de ello, que omitió dar esta información, que este desconocimiento causó perjuicio a la Isapre y que de haber conocido la preexistencia no hubiese contratado con él.

Esta actuación vulnera las garantías constitucionales contempladas en el artículo 19 N° 1, esto es el derecho a la integridad física y psíquica, 19 N° 2, la igualdad ante la ley, y 19 N° 9 el derecho a la protección de la salud de O.H.R.G..

Asimismo, afecta el derecho de propiedad, garantía consagrada en el artículo 19 N° 24 respecto de ambos recurrentes.

En definitiva, se solicita se acoja íntegramente el presente recurso, restableciendo el imperio del derecho, dejando sin efecto los actos recurridos, con costas.

Segundo: Que a fojas 84 rola informe evacuado por O.M., en representación de Isapre Banmédica, solicitando el rechazo del recurso. En primer término, alega que el recurso de protección no es la vía procesal idónea para resolver la materia objeto de estos autos, toda vez que en este caso no se está frente a derechos de carácter indubitado, sino que se trata de derechos controvertidos, referidos al cumplimiento de un contrato de salud, lo cual debe ser discutido en un juicio de lato conocimiento. Luego, señala que los actos de Banmédica respecto de los que se reclama no pueden considerarse como arbitrarios. Indica que los recurrentes suscribieron un plan de salud compensado. El 13 de mayo de 2015 el afiliado señor R. suscribió su declaración personal de salud, indicando en ella que no ha sido diagnosticado ni ha requerido tratamiento alguno. Sin embargo, con ocasión de la tramitación del programa de atención médica N° 233039006 correspondiente a una Hospitalización en Clínica Las Condes del 25 al 26 julio 2016, por artrosis psoriática, se solicitó a la prestadora certificación médica de las prestaciones, constatándose que el señor R. es portador de psoriasis cutánea desde los 18 años, y de artritis desde el año 2011. De lo anterior, resulta evidente que existió un diagnóstico anterior a la suscripción de la declaración personal de salud, que el afiliado se encontraba obligado a informar. En lo que respecta a la situación de doña A.A.P., ella mantenía un plan de salud compensado, en virtud del cual el precio final será financiado con la compensación efectuada voluntariamente por el otro afiliado de la Isapre. Al ponerse término al contrato de salud de su cónyuge, se le informó a la afiliada que tiene la opción de continuar con su actual plan de salud pagando el nuevo precio, o proceder a un cambio de plan individual acorde con su nueva situación, o poner término a su plan de salud. En definitiva, estima la Isapre que ha actuado en cumplimiento de la legislación vigente y de las condiciones contenidas en el contrato de salud, por lo que solicita el rechazo del presente recurso. **Tercero:** Que, en cuanto a la primera alegación de la recurrida, relativa a que la presente acción cautelar no es la vía idónea para resolver el conflicto de autos, cabe consignar que, tal como se desprende del recurso, y especialmente lo expuesto por el apoderado de la recurrente en estrados en orden a reconocer una omisión en la declaración de salud previa al contrato fundada

en un justo error y en haber obrado de buena fe, permite concluir que la recurrente no ha acreditado la existencia de un derecho indubitado en esta causa, puesto que, atendida las patologías preexistentes y no declaradas del recurrente, es necesario una declaración previa relativa a la real naturaleza y características de la enfermedad que actualmente padece, y si la declaración de los antecedentes previos era o no necesaria para contratar con la recurrida. En este sentido, resulta que la presente acción cautelar no constituye una instancia de declaración de derechos, sino que de protección de aquellos preexistentes e indubitados que se encuentren siendo actualmente vulnerados. De igual forma, tampoco puede entenderse la situación que afecta a la recurrente señora A. como quiere que la variación que sufre el precio de su plan de salud deriva del término del contrato que se ha hecho respecto del otro recurrente con quien mantenía un plan de salud compensado. **Cuarto:** En virtud de lo expuesto, la presente acción no puede prosperar, sin perjuicio de otras acciones que puedan corresponder a los recurrentes. Por estas consideraciones, lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y en el Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema sobre la materia, se declara: Que, SE RECHAZA el recurso de protección deducido en lo principal de fojas 3 en favor de O.H.R.G. y A.I.A.P., interpuesto en contra de Isapre Banmédica S.A.

Conclusiones

En el transcurso del presente trabajo hemos intentado respondernos la pregunta investigativa que era dilucidar si la clausula de desafiliación por enfermedad preexistente constituía una norma abusiva del contrato de salud, hemos concluido lo siguiente.

1.- El usuario del sistema privado de salud debe cumplir con el principio de buena fe lo cual se manifestara en declarar todas aquellas patologías o condiciones de salud que conocía al momento de efectuar la correspondiente declaración, según los términos en que lo hemos analizado se da estricto cumplimiento a este principio general de contratación cuando el usuario no solo se limita a responder las preguntas indicadas en la declaración de salud sino que además debe informar todas aquellas enfermedades o patologías que tenga conocimiento tanto de él como de los beneficiarios del plan de salud todo con la finalidad que se otorgue la opción más conveniente para ambas partes contratantes. La Isapre da cumplimiento a este deber cuando entrega toda la información relevante sobre la declaración de salud y esta está redactada en lenguaje claro y comprensible para una persona que no es especialista en el tema.

2.- Con respecto al uso de la clausula de desafiliación por preexistencia y su conflicto que se produce con el derecho a la vida, el derecho a vivir o permanecer vivo y el derecho a recibir todo lo mínimamente necesario para no morir de inmediato. Estos derechos se vulnerarían solo en el evento de que consecuentemente producto del uso de la clausula de desafiliación por preexistencia contemplada en el contrato de salud se produzca un riesgo grave y inminente de no poder optar a las acciones de salud y esto trajera como una consecuencia próxima en el tiempo un deterioro de la calidad de vida del usuario o sus cargas medicas o legales. Ahora en lo referente al derecho a vivir con dignidad este en un concepto netamente subjetivo por lo cual puede variar de una persona a otra por concepciones religiosas, culturales, etc. Por lo cual este concepto de vivir dignamente no se ve afectado por el hecho de ser de difícil apreciación.

3.- Podemos concluir que el derecho a la vida en cuanto a su relación con el derecho a la salud se vulneran ambos cuando con ocasión del uso de la facultad legal de desafiliación por enfermedad preexistente, solo cuando no se puede acceder a las acciones de la salud. Porque si existe el caso en que se presta la correspondiente acción de salud y luego se aplica la sanción de la desafiliación por preexistencia no se vulnera el derecho a la vida en estos términos.

4.- Respecto al derecho a la integridad física o psíquica estimamos que esta no se ve vulnerada bajo ningún presupuesto, porque siempre la acción de salud va a ser prestada cuando ella sea de carácter urgente. La desafiliación es una sanción para el usuario que no dio cumplimiento a los principios de la buena fe en la contratación del contrato de salud.

5.- En cuanto al derecho de propiedad sobre los derechos incorporales y aplicando la doctrina de la cosificación de los derechos estimamos que por el uso de la cláusula de desafiliación por preexistencia no se ve vulnera esta garantía constitucional. Ya que la Isapre hace uso de una prerrogativa legal.

6.- De los fallos estudiados podemos concluir que las Ilustrísimas Cortes de Apelaciones de nuestro país no son uniformes en sus criterios, por lo que la jurisprudencia es bastante vacilante y no nos otorga un patrón claro sobre si la desafiliación por enfermedad preexistente es contraria a las garantías constitucionales analizadas.

7.- En base a todo lo analizado a lo largo del presente trabajo, estamos en condiciones de responder nuestra pregunta investigativa que era la siguiente: desafiliación por enfermedad preexistente una ¿cláusula abusiva del contrato de salud? Respondemos a esta pregunta en forma negativa. Por lo cual podemos decir que la desafiliación por enfermedad preexistente no es una cláusula abusiva del contrato de salud, siempre y cuando se respete los principios analizados y el uso de cláusula cumpla con el procedimiento analizado en su oportunidad.

Bibliografía.

- 1.- LOPEZ SANTAMARIA, Jorge. *Los contratos parte general*. Quinta edición actualizada por Fabián Elorriaga De Bonis. Santiago, Chile; editorial AbeledoPerrot, 2011. ISBN: 956-101217-0
- 2.- QUINZIO FIGUEIREDO, Jorge. *Tratado de Derecho Constitucional, tomo II*, Editorial LexisNexis, Santiago de Chile, 2006. ISBN: 956-238-458-6.
- 3.- RUIZ-TAGLE VIAL, Carlos. *La buena fe, en el contrato de seguro de vida*, Primera Edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, año 2011. ISBN.
- 4.- DECRETO CON FUERZA DE LEY N°1, del Ministerio de Salud, fija texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley n°2763, de 1979 y de las leyes n° 18933 y n° 18469, Diario Oficial de la Republica de Chile. Santiago, 24 de abril del 2006.
- 5.- ZANETTA, Rosario, *Problemas de recursos*. [en línea]. Revista Que Pasa. Febrero 19, 2015 [fecha de consulta: 25 de septiembre del 2016]. Disponible en web: <http://www.quepasa.cl/articulo/negocios/2015/02/16-16288-9-problemas-de-recursos.shtml/>
- 6.- EVANS DE LA CUADRA, Enrique, "*Los Derechos Constitucionales*". Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1986, p. 28 Y 29.
- 7.- Superintendencia de Salud. Gobierno de Chile, ¿fonasa o Isapre? (en línea), Santiago de Chile, (fecha de consulta: 15 de septiembre de 2016). Disponible en <http://www.supersalud.gob.cl/difusion/572/w3-printer-6444.html>
- 8.- Organización Mundial de la Salud (OMS), definición de salud (en línea). Edición 2012, editado por Julián Pérez Porto y María Merino, fecha de publicación año 2008 (consulta 20 de septiembre de 2016) disponible en <http://definicion.de/salud/>

- 9.- Superintendencia de Salud, Gobierno de Chile. Compendio de instrumentos contractuales (en línea). (consultado el 22 de septiembre de 2016) disponible en http://www.supersalud.gob.cl/normativa/571/articles-6676_recurso_1.pdf.
- 10.- El Blog de la Salud, Definición de enfermedad según la OMS y concepto de salud (en línea). Edición 2014, fecha de publicación 24 de noviembre del 2014 (consulta 25 de septiembre de 2016) disponible en <http://www.elblogdelasalud.es/definicion-enfermedad-segun-oms-concepto-salud/>
- 11.- CCM Salud, Patología-definición (en línea). fecha de publicación septiembre del 2015 (consulta 25 de septiembre de 2016) disponible en <http://salud.ccm.net/faq/10221-patologia-definicion>.
- 12.- Real Academia Española, Diccionario de la lengua Española, Edición del Tricentenario (en línea). vigesimotercera edición. Publicada en octubre de 2014 (consultada el 26 de septiembre del año 2016) disponible en <http://dle.rae.es/?id=De7qNYD>
- 13.- VON THUR, Andreas, "la buena fe en el Derecho Romano y en el Derecho actual", en *Revista de Derecho Privado*, 146, Madrid, 1925, p. 337. En igual sentido JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana, "El principio de la buena fe", en *Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI*, Homenaje al profesor Roberto López Cabana, dirigidos por Oscar Ameal, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 776.
- 14.- GUILLEN AGUIRRE, Gisela, *¿Qué significa estar vivo? (en línea)*, 25 de octubre de 2008 (fecha de consulta: 28 de octubre del 2016). Disponible en web: <http://qikaguia.blogspot.cl/2008/10/qu-significa-estar-vivo.html?m:1>
- 15.- BHIKKHU BODHI, *Vivir con Dignidad*, traducido por Buddha Soto Zen (en línea), año 2011, (fecha de consulta: 29 de octubre del 2016). Disponible en web: <http://www.sotozencolombia.org/attachments/article/77/Vivir-con-Dignidad.pdf>
- 16.- FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, Rodolfo. "Concepto del derecho a la vida". *Revista Ius et Praxis*, año 14, n° 1: 261-300, 2008. p 7

17.- VERGARA BLANCO, Alejandro. *La propietarizacion de los derechos (en línea)*. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XIV. Años 1990-1991. Página 284 (fecha de consulta: 1 de noviembre del 2016). Disponible en web: <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewFile/255/235>