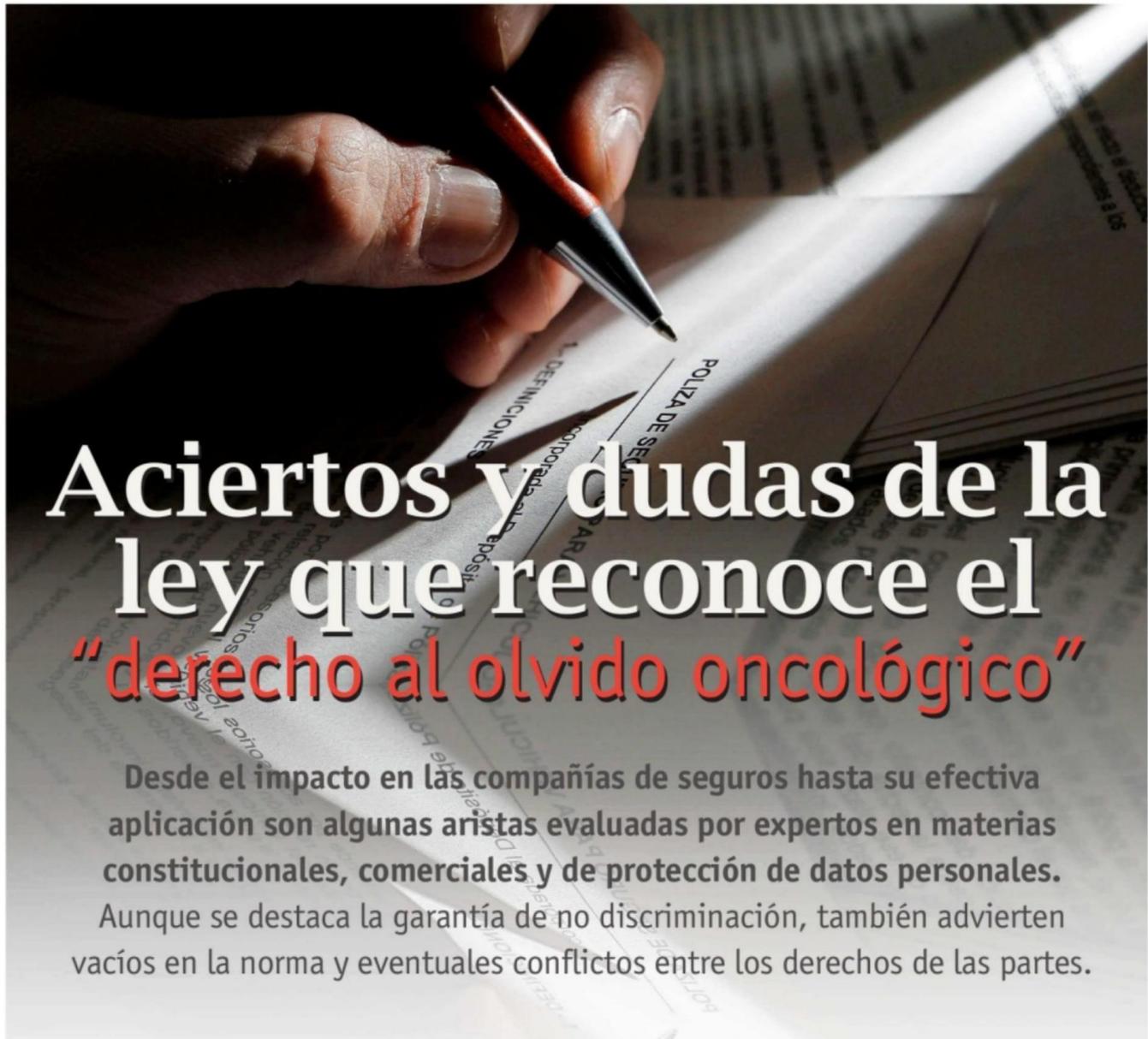


Reportaje



Acertos y dudas de la ley que reconoce el "derecho al olvido oncológico"

Desde el impacto en las compañías de seguros hasta su efectiva aplicación son algunas aristas evaluadas por expertos en materias constitucionales, comerciales y de protección de datos personales. Aunque se destaca la garantía de no discriminación, también advierten vacíos en la norma y eventuales conflictos entre los derechos de las partes.

Maximiliano Vega M.

Poder acceder a una serie de servicios financieros sin que producto de su anterior diagnóstico aquello sea negado es la principal promesa de la ley que establece el "derecho al olvido oncológico". La normativa, publicada en febrero pasado en el Diario Oficial, impide que pacientes recuperados desde hace cinco años no puedan contratar seguros y créditos o cambiarse de isapre.

¿Qué dice la regulación en concreto? Se trata de un artículo y tres párrafos nuevos a la ley del cáncer. Uno de ellos señala que se "prohíbe la solicitud de información oncológica o la obligación de declarar haber padecido una patología oncológica a la fecha de suscripción del contrato o negocio jurídico, cuando hayan transcurrido cinco años desde la finalización del tratamiento radical sin recaída posterior", así como que pasado ese tiem-

po "ningún asegurador" podrá considerar la existencia de estos antecedentes "para efectos de la contratación".

Otro, que serán nulas las "cláusulas de renuncia" a lo establecido en la norma y que su incumplimiento dará lugar a las denuncias o acciones correspondientes "destinadas a sancionar a quien incurra en esta infracción, a anular las cláusulas abusivas incorporadas en los contratos de adhesión, a obtener la prestación de la obligación incumplida, a hacer cesar el acto que afecte el ejercicio de los derechos de la persona afectada o a obtener la debida indemnización de perjuicios o la reparación que corresponda", sujetándose para ello al procedimiento establecido en la Ley N° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores.

Para la profesora del Centro de Justicia Constitucional de la



La protección a la actividad económica se extiende por un plazo determinado (...). Con ello la ley busca armonizar la protección de ambos derechos, de manera tal que ninguno resulte anulado.

Catalina Salem
U. del Desarrollo



Universidad del Desarrollo (UDD), Catalina Salem, "desde el punto de vista constitucional, esta normativa se justifica en el entendido de que la dignidad de la persona humana, fuente de la titularidad de sus derechos fundamentales, no puede quedar subordinada al padecimiento de una enfermedad cuya ocurrencia la persona afectada no pudo evitar, recibiendo un trato diferenciado para el ejercicio de sus derechos".

Aunque advierte que con el cambio normativo los derechos de quienes fueron pacientes "pueden producir un aparente conflicto con los derechos que tienen las personas jurídicas que ofrecen servicios financieros".

En tanto, su par de la Universidad Alberto Hurtado (UAH), Tomás Jordán, plantea que la ley viene a garantizar la "no discriminación" en materia de salud, lo que considera "es un avance legislativo, pues ejecuta de manera palmaria el derecho constitucional al acceso sin discriminaciones".

Y, en ese sentido, uno de los argumentos levantados durante su tramitación fue que la Constitución establece que "el Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo".

También destaca la relevancia de la norma en el contexto nacional: "El tema oncológico ha sido un factor en el cual se han producido discriminaciones y exclusiones con factor de preexistencia en materia de salud y en materia de la vida civil de las personas, por ejemplo, al acceso a crédito".

"Esto viene a establecer una cláusula justificada de no discriminación, en razón de que el plazo considerado de cinco años permite entender que esas personas están sanas", precisa.

Mientras que el profesor de Derecho Constitucional y experto en protección de datos personales de la Universidad Central, Pablo Contreras, recuerda que con este cambio legislativo "el 'olvido oncológico' es una regla que prohíbe ciertos tratamientos de datos personales, como estado de salud y estatus de una enfermedad diagnosticada, para efectos de limitar las consecuencias negativas que, para el titular de datos, se sigue en el mercado financiero o de seguros", aunque estima que el término podría traer "cierta confusión" en cuanto a su terminología en el uso local, ya que aunque "la ley se titula así, no hay una definición" clara del concepto.

"En el derecho chileno, el derecho al olvido se ha presentado a propósito de casos de libertad de expresión, por publicaciones de medios de comunicación, y respecto de la indexación de contenidos en motores de búsqueda", explica.

Menos información, armonización de derechos y eventual mutualización

Pese al apoyo transversal de la norma en el Congreso y, en general, en la opinión pública, hay expertos que plantean algunas dudas respecto de su aplicación e impacto para las aseguradoras.

Uno de ellos es Marcelo Nasser, académico de Derecho Civil de la Universidad de los Andes y especialista en derecho de seguros, para quien "la ley afecta a los seguros de salud y de vida, dentro de los cuales están los de desgravamen, pues impide que el asegurador pueda hacerse una idea real del riesgo que se va a asumir, ya que prohíbe de manera bastante intensa cualquier pregunta sobre condiciones oncológicas al asegurado".

Aquello se traduce, agrega, en que la nueva regulación "va a tarificar las primas con menos información que la que estaba acostumbrado".

Por su parte, Salem precisa que la ponderación hecha por el legislador "consiste en resguardar el adecuado funcionamiento del mercado de seguros y servicios financieros, los cuales sí pueden considerar el riesgo que supone contratar con una persona que padece cáncer".

Sin embargo, "esa protección a la actividad económica se extiende por un plazo determinado, transcurrido el cual prevalece la protección de la persona recuperada de la enfermedad de ser tratada en igualdad de condiciones que una persona sana. Con ello la ley busca armonizar la protección de ambos derechos, de manera tal que ninguno resulte anulado", añade.

Aunque advierte que habrá que ver si en su aplicación se verificará la armonización entre las garantías de ambas partes, ya que "tal como lo han notado especialistas en materia de seguros", afirma, "es probable que la ley decante hacia la mutualización de los seguros".

"Si ese es el efecto, la protección del derecho a no ser discriminado se traducirá, más bien, en principios de solidaridad horizontal, donde todos los usuarios de los servicios de seguros o financieros soportarán la carga económica que supone el mayor

“

La ley afecta a los seguros de salud y de vida, dentro de los cuales están los de desgravamen, pues impide que el asegurador pueda hacerse una idea real del riesgo que se va a asumir.

Marcelo Nasser
U. de los Andes

”

“

Esto viene a establecer una cláusula justificada de no discriminación, en razón de que el plazo considerado de cinco años permite entender que esas personas están sanas.

Tomás Jordán
U. Alberto Hurtado

”

riesgo”. En otras palabras, añade, “el riesgo individualmente considerado será redistribuido de forma colectiva”.

Relación con protección de datos personales y correcta aplicación

Otro punto en discusión frente a la promulgación de esta nueva normativa es la relación del “derecho oncológico” con la protección de datos personales.

Para Jordán, frente a ello “lo que hace la norma es clarificar un asunto” entre este último concepto y el de datos de salud, “que son datos personales”, dice, y que “aparecen o aparecen como datos de exclusión”.

“Aquí, por un interés público involucrado y por un derecho fundamental que le sirve de sostén, que es la no discriminación”, se nivelan ambas figuras, comenta el profesor de la UAH. En ese sentido, precisa, “parece que el olvido oncológico es una fórmula de equilibrio entre ambas líneas”.

Por su parte, Contreras puntualiza que “este es un caso de ‘ley especial’, en donde las reglas de ‘olvido oncológico’ se aplican preferentemente, mientras que la Ley N° 19.628, sobre la protección de la vida privada, actual o reformada, opera en subsidio y como ley marco”.

“Entender la relación entre ambos cuerpos legales es un desafío clave para su correcta aplicación”, señala el docente de la U. Central y agrega que ello se debe a que desde el año 2018 “tenemos el derecho a la protección de datos personales constitucionalizado como derecho fundamental, incluso está garantizado por la acción de protección; sin embargo, la ausencia de una autoridad de control independiente genera la falta de eficacia y tutela del contenido de este derecho”.

“Una agencia a cargo de su garantía es un estándar en el de-

recho comparado”, dice y estima que por ello el cumplimiento de la ley pareciera “no ser algo seguro”.

Respecto de esta arista, Nasser advierte que la ley “no se refiere a este tema como hacen otras legislaciones comparadas, que ordenan anonimizar datos oncológicos transcurrido un plazo”.

“En todo caso, con las nuevas disposiciones sobre datos personales, la protección de información sensible estará mejor cautelada, pero eso no es un mérito que se pueda atribuir a la ley de olvido oncológico”, señala el académico de la U. de los Andes.

Conflictos de consumo: entre la evaluación y la crítica

Las sedes a las cuales se remitirán las eventuales infracciones según la norma recientemente promulgada es otro tema advertido por algunos expertos.

Y hace unas semanas, el propio Servicio Nacional del Consumidor (Sernac) emitió un comunicado en el cual afirma estar “monitoreando el comportamiento de las empresas, especialmente las aseguradoras y entidades financieras”, recordando que las sanciones, indemnizaciones y reparaciones relativas al incumplimiento de esta norma “están sujetas” a los procedimientos de la Ley del Consumidor.

Añadieron que cuentan con la facultad de “fiscalizar, interponer denuncias de interés general, iniciar procedimientos voluntarios colectivos o incluso demandar colectivamente”.

Contreras destaca que “el Sernac tiene una competencia general en su ley, el artículo 15 bis, y específica en este nuevo cuerpo legal; sin embargo, los demás reguladores no pierden su competencia al respecto, como puede ser la Comisión para el Mercado Financiero o una futura Agencia de Protección de Datos”.

EUROPA, REFERENCIA PARA LA NORMA NACIONAL

En la moción para presentar el proyecto de ley se argumentó que la iniciativa recogía algunos avances en la materia realizados por otros países, como la propuesta de resolución del Parlamento Europeo sobre la materia, de febrero de 2022. Así, en su considerando 124 indica que "las aseguradoras y los bancos no deben tener en cuenta el historial médico de las personas afectadas por el cáncer; pide que las legislaciones nacionales garanticen que los supervivientes de cáncer no sean discriminados en comparación con otros consumidores".

Y agrega que "a más tardar en 2025, todos los Estados miembros garanticen el derecho al olvido a todos los pacientes europeos 10 años después del final de su tratamiento y a más tardar cinco años después del final del tratamiento para los pacientes cuyo diagnóstico se haya realizado antes de los 18 años".

La moción de los legisladores chilenos señala que se recoge "una positiva experiencia comparada" respecto del concepto de "derecho al olvido oncológico" de países como Francia, que fue el primero en establecerlo, el año 2016, siguiéndole Bélgica, en 2019; Luxemburgo y los Países Bajos, durante 2020; Portugal, en 2021, y, recientemente, España, mediante Real Decreto-Ley 5/2023.

En general, la ley tuvo un trámite expedito para los tiempos del Congreso: el proyecto se presentó en agosto pasado por legisladores tanto de izquierda como de derecha —Juan Luis Castro (PS), Sergio Gahona (UDI), Matías Walker (Demócratas), Ximena Ordenes (PPD) y Francisco Chahuán (RN)— y se promulgó este verano.

"Esto implica —añade— un importante desafío de coordinación regulatoria a efectos de la vigencia de la ley, la protección de los intereses del titular de datos y la seguridad jurídica para todos los operadores del sistema".

Jordán agrega sobre este punto que se "podría haber creado una acción especial", aunque estima que "hay que evaluar si es el procedimiento adecuado y si el Sernac cumple esa función tuteladora".

Para Nasser, en tanto, que la ley envíe el conocimiento de las infracciones al juzgado de Policía Local, en sede de consumidores, o al juzgado civil, en caso de accionarse colectivamente, "supone un abandono de la regla general del artículo 543 del Código de Comercio que ordena, al menos para los seguros, que el asunto sea conocido por un árbitro o por la justicia ordinaria, si el



Implica un importante desafío de coordinación regulatoria a efectos de la vigencia de la ley, la protección de los intereses del titular de datos y la seguridad jurídica para todos los operadores del sistema.

Pablo Contreras
U. Central



asegurado lo elige cuando el siniestro es menor a 10.000 unidades de fomento".

La dificultad en esta instancia, afirma, radica en que el legislador "jamás tuvo en mente que los conflictos de seguros fueran resueltos por un juez de consumo (...), quienes están obligados a razonar de forma distinta a los jueces civiles, lo que incluye aplicar el principio pro consumidor y asumir que siempre las partes están en asimetría".

Además, los fallos individuales de consumo, dice el profesor de la U. de los Andes, "no admiten casación, lo que impide uniformar criterios jurisprudenciales, divisando aquello como un problema si se tienen en cuenta que existen tantos jueces de policía local como comunas en el país y que la Corte Suprema rara vez conocerá de estos asuntos".

No obstante lo reciente de la normativa, algunos ex pacientes ya han tenido experiencias frente al cambio legislativo, pero no todas son historias positivas.

En marzo pasado una lectora escribió una carta al director de "El Mercurio" que en 2016 tuvo cáncer de mama, "lo que significó que en 2019, cuando tramité mi crédito hipotecario, este fuese asociado a un seguro de desgravamen individual y no colectivo, siendo mucho más costoso. Hace poco más de un mes, y con la ley ya promulgada, solicité entrar en el seguro colectivo, dado que han pasado ocho años y nunca he tenido una recaída; desafortunadamente, la respuesta que me dieron fue: solicitud rechazada por el diagnóstico 'cáncer de mama'".

"Tenía la esperanza de que la ley no fuera letra muerta y que la discriminación financiera contra los sobrevivientes al fin se acabará. Parece que con o sin ley seguimos en lo mismo", concluyó en su relato. **L**