

# **INFORME:**

## **CONSIDERACIONES SOBRE LA SITUACIÓN LEGAL DEL CÓNYUGE COMO CARGA LEGAL, EN RELACIÓN CON LA MUJER Y LOS CONVIVIENTES CIVILES.**

**VICTOR IGOR HESS**

Abogado

Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Universidad Católica de Temuco. Chile.

Master© en Políticas Públicas

Universidad Torcuato Di Tella.

Buenos Aires. Argentina.

**Junio, 2018**

## **1.- CONSIDERACIONES PREVIAS.**

Consultada la página web del Servicio de Fondo Nacional de Salud, FONASA<sup>1</sup>, nos informa que pueden ser cargas legales, la cónyuge o el cónyuge inválido, o sea la mujer casada y el hombre casado inválido.

Lo anterior se desprende del D.F.L N° 150 del Ministerio del Trabajo y Previsión Social sobre asignación familiar, subsidios de cesantía; que en su artículo 3º, dispone “*serán causantes de asignación familiar: a) La cónyuge, y en la forma en que determine el reglamento, el cónyuge inválido.*”

Es evidente, sin caer en juicios de valor que existe una diferencia en el trato que la ley otorga a los cónyuges, no existe literatura en torno a por qué se hace dicha diferencia, podríamos especular que se trata de una decisión economicista, en torno a que el sistema de salud entiende al hombre más productivo y por ende puede “soportar” la carga previsional que implica su cónyuge, o uno más bien socioeconómico que nos diga el hombre tiene el deber de producir o que cómo el sistema supone (o quiere) que la mujer obtenga menores ingresos que los hombres, estas no tengan la capacidad económica para soportar a su cónyuge de carga, o simplemente porque el sistema previsional quiere desincentivar a que hombres por cualquier razón sean “cargas” de su cónyuge, salvo y solo sí, se encuentra en estado de invalidez, ya que en este caso la mujer estaría obligada a trabajar o peor aún, por qué el sistema derechamente no quiere que la mujer casada desarrolle actividades remuneradas que implique no dedicar tiempo completo al matrimonio o al cuidado de los hijos o de la familia.

A todas luces, podemos señalar sin temor a equivocarnos que no existe ninguna buena razón que justifique dicho trato desigual, en las próximas líneas abordaremos las implicancias de este trato desigual, que advertimos, no en todos

---

<sup>1</sup> Ver <https://www.fonasa.cl/sites/fonasa/beneficiarios/informacion-general/beneficiarios-cargas>

los casos se trata de una cuestión negativa, sin perjuicio de esto veremos cual es la implicancia legal y si comparamos con el nuevo régimen de acuerdo de unión civil que rige hoy en nuestro país, el legislador ha sido coherente con esta posición.

## **2.- DIFERENCIA DE TRATO.**

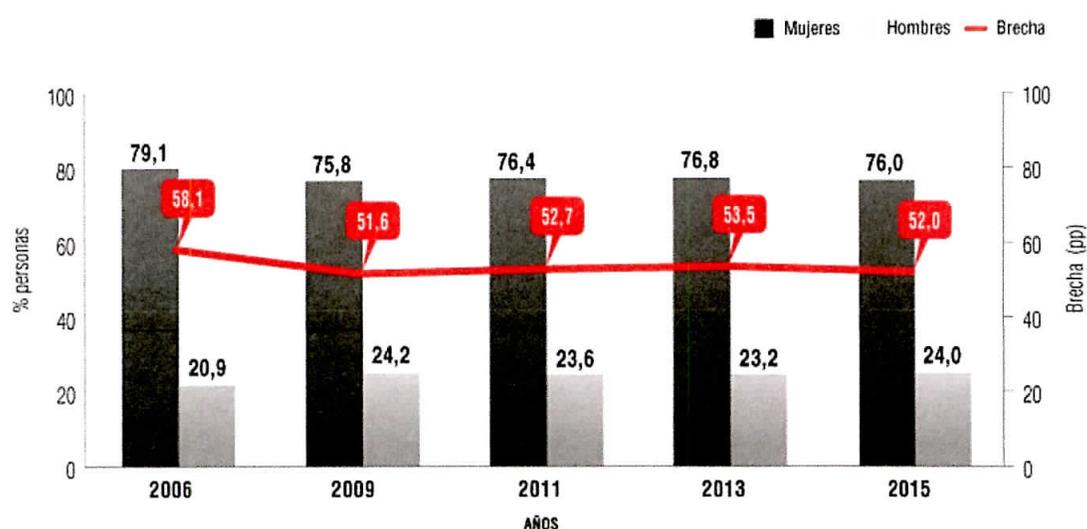
Vimos en el primer apartado, la regulación en materia de cargas previsionales en el caso del matrimonio, señalando que el cónyuge sólo puede ser carga de la cónyuge en caso de invalidez, cuestión que es categórica y taxativa, por tanto, excluyente a cualquier otra razón, motivación o circunstancia.

Sin embargo, el presente debate se hace interesante cuando analizamos el régimen debutante de acuerdo de unión civil, recogido en la Ley N° 20.830 que entro a regir en el mes de abril del año 2015, y en su artículo 29 dispone: *“Para los efectos del Régimen Público de Salud y del sistema Privado de Salud, contemplado en los libros II y III, respectivamente, del decreto con fuerza de ley N° 1 del Ministerio de Salud, promulgado el año 2005 y publicado el año 2006, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 2.763, de 1979 y de las leyes N° 18.933 y N° 18.469, el acuerdo de Unión Civil celebrado en la forma establecida por la presente ley permitirá a cualquiera de los convivientes civiles ser carga del otro.”*

En el contexto que nos otorga lo antes señalado por la ley, podemos aproximarnos a un caso de evidente discriminación, en cuanto a que no existe motivo plausible para que en el caso del acuerdo de unión civil si proceda el hecho de uno de los convivientes civiles ser carga del otro y no en el caso del matrimonio, salvo que, el argumento sea, desmejorar la calidad de cónyuge y ponerla en una situación inferior a la calidad de conviviente civil, lo que sería contradictorio con nuestro ordenamiento jurídico o lo que algunos autores y fallos han establecido.

Cuando nos aventuramos a analizar estas instituciones, no podemos excluir como elemento las condiciones como sexo e ingresos, el Institucional Nacional de

Estadísticas INE, nos ilustra con un una realidad graficada a propósito de estudios efectuados por el Ministerio de Desarrollo Social, haciendo una comparativo con los resultados de la Encuesta Casen, en lo que se observa que *“En todo el período, las mujeres de 15 años y más percibieron menos del 38% del total del ingreso autónomo, pasando de 33,0% en 2006 a 37,7% en 2015. La brecha disminuyó desde -34,0 puntos porcentuales a -24,6 puntos porcentuales en 2015”*<sup>2</sup>



De lo anterior, podemos concluir que para el sistema económico en general, cuando medimos a la población sin ingresos autónomos propios, la mujer tiene un índice más elevado que el hombre.

Tomando en referencia el grafico anterior, podríamos decir entonces, que para el sistema de salud chileno, siendo la mujer en general no presentan ingresos autónomos propios, dependiendo en definitiva de otros, la mujer en mayor medida que el hombre es una carga, y por ende, se le facilita acceso al sistema de salud mediante esta formula, pero excluye aquellos hombres, que también se representan en el grafico como cargas y estos no tienen acceso a salud por medio de su cónyuge, lo que nos parece discriminatorio.

<sup>2</sup> Ver <http://www.ine.cl/estadisticas/menu-sociales/genero>

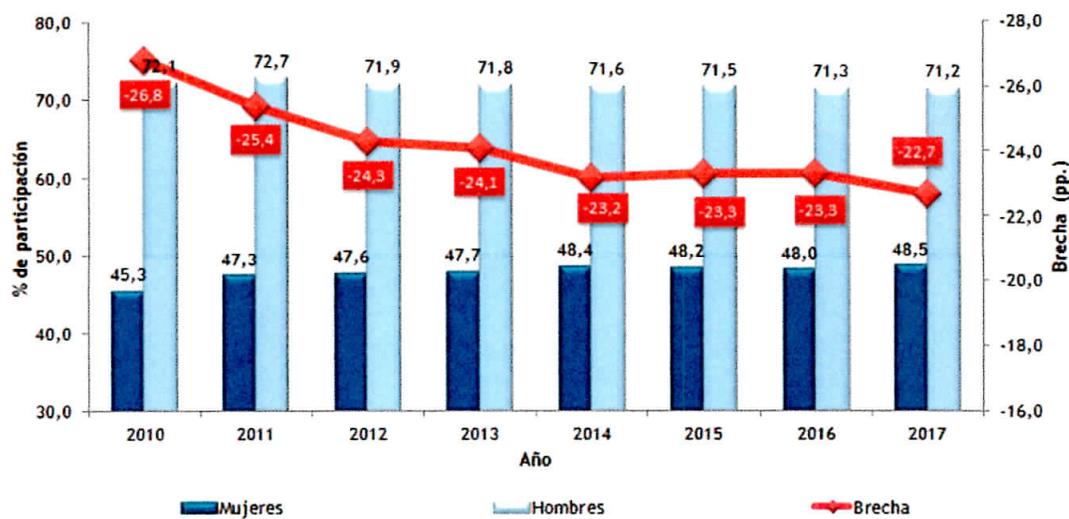
No obstante, lo que realmente llama la atención es que, si eso fue lo que el legislador pensó, ha sido coherente y habiendo transcurrido casi 25 años, crea un régimen de convivencia distinta al matrimonio (acuerdo de unión civil), en el que permite incluso la convivencia legal entre personas del mismo sexo, permitiendo en ese caso ser carga uno del otro.; cosa no menor ya que siguiendo la lógica que podemos deducir, es que en el caso del acuerdo de unión civil, aun cuando exista un hombre en la relación podrá hacerse cargo de la otra persona, el caso que generaría controversia en esta hipótesis sería aquel acuerdo de unión civil entre dos mujeres, ya que el legislador si le permitió ser carga una de la otra.

Sin entrar en debates sobre qué régimen se prioriza o podríamos considerar mejor, cuestión que finalmente decide cada pareja, es evidente que las posibilidades de mejor calidad de vida para el hombre, en este caso, se ven muy desmejoradas bajo el régimen del matrimonio, no obstante, y debiendo considerarse la disminución sostenida de la brecha de participación de la mujer en el mercado laboral por lo que el temor central que hemos puesto como lógica del legislador, se estaría diseminando, hoy casi la mitad de la fuerza laboral del país son mujeres, cuyos cónyuges pueden estar en estado de cesantía, o ser emprendedores o profesionales independientes y en esos casos simplemente la ley no permite que se haga carga de la cónyuge trabajadora, lo que refuerza la idea de discriminación.

Tasa de participación laboral femenina a nivel nacional, aumentó desde 45,3% en 2010 a 48,5% en 2017. Sin embargo, la brecha se mantuvo sobre los -20 puntos porcentuales en todos los años<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Ver <http://www.ine.cl/estadisticas/menu-sociales/genero>



A mayor abundamiento, el sistema privado de salud, que lo rige la Ley N° 18.933 que Crea la Superintendencia de instituciones de salud previsual, dicta normas para el otorgamiento de prestaciones por ISAPRES y deroga el decreto con fuerza de ley N° 3, de salud, de 1981 y que en su artículo 41 dispone: *“Los contratos celebrados entre la institución y el cotizante deberán considerar como sujetos afectos a sus beneficios, a éste y a todos sus familiares beneficiarios indicados en las letras b) y c) del artículo 6º de la Ley N° 18.468.”* Por su parte la letra c) del artículo 6º de la Ley N° 18.468, establece: *“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”.*

De lo anterior se colige que el sistema de ISAPRES, al igual que el sistema de FONASA, se rige por esta disparidad, entre el hombre casado y el conviviente civil, lo que a mi juicio carece absolutamente de argumentos que justifiquen dicha situación, presentándose, como un caso de discriminación arbitraria por parte del legislador.

### **3.- DISCRIMINACIÓN ARBITRARIA.**

Así las cosas, la discriminación, como ya advertíamos, no siempre se da desde una óptica negativa, muy por el contrario, en ciertas ocasiones para efectos de justicia o equidad es necesario tratar a situaciones semejantes como diferentes, sin embargo, en el caso que nos ocupa no sería el caso y entramos a la dimensión de la negatividad, lo que el ordenamiento jurídico y la doctrina tanto nacional, como internacional denomina discriminación arbitraria.

En este sentido la discriminación arbitraria es uno de los elementos que en particular el constituyente ha querido erradicar de su ordenamiento jurídico, más aún lo aborrece, según se desprende de nuestra Carta Fundamental en su artículo 19 N°2 *“La Constitución asegura a todas las personas: La igualdad ante la Ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.*

*Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias.”*

Es así, como el Profesor Iván Díaz<sup>4</sup>, nos recuerda importantes autores nacionales e internacionales quienes definen lo que debe entenderse por discriminación arbitraria, *“En este sentido, entre los autores nacionales, Figueroa explica que habitualmente el término discriminar se utiliza en un sentido negativo, de modo que “suele significar separar o distinguir no debiendo hacerlo”<sup>21</sup>. Siguiendo a Nogueira, una discriminación es toda diferenciación hecha sobre fundamentos no razonables, irrelevantes o desproporcionados<sup>22</sup>. Para Evans se entiende por discriminación toda diferenciación o distinción que aparezca contraria a la ética elemental, o a un proceso normal de análisis intelectual, o que no tenga justificación racional o razonable<sup>23</sup>. Ahora en palabras de Silva Bascañán, una*

---

<sup>4</sup> Díaz García, Iván. (2013). LEY CHILENA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN: UNA EVALUACIÓN DESDE LOS DERECHOS INTERNACIONAL Y CONSTITUCIONAL. *Revista chilena de derecho*, 40(2), 635-668. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372013000200011>

*discriminación es una diferencia sin fundamentación en la justicia natural o en la equidad más elemental<sup>24</sup>. Bronfman, Martínez y Núñez, por su parte, sostienen que el derecho a no ser discriminado ampara y protege frente a las diferencias arbitrarias, caprichosas, carentes de razonabilidad<sup>25</sup>. En fin, para Bulnes las discriminaciones son distinciones que no se fundan en la razón, en la justicia o no propendan al bien común<sup>26</sup>.”*

Como ya advertimos en líneas anteriores, la situación del cónyuge, no es distinta a la del conviviente civil, en cuanto a que las obligaciones civiles que emergen tienen un objetivo común generar un vínculo y que ese vínculo permita entre otras cosas, generar una vida común de ayuda mutua.

Conforme al desarrollo dogmático que ha tenido nuestro Tribunal Constitucional, desde ya varias décadas, el profesor Jorge Corre Sutil nos ilustra, luego de hacer un arduo trabajo de análisis de jurisprudencia y concluye: “Desde aquellas sentencias de los años 80, el análisis de los requisitos que debe cumplir una diferencia hecha por el legislador para no ser considerada arbitraria o pasar por el examen de razonabilidad ha sido desarrollado en fallos sucesivos, entre los cuales están los ya citados, hasta constituir –particularmente a la luz de una secuencia jurisprudencial de 2010– una doctrina constante. Ella exige cinco requisitos para examinar la razonabilidad de la diferencia hecha por el legislador: **1)** el trato diverso se justifica en la medida en que las situaciones fácticas se diferencien por cuestiones objetivas y relevantes; **2)** la diferencia no debe fundarse en un propósito de hostilidad hacia un grupo vulnerable o importar un favor o privilegio personal indebido; **3)** la finalidad que se persigue al hacer la diferencia debe ser lícita; **4)** la distinción y trato diverso establecido por la ley debe ser razonablemente adecuada y necesaria para alcanzar el fin lícito en que se funda la distinción, y **5)** la diferencia debe pasar un examen de proporcionalidad en sentido estricto, considerando la finalidad de la ley, el caso concreto y los costos que se

imponen a aquel que recibe el trato diverso, los que deben resultar tolerables a la luz de ese examen de proporcionalidad.”<sup>5</sup>

Sin entrar a un examen exhaustivo de cada uno de estos elementos, es posible apreciar, que efectivamente el cónyuge que pretenda ser carga en materia de salud de su cónyuge, se encontrará en desventaja en razón del conviviente civil, no solo importando una cuestión de discriminación arbitraria solamente, sino además en el caso concreto una vulneración al derecho fundamental de acceso a la salud, de modo que por el sólo hecho de un hombre que no se encuentre en estado de invalidez no puede acceder, siendo carga de su cónyuge, a servicios médicos y a precios más razonables.

#### **4.- TRATATIVAS PREMILINARES A UNA EVENTUAL INICIATIVA LEGAL.**

Se han anunciado varios proyectos de ley en donde parlamentarios habrían solicitado al Ministerio del Trabajo y Previsión Social ejercer su facultad de iniciativa legal, algunos medios de comunicación obtuvieron declaraciones de estos parlamentarios, quienes manifestaron que su idea era que *“en caso que el marido pierda su trabajo y carezca de un subsidio de cesantía o se dedique a labores domésticas, queda completamente desprotegido, lo que implica una carga adicional a su esposa ante una eventual enfermedad del marido”*<sup>6</sup>.

Otro medio de comunicación hace referencia a FONASA; expresando que *“desde la institución señalaron muy escuetamente que: La ley vigente desde 1981 dice que sólo en casos de invalidez, una mujer puede inscribir como carga a su marido en Fonasa. Esta restricción no existe para los acuerdos de Unión Civil, pero sí para los matrimonios legales.*

---

<sup>5</sup> Ver Correa Sutil, Jorge, “Jurisprudencia del TC en Materia de Igualdad ante la Ley. ¿saliendo de la pura teutología?” [http://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2016/08/05\\_Correa\\_Sutil.pdf](http://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2016/08/05_Correa_Sutil.pdf)

<sup>6</sup> Ver <http://www2.latercera.com/noticia/permitiran-que-hombres-casados-puedan-ser-cargas-de-sus-esposas-en-fonasa/>

*Hace más de un año se está trabajando para cambiar dicha normativa. Depende del Ministerio de Salud agilizar los procesos”.*

Como podemos observar, la discusión se ha instalado políticamente y algunos parlamentarios ya han generado ciertos acercamientos para modificar el hecho discriminatorio de que el cónyuge no pueda ser carga legal de su cónyuge, salvo en el caso de invalidez. Ahora bien, es necesario plantear sin titubeos que la única forma de eliminar la evidente discriminación arbitraria, que por las razones que ya expusimos, sufre el conyuge, es a través del trato igualitario. En este sentido, no podríamos - como se plantea en la nota citada - establecer exigencias o condiciones distintas a la de la cónyuge, de modo que si atendemos a lo expresado por los parlamentarios, podríamos atenuar los efectos negativos de la discriminación arbitraria, sin embargo, esta se mantendría, y como advertimos desde un inicio, no existen buenas razones (criterio de la razonabilidad) para que el trato de las partes sea condicionado o diferenciado, de modo que para erradicar la vulneración de derechos y la inconstitucionalidad de la norma, debemos necesariamente eliminar cualquier condición o elemento diferenciador en su totalidad, exigiéndose por ende, un trato absolutamente igualitario.

## **5.- CONCLUSIONES.**

Ha quedado sentado que el cónyuge no invalido que quiere ser carga de su cónyuge, no puede, cuestión que no solo lo vulnera en comparación con la propia mujer, sino también en relación con el nuevo régimen de acuerdo de unión civil, debiendo entonces homologarse dicha situación, por no existir argumentos de razonabilidad que hagan posible sostener normativamente esta diferencia.

Si bien se han planteado diversas soluciones tales como la contenida en el artículo 93 Nº 6 de la Constitución Política: *“Son atribuciones del Tribunal Constitucional: 6º Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal*

*cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contrario a la Constitución.”*

Sin perjuicio de lo anterior, la solución directa y mas efectiva es la modificación del Decreto con Fuerza Legal cuya iniciativa es exclusiva del Presidente de la República conforme a lo dispuesto en el artículo 65, inciso 4º, N°6 de la Constitución Política de la República, mediante el Ministerio del Trabajo y Previsional social, en el que, en concreto, se modifique y/o reemplace la letra a) del artículo 3º del D.F.L. N° 150 del año 1982, que establece “a) *La cónyuge y, en la forma en que determine el reglamento, el cónyuge inválido;*”, por “a) *Los cónyuges*”.

#### **5.- BIBLIOGRAFÍA.**

1. Díaz García, Iván, “LEY CHILENA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN: UNA EVALUACIÓN DESDE LOS DERECHOS INTERNACIONAL Y CONSTITUCIONAL”. Revista chilena de derecho, año 2013, Santiago de Chile <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372013000200011>
2. Corral Talciani, Hernán, “Familia y Derecho”, Universidad de Los Andes, Colección Jurídica, año 1994, Santiago de Chile.
3. Soto Kloss, Eduardo, “La Familia en la Constitución Política”; Revista Chilena de Derecho, año 1994, Vol 21 N°2, Santiago de Chile.
4. Cea Egaña, José Luis, “*Derecho constitucional chileno*”, año 2004, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile.
5. Correa Sutil, Jorge, “Jurisprudencia del TC en Materia de Igualdad ante la Ley. ¿Saliendo de la Tautología?  
[http://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2016/08/05\\_Correa\\_Sutil.pdf](http://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2016/08/05_Correa_Sutil.pdf)