

RELACIONES ENTRE EL DERECHO DE FAMILIA Y EL DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Héctor ROSALES ZARCO*

Resumen. La familia es catalogada como una institución de carácter primario que coadyuva con el bienestar social, proveyendo a los individuos de educación, protección, afectividad, etcétera. Los individuos que conforman la misma son seres biopsicosociales que trascienden al ámbito jurídico no como un ser unívoco, sino como un ser multifacético al que hemos etiquetado de padre en materia civil, de trabajador en materia laboral o de asegurado en materia de seguridad social. Así pues, el individuo desarrolla diversos roles y está subordinado a normas antinómicas que desvinculan su rol familiar del laboral, haciendo patente una clara ausencia de sistematización en el orden jurídico mexicano. El presente trabajo tiene por objeto puntualizar aquellas inconsistencias que se desprenden de las normas familiares contenidas en los ordenamientos de derecho civil y del derecho de la seguridad social y señalar algunas de las repercusiones que de este hecho derivan.

I. INTRODUCCIÓN

El ser humano se desenvuelve en nuestro planeta como un ente bio-psico-social indivisible, no obstante que bajo la tutela del orden jurídico adquiere diversas calidades, como lo es el caso de padre, trabajador, contribuyente, esposo, etcétera. Ahora bien, ¿qué tan viable y pertinente es regular dos esferas jurídicas que afectan a un mismo ser humano si nos desentendemos

* Licenciado en derecho por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UAEM; estudiante de la maestría en derecho en el posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM (hrzarco@gmail.com).

de las relaciones existentes entre las mismas? Específicamente, entre el derecho de la seguridad social y el derecho familiar, ¿qué tipo de relaciones existen?

El presente trabajo tiene por finalidad analizar las relaciones existentes entre estas dos materias. Por lo que, al abocarnos a nuestra misión, nos resulta de vital importancia tratar el tema concerniente a qué es la familia, el cómo ha sido su evolución, cuáles son sus características definitorias en nuestros días y cuál es y ha sido su función esencial, para justificar el por qué de su trascendencia social y, como consecuencia, en qué radica la necesidad de regularla adecuadamente en la legislación nacional. Ello obedece al entendido de que dicha institución es constante en ambas materias y su razón de ser está vinculada a la razón de existir de ambos órdenes.

En el presente trabajo sostenemos que garantizar los alimentos es el elemento definitorio fundamental de la relación entre estas dos materias, dado que el sujeto pertenece a dos instituciones simultáneamente: la familia y el Estado, las cuales, en la persecución de sus respectivos fines, coadyuvan en beneficio del bienestar del individuo y de la familia en general.

Asimismo, hemos encontrado cuatro discrepancias esenciales entre las legislaciones del seguro social y la familiar, las cuales versan en la desigualdad de géneros, en la disparidad de concepciones entre lo que es la maternidad, en la diferencia de edades para considerar a un sujeto como menor, y en los problemas relacionados con la disolución del vínculo matrimonial.

Una vez expuestas las razones y finalidades del presente trabajo, manifestamos que el orden a seguir obedece en primer lugar a una aproximación respecto de los aspectos relevantes de lo que es la institución familiar, para luego analizar los puntos de encuentro entre el derecho de la seguridad social y el derecho familiar, para culminar con el análisis de las principales discrepancias entre el derecho familiar y el derecho de los seguros sociales.

II. ASPECTOS RELEVANTES EN TORNO A LA INSTITUCIÓN “FAMILIA”

La génesis de la familia deviene del origen biológico del hombre, del hecho de la procreación y la supervivencia de la especie: “El origen de la familia es, sin disputa, anterior al derecho y al hombre mismo. Los sociólogos han

encontrado que entre los antropoides se produce una unión más o menos duradera entre el macho y la hembra, a partir de la unión sexual”.¹

Esta primitiva organización, fiel al instinto de conservación, es patente en muchas especies animales; por ejemplo, las aves construyen sus nidos y los lobos su madriguera, creando un núcleo de protección y delegando jerarquía y actividades específicas (aunque no de forma racional) a cada uno de los integrantes de la mencionada agrupación. Gracias a su capacidad cognoscitiva, el ser humano ha hecho evolucionar la institución familiar de aquel estado primitivo a una forma matizada:

...si la motivación original de la familia hay que encontrarla en las simples exigencias biológicas de reproducción y del cuidado de la prole, mediante uniones transitorias e inestables entre los progenitores, ha adquirido en su desarrollo, a través de milenios, y precisamente por su influencia de los elementos culturales, una completa estabilidad, que le da exigencia y razón de ser, más allá de las simples motivaciones biológicas y económicas.²

La razón se presenta en el hombre como una herramienta capaz de expandir sus horizontes más allá de la simple supervivencia, y da paso a la religión, la moral, la filosofía, el derecho, etcétera. Todas estas disciplinas coadyuvaron a matizar la institución familiar; entre otras cuestiones, el aspecto sexual de la pareja ahora se revestiría de tintes afectivos y de lazos duraderos. “Los hechos del impulso sexual, de la procreación, del desvalimiento de los niños, del antagonismo de los sexos, y también de las generaciones, en lugar de quedar librados al azar de los meros factores biológicos y psíquicos, por el contrario, merced a la institución de la familia, son encausados y regulados”.³

En el tiempo que corre, consecuencia de la imperante ideología cristiana y nuestra herencia prehispánica y europea, el estereotipo de la familia mexicana es monógamo, aunque ha visto disminuido su carácter de extensa (principalmente en las ciudades), patente en la época precolombina y de la colonia. De igual manera, la mujer ha asumido el rol de jefa de familia, lugar que no hace muchos años se consideraba exclusivo del hombre; en relación con este asunto

¹ Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho civil*, 24a. ed., México, Porrúa, 2005, p. 450.

² *Ibidem*, p. 447.

³ Recaséns Siches, Luis, *Sociología*, 3a. reimp. de la 31a. ed., México, Porrúa, 2006, p. 466.

to, el INEGI señala que el total de hogares⁴ mexicanos hasta el 2005 era de 24,803,625, de los cuales el 72.63% contaba con jefe de familia y el 19.24% con jefa de familia, el número restante se refiere a hogares no familiares (co-residentes o unipersonales).⁵

La unión de la pareja sigue constituyendo el parteaguas que desvincula a un individuo de su familia natal y lo vincula a una nueva, en la que tendrán el libre arbitrio de constituir la y dirigirse dentro de la misma de conformidad con su criterio personal en tanto cumplan con sus deberes jurídicos y no rebasen los límites establecidos por la ley. Si en la época romana la patria potestad dotaba de facultades excesivas al *pater familias*, a grado tal que podía disponer de la vida de sus hijos, hoy en día el ejercicio de esta facultad encuentra límites, primordialmente para salvaguardar la integridad física y mental de los menores, así como en su patrimonio; ello se ha extendido al grado de hablar en nuestro tiempo de derechos de los niños.

Los vínculos, tanto paterno como materno, tienen en nuestros tiempos casi la misma importancia en la ley familiar; los padres tienen iguales derechos y deberes para con los hijos, y a falta o por imposibilidad de éstos, son subrogados en sus deberes por sus ascendientes o colaterales que se encuentren en posibilidad de cumplirla. Señalamos que casi tienen los mismos derechos dado que la legislación civil familiar aún guarda reminiscencias del derecho romano, dotando a la familia paterna de mayor preponderancia respecto a la familia materna; por ejemplo, el apellido que prevalece para los hijos es el de la familia paterna.

La familia actual, a diferencia de la primitiva, ha dejado de ser el eje rector de la totalidad de las actividades de la vida del ser humano, es decir, las funciones de carácter religioso, político y laboral, que con anterioridad eran administrados por el líder de la misma, en la actualidad se han delegado a otras

⁴ El INEGI define hogar como: “Unidad formada por una o más personas, unidas o no por lazos de parentesco, que residen habitualmente en la misma vivienda y se sostienen de un gasto común para la alimentación. Los hogares se clasifican, por tipo, en familiares y no familiares, y al interior de éstos según su clase: familiares, que a su vez se dividen en ampliados, compuestos y nucleares, y no familiares, dentro de los que se consideran los unipersonales y los de copresidentes”. Visible en: <http://www.inegi.gob.mx/est/contenidos/espanol/rutinas/glosario.asp?t=mbog01&e=00> (consulta: 21 de mayo de 2007).

⁵ En: <http://www.inegi.gob.mx/est/contenidos/espanol/rutinas/ept.asp?t=mbog01&c=3299> (consulta: 21 de mayo de 2007).

instituciones (Iglesia, Estado, etcétera).⁶ El campo de acción del ser humano, ahora sólo inicia en su familia, pero no se circunscribe únicamente al mismo; un individuo es a la par estudiante, padre y trabajador, hermano y ciudadano, etcétera.

Finalmente, la importancia de vigencia de la institución familiar la podemos encontrar en su motivación original, vigente hasta nuestros días, y que radica, en palabras de Ricaséns Siches, en la necesidad de cuidar, alimentar y educar a la prole.⁷ A nuestro criterio, las características esenciales de la institución familiar se pueden sintetizar de la siguiente manera:

- 1) El núcleo familiar es el primer círculo social en donde se desenvuelve el individuo, y del mismo adopta sus ideologías primarias respecto a la concepción del mundo.
- 2) Posee jerarquización, es decir, sumisión de uno o varios de sus miembros a uno u otros.
- 3) Sus miembros se encuentran unidos por lazos consanguíneos y/o afectivos.
- 4) Cumple con una función social a través de la protección que se prestan entre sus miembros, fundamentalmente de los padres a los hijos, que les proveen educación, vivienda, nutrimentos, orientación, etcétera, y con el paso del tiempo la que los hijos prestan a sus padres, correspondiendo con ello con un acto de solidaridad las atenciones recibidas en los primeros años de vida.

III. LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA FAMILIA

Desde los orígenes de la humanidad, la vida en sociedad y la solidaridad han sido dos constantes en la vida del hombre con las que se ha provisto de los satisfactores requeridos para sobrevivir y con las cuales ha alcanzado el nivel de desarrollo de nuestros días. La familia es y ha sido desde la aparición del hombre, la primera institución a la que se vincula el ser humano y en la que encuentra la protección y asistencia requerida en los primeros y los últi-

⁶ Véase Azuara Pérez, Leandro, *Sociología*, 9a. ed., México, Porrúa, 1987, p. 229.

⁷ Véase Recaséns Siches, Luis, *op. cit.*, nota 3, p. 466.

mos años de vida cuando no es capaz de valerse por sí mismo. Al respecto, Galindo Garfias señala:

Normalmente, el hombre por sí mismo se procura lo que necesita para vivir. El grupo social, por razones de solidaridad humana, acude en ayuda de aquellos que por alguna razón necesitan que se les asista, que se les socorra en diversas formas.

Este concepto de *solidaridad* que nos hace responsables de que nuestros semejantes obtengan lo necesario para vivir con un mínimo de dignidad humana, adquiere mayor fuerza moral y jurídica entre los miembros de un grupo familiar.⁸

En nuestro sistema jurídico la protección a la familia encuentra su fundamento en el artículo 4o. constitucional, el cual hecha mano de la solidaridad humana y pugna por la protección a la organización y desarrollo de la familia; asimismo, enfatiza el derecho que tienen los menores a recibir alimentos y se obliga a coadyuvar con esta causa. Con ello, la concepción jurídica, en un primer momento, se empata con la institución natural de la familia, lo anterior en el entendido de que el Estado reconoce y se sirve de sus funciones esenciales. Por otro lado, respecto del nivel en que el Estado participa para el bienestar de los menores y la familia, Burgoa comenta: “El derecho subjetivo que proclama tal declaración está subordinado, en cuanto a su goce y ejercicio, a las condiciones económicas y sociales que permitan su efectividad práctica, ya que sin ellas tal derecho se antoja onírico o quimérico”.⁹

Ahora bien, ¿cómo encuentra protección la institución familiar en la legislación secundaria? En el sistema jurídico mexicano todo aquello relacionado con las relaciones familiares se encuentra encomendado a la materia civil, específicamente denominada derecho de familia; sin embargo, la protección a dicha institución no se agota en esta materia.

La protección a la familia rebasa las consideraciones consignadas en la codificación civil. Si bien son las normas de dicho ordenamiento las que instituyen las bases para comprender las relaciones familiares, los aspectos propensos a regularse, por concernir directamente a la institución familiar, colindan

⁸ Galindo Garfias, *op. cit.*, nota 1, p. 478.

⁹ Burgoa, Ignacio, *Las garantías individuales*, 34a. ed., México, Porrúa, 2002, p. 277.

con materias como la penal (delitos entre miembros de una familia) o la del derecho de la seguridad social (garantiza la viabilidad del suministro de alimentos).

Bajo estas consideraciones podemos establecer que la legislación, en torno a la institución familiar en nuestro país, obedece a tres esferas de protección jurídica:

- 1) La primera tendente a regular las relaciones familiares (matrimonio, adopción, tutela, concubinato, divorcio, etcétera), el patrimonio familiar y los deberes familiares (alimentos). Esta esfera incumbe a la materia civil contenida, en específico, en el derecho de familia.

Si bien la finalidad fundamental de la familia es la protección de sus miembros, función natural que más tarde ha sido matizada por el derecho, podemos decir entonces que los alimentos ocupan un lugar de suma preponderancia en el derecho civil, puesto que con la regulación de los mismos se ampara la función fundamental de la institución familiar.

- 2) En cuanto a una segunda esfera de protección jurídica, la regulación familiar encuentra protección a través del derecho de la seguridad social. En este sentido, el Estado y las organizaciones gubernamentales coadyuvan sufragando todas aquellas necesidades que la institución familiar no puede satisfacer por sí misma. Lo anterior se realiza a través de los seguros sociales, la asistencia pública y la beneficencia pública.

Privilegiamos la inferencia del derecho de la seguridad social respecto de otras materias, dado que coadyuva con la institución familiar satisfaciendo aquellas necesidades básicas que el hombre no puede allegarse por sí mismo a causa de una contingencia, o bien elevando la calidad de vida de las personas. En este sentido, el derecho de la seguridad social coadyuva con el deber alimentario impuesto por el derecho civil a los individuos en razón al parentesco, el matrimonio o el concubinato, o bien subsume dicho deber en relación con aquellos individuos incapaces que no puedan proporcionarlos o no tengan a nadie que se los pueda proporcionar.

- 3) Finalmente, la tercera esfera de protección a partir de la cual el Estado protege a la institución familiar encuentra cabida en el resto de las legislaciones que de manera contingente sirven de protección de las relacio-

nes familiares; por ejemplo, la legislación penal señala los delitos que atentan contra la institución familiar a través de figuras como la violencia intrafamiliar, falta de cumplimiento de las obligaciones alimentarias, exposición de menores, etcétera.

IV. LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO DE FAMILIA Y EL DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

1. *Relaciones desde la perspectiva del derecho de familia*

El orden jurídico implica un desprendimiento del hombre de la ciega obediencia a los mandatos de la naturaleza que viven dentro de sí, es decir, a los instintos. Ello no quiere decir que renuncie a los mismos, sino más bien que los atenúe y vaya más allá de los mismos, relegando el simple sobrevivir por el vivir. Las necesidades humanas sobrepasan la sola necesidad de refugio, de alimento, de abrigo o de asistencia médica; ahora necesita también satisfactores como la educación, un ambiente sano en el que se pueda desenvolver, etcétera. El término alimentos alude precisamente a estas necesidades; es definido como: “los elementos que una persona requiere para su subsistencia, desarrollo moral, físico y mental, y para su vida dentro de la comunidad en la que habita”.¹⁰

El Código Civil Federal, en su artículo 308, se refiere a los alimentos en los siguientes términos: “Los alimentos comprenden la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en casos de enfermedad. Respecto de los menores los alimentos comprenden, además, los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista, y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales”.

Cuando referimos el término “alimentos”, inmediatamente nos trasladamos a la materia familiar en el ámbito civil y nos vienen a la mente aspectos tales como: qué comprenden, cómo deben otorgarse, quién y en qué condiciones puede recibirlos, quién está obligado a proporcionarlos y quién facultado a exigirlos, el modo de otorgarlos, etcétera. Con ello dejamos de lado un

¹⁰ Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho civil para la familia*, México, Porrúa, 2004, p. 446.

cuestionamiento fundamental: ¿cómo obtendrá los alimentos el obligado? O, en otras palabras, ¿cómo se allegará de los elementos necesarios para proporcionar los satisfactores que le son inquiridos conforme a la ley?, y finalmente ¿qué acontece en el caso de que el que tenga el deber de otorgarlos esté imposibilitado de cumplimentarlo?

Al plantearnos estas interrogantes podemos comprender la relación que guardan el derecho familiar y el derecho de la seguridad social; éstos coadyuvan en una misma finalidad que no es otra más que garantizar los alimentos; es decir, ya establecimos que la institución “familia” salvaguarda la integridad de sus miembros y les proporciona todos aquellos satisfactores que requieren para sobrevivir y desarrollarse; por su parte, el derecho de familia regula las relaciones y los deberes alimentarios entre parientes, cónyuges y concubinos, en tanto que el derecho de la seguridad social estatuye normas a partir de las cuales otras instituciones, privadas o públicas, coadyuvan, complementan o subsumen las necesidades de los seres humanos cuando la institución familiar se encuentra imposibilitada o es inexistente.

El hombre utiliza el trabajo, entre otras cosas, para allegarse de satisfactores para sí y para su familia; sin embargo, la posibilidad de proporcionar alimentos a la familia no está garantizada, por lo que el ser humano ha creado instituciones ajenas a la familiar que le brinden esa seguridad que requiere para garantizar su subsistencia. Al respecto, Ruiz Moreno señala:

Es evidente que en la esencia misma del instinto humano se encuentra la necesidad de seguridad... Esa lucha tenaz por sobrevivir con el mayor decoro y dignidad posibles, por combatir el hambre y las enfermedades, por vencer la ignorancia y la desesperanza, ha sido la esencia del proceso evolutivo humano... Se ha dicho que el hombre aislado es una abstracción, porque lo real y existente es el grupo social... y es que el hombre no es sociable por naturaleza, sino por mandato de su razón...¹¹

2. Relaciones desde la perspectiva del derecho de la seguridad social

Ya hemos establecido las relaciones que el derecho de la seguridad social guarda para con el derecho de familia desde una perspectiva del derecho civil;

¹¹ Ruiz Moreno, Ángel Guillermo, *Nuevo derecho de la seguridad social*, 11a. ed., México, Porrúa, 2006, p. 1.

sin embargo, es pertinente analizar cuál es la importancia que reviste desde una perspectiva del derecho de la seguridad social.

La seguridad social es “el conjunto de instituciones, principios, normas y disposiciones que protege a todos los elementos de la sociedad contra cualquier contingencia que pudieran sufrir, y permite la elevación humana en los aspectos psicofísico, moral, económico, social y cultural”.¹² La seguridad social se sirve, fundamentalmente, de tres instrumentos para realizar su cometido, como lo son: el seguro social, la asistencia social y la beneficencia pública.

En nuestro país, el desarrollo del seguro social ha sido más patente que el de los otros dos instrumentos; está constituido por organismos públicos que tienen por finalidad ser un instrumento de la seguridad social que, en términos del artículo 2o. de la Ley del Seguro Social (LSS), tiene por finalidad garantizar el derecho a la salud, la asistencia médica, la protección a los medios de subsistencia y los servicios sociales necesarios para el bienestar individual y colectivo, así como el otorgamiento de una pensión que, en su caso y previo cumplimiento de los requisitos legales, será garantizada por el Estado.

Los servicios prestados por estos organismos están dirigidos al sector obrero, y en algunas excepciones a sectores desprotegidos como es el caso de los estudiantes: “el seguro social es un instrumento a través del cual los trabajadores y el Estado unen sus acciones para proteger los derechos de la clase trabajadora en contra de los derechos de la clase empresarial y así posibilitar una mejor calidad de vida”.¹³ En este sentido, los trabajadores garantizan su acceso y el de su familia a prestaciones que coadyuvarán con el bienestar familiar y con el cumplimiento de los deberes alimenticios, o bien garantizarán el ingreso económico tendente a sufragar dichos deberes. Respecto a esta relación, nos enfocaremos con mayor detenimiento en el apartado siguiente.

La asistencia social es definida como “la ayuda organizada legalmente a cargo del Estado, para las clases económicamente más desprotegidas de una sociedad”.¹⁴ Al respecto, Mendizábal Bermúdez¹⁵ señala que la asistencia social se puede clasificar en:

¹² Briceño Ruiz, Alberto, *Derecho mexicano de los seguros sociales*, 2a. ed., México, Harla, 1992, p. 15.

¹³ Mendizábal Bermúdez, Gabriela, *La seguridad social en México*, México, Porrúa, 2007, p. 33.

¹⁴ *Ibidem*, p. 40.

¹⁵ *Ibidem*, p. 39.

Familiar: mediante este mecanismo la familia cubre las necesidades básicas de los integrantes de la misma. Cabe aclarar que este caso no sólo se trata de ayuda altruista, que si bien existe un deber moral, los legisladores han impuesto deberes jurídicos como en el caso del Código Civil, que contempla la necesidad de alimentos. Privado: éste opera a través de instituciones, fundaciones de carácter privado, movidos por la caridad, la solidaridad, etcétera. Público: el Estado o las administraciones públicas en general en sus tres niveles dotan de recursos a organismos para atender a indigentes y menesterosos.

En este aspecto es más que patente la relación entre el derecho familiar y el derecho de la seguridad social, sólo que desde la perspectiva de este último, la familia aparece, atinadamente, como un nivel de protección para dotar al menor de satisfactores, en cuya ausencia, otras instituciones subsanarán la función que desempeñaría la familia.

Por su parte, la beneficencia pública es “la actividad del Estado o de los particulares que tiene por objeto auxiliar de manera altruista a las personas que se encuentren en ausencia de elementos básicos para sobrevivir”.¹⁶ Este instrumento está dirigido a apoyar a personas que no pueden satisfacer, por sí mismas, sus necesidades fundamentales.

En esta hipótesis nos encontramos ante la imposibilidad total de una familia o un individuo que por razones diversas no puede sufragar los alimentos (necesidades fundamentales), y a terceros que mediante diversas actividades y de manera altruista coadyuvan en un momento dado con el bienestar social.

Una vez que hemos expuesto, desde una perspectiva general, cuáles son las concordancias entre el derecho de familia y el derecho de la seguridad social, a continuación expondremos con detenimiento los puntos de encuentro y las antinomias entre los mismos con el objeto de comprender la importancia práctica del tema que exponemos.

V. LAS ANTINOMIAS EN EL DERECHO DE FAMILIA Y EL DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Ya ha quedado claro que ambos órdenes, más que contraponerse, se complementan a raíz de la solidaridad humana; dos instituciones (familia y Esta-

¹⁶ *Ibidem*, p. 51.

do) asumen la responsabilidad respecto de los sujetos miembros de su núcleo, de manera coordinada y en ocasiones consecutiva.

En el asunto que nos ocupa, podemos identificar cinco problemáticas fundamentales en torno a la concordancia de ambas legislaciones:

- a) Respecto a la desigualdad de géneros, ya que las leyes del seguro social tienen cierta reminiscencia machista, que en un intento por proteger a las mujeres terminan por vulnerar algunos de sus derechos.
- b) El que versa respecto de la disparidad de concepciones entre lo que es la maternidad y paternidad en el derecho civil frente al derecho de la seguridad social.
- c) El que estriba en la disparidad de edades para considerar a un sujeto como menor en ambas legislaciones.
- d) Problemas relacionados con la disolución del vínculo matrimonial.

1. *Problemas de género*

Los principios jurídicos de igualdad y equidad nos dan la pauta para dar trato igual a los iguales y desigual a los desiguales. Tratándose de género, el artículo 4o. constitucional establece que el hombre y la mujer son iguales ante la ley; asimismo, el artículo 164 de la Ley Federal del Trabajo establece que las mujeres disfrutan de los mismos derechos y tienen las mismas obligaciones que los hombres. De esta manera, en tanto no exista un criterio ineludible para hacer una diferenciación por una desigualdad insalvable, la ley no permite que se haga diferencia. Sin embargo, mientras en materia familiar las prerrogativas y los deberes son correlativos entre hombres y mujeres, en materia de seguridad social existen normas que hacen una marcada diferencia entre géneros en aspectos que no se justifican.

Un caso de desigualdad de género se presenta cuando el trabajador fallece por causa de una enfermedad o accidente de trabajo. En esta hipótesis, de conformidad con el artículo 64, fracción II, de la LSS, la viuda del asegurado tiene derecho a recibir una pensión equivalente al 40% de la que le hubiese correspondido a su cónyuge. Pero en el caso de que se tratase de la muerte de una trabajadora, el viudo podrá recibir la pensión sólo cuando hubiera dependido económicamente de la asegurada. Dicha disposición es discrimina-

toria de la mujer, por no otorgarle a su familia la pensión que le correspondería a un varón que hubiese trabajado en igualdad de circunstancias y sin importar que la cónyuge de este último tuviera o no dependencia económica; de esta manera, se desvaloriza el trabajo femenino en contraposición al del varón.

Otro caso de desigualdad de género es el que se presenta en el artículo 38 de la Ley del ISSFAM, la cual contempla como sujetos susceptibles de recibir pensión y compensación a las hermanas de un militar, siempre y cuando permanezcan solteras. Esta disposición es una desigualdad de género que no puede tener otro sustento más que una caballerosidad mal entendida.

Probablemente el problema más sentido por la sociedad es el que se presenta cuando por motivo de la solicitud de un trabajo, tratándose de mujeres, se les solicita el certificado de no gravidez. Esta situación se desprende del hecho de que de conformidad con el artículo 170 de la Ley Federal del Trabajo, el patrón está obligado a respetar las siguientes prerrogativas de las madres trabajadoras:

I. Durante el periodo del embarazo, no realizarán trabajos que exijan esfuerzos considerables y signifiquen un peligro para su salud en relación con la gestación, tales como levantar, tirar o empujar grandes pesos, que produzcan trepidación, estar de pie durante largo tiempo o que actúen o puedan alterar su estado psíquico y nervioso.

II. Disfrutarán de un descanso de seis semanas anteriores y seis posteriores al parto.

III. Los periodos de descanso a que se refiere la fracción anterior se prorrogarán por el tiempo necesario en el caso de que se encuentren imposibilitadas para trabajar a causa del embarazo o del parto.

IV. En el periodo de lactancia tendrán dos reposos extraordinarios por día, de media hora cada uno, para alimentar a sus hijos, en lugar adecuado e higiénico que designe la empresa.

V. Durante los periodos de descanso a que se refiere la fracción II, percibirán su salario íntegro. En los casos de prórroga mencionados en la fracción III, tendrán derecho al cincuenta por ciento de su salario por un periodo no mayor de sesenta días.

VI. A regresar al puesto que desempeñaban, siempre que no haya transcurrido más de un año de la fecha del parto.

VII. A que se computen en su antigüedad los periodos pre y post natales.

El hecho de respetar estas prerrogativas a favor de la mujer representa pérdidas económicas para el patrón; sin embargo, de conformidad con lo establecido en los artículos 102 y 103 de la LSS, el patrón puede eximirse de la obligación del pago del salario íntegro a que se refiere la fracción V del artículo 170 de la Ley Federal del Trabajo, siempre y cuando la trabajadora satisfaga los siguientes requisitos:

- I. Que haya cubierto por lo menos treinta cotizaciones semanales en el periodo de doce meses anteriores a la fecha en que debiera comenzar el pago del subsidio;
- II. Que se haya certificado por el Instituto el embarazo y la fecha probable del parto, y
- III. Que no ejecute trabajo alguno mediante retribución durante los periodos anteriores y posteriores al parto.

Asimismo, cuando la asegurada no haya cubierto las semanas de cotización requeridas, quedará a cargo del patrón el pago del salario íntegro. Por esta situación los patrones tratan de protegerse al no contratar mujeres en estado de gravidez, ya que adicionalmente a los gastos producidos por motivo de la pensión que tuviesen que otorgar, se suman los que se desprenden con motivo del personal requerido para suplir el descanso que conforme a la ley le corresponde a la mujer trabajadora.

Esta situación de hecho podría salvarse si se replanteara nuestra concepción de prestaciones por maternidad, a modo tal que se plateara como una situación especial y con diferente tratamiento a un riesgo de trabajo (que si bien aparentemente se da esta diferenciación, *de facto* el tratamiento es el mismo) y se contemplara la figura masculina como sujeto activo en las prestaciones por maternidad. En el siguiente apartado profundizaremos en este tema.

2. Problemas derivados de las concepciones de maternidad y paternidad

En palabras de Pérez Duarte, “la institución de la filiación fue creada y reglamentada para atender un problema en las estructuras familiares: regular la maternidad de las mujeres dentro y fuera del matrimonio y saber a quién atri-

buirle la responsabilidad de la manutención de la prole”.¹⁷ Así pues, podemos establecer derechos y deberes compatibles con la función original de la institución familiar, en donde los miembros del núcleo se prestan mutuo auxilio. El hecho generador por excelencia del vínculo filial se desprende de un acontecimiento biológico: “el alumbramiento”, mismo que trasciende, en nuestro país, a la esfera del derecho del trabajo cuando la mujer se integra al campo laboral y requiere de prerrogativas especiales para salvaguardar sus derechos y proteger su integridad física y la del producto en el periodo previo y posterior al alumbramiento. Mario de la Cueva hace referencia a este acontecimiento en los siguientes términos:

Las disposiciones de la ley de relaciones familiares, la declaración de los derechos sociales de 1917 y, sobre todo, la participación creciente de la mujer en la vida social activa y en el proceso económico, despertaron su conciencia y la lanzaron a la lucha por la comprensión mejor de su naturaleza humana, que es una misma en los dos sexos, particularmente en la vida del espíritu. Fue una lucha por la igualdad en el derecho constitucional, en el de familia y en el de trabajo... Era preciso, se decía, limitar su trabajo para conservar el vigor físico, a fin de que fueran aptas para la maternidad; y por otro lado convenía defender la familia, su moralidad y sus buenas costumbres.¹⁸

Cabanelas apunta respecto al término madre y su concepto lo siguiente: “Mujer que ha dado a luz uno o más hijos. Exacta pero brutal es la definición de la Academia: «hembra que ha parido», carece de toda delicadeza en la voz que tal vez la merezca más. Ese concepto nos parece certero referido a los animales...”¹⁹ Consideramos acertadas las palabras esgrimidas por este autor respecto del *Diccionario* de la Real Academia de la Lengua Española, ya que dicha concepción sólo nos da una connotación respecto a un sentido estrictamente biológico y apartado de toda apreciación humana. El término madre, sin embargo, en el mejor de los sentidos, evoca por sí mismo toda una serie

¹⁷ Pérez Duarte, Alicia, *Derecho de familia*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 228.

¹⁸ Cueva, Mario de la, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, 5a. ed., México, Porrúa, 1978, pp. 434 y 435.

¹⁹ Cabanelas, Guillermo, *Diccionario de Derecho Usual*, 7a. ed., Buenos Aires, Heliasta, 1972, t. II, p. 596.

de sentimientos, actitudes y hechos; la maternidad humana es un acontecimiento dador de vida, la consecución de la perpetuación de la especie y de la familia, el acto natural más perfectamente matizado por la razón humana; el término “madre” implica desinterés, sacrificio, cuidados, amor y hogar.

Desde el punto de vista jurídico, la legislación del seguro social mexicano define a la maternidad como la contingencia asegurada que protege a las mujeres durante el embarazo, el alumbramiento y el puerperio. Por su parte, desde un punto de vista médico, el artículo 28, fracción II, del Reglamento de Servicios Médicos del IMSS establece que la maternidad es el estado fisiológico de la mujer originado por el proceso de la reproducción humana, en relación con el embarazo, el parto, el puerperio y (se adiciona) la lactancia. Estas definiciones privilegian aspectos biológicos sobre los de carácter humano; es cierto que el fenómeno maternal tiene su génesis en la propia naturaleza, pero debemos recordar que desde el momento en que nos convertimos en seres racionales, aprendimos a desvincularnos del orden natural en cuanto nos proveyera esta actitud de mayor bienestar. En la legislación mexicana en general y en particular dentro de la del seguro social, la maternidad se contempla *de facto* como una incapacidad laboral temporal, sufrida por la mujer como consecuencia de su embarazo y alumbramiento, pese a que existe el Convenio 103 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) donde se establece el tratamiento independiente de la maternidad como situación protegida específica, desligada del concepto de la incapacidad.

La nueva visión de la maternidad como una situación especial de carácter familiar da apertura a una visión más compatible con la concepción de la legislación laboral, ya que da cabida a las siguientes hipótesis:

- 1) Las prestaciones por maternidad, que en nuestro país se circunscriben a la maternidad biológica, misma que podría ser equiparada con la maternidad por adopción, ya que el objeto de la prestación social no debe ser sólo el cuidado de la salud de la mujer, sino el fortalecimiento de los lazos filiales. En este aspecto, en materia civil no existe ninguna variante respecto a los derechos y obligaciones entre una madre biológica y una madre adoptiva, luego entonces, por qué no equiparar las prerrogativas en la legislación social.

- 2) En esta nueva concepción, la participación del varón adquiere mayor sentido; conforme a la carga estatuida por la legislación familiar, la patria potestad y la obligación alimentaria es compartida por el padre y la madre en igualdad de condiciones; por qué entonces no involucrar al padre en responsabilidades tales como coadyuvar en el cuidado de su cónyuge y del menor, a partir de una legislación que lo contemple como sujeto activo de la prestación con acceso a descanso en caso de alumbramiento de su cónyuge o en caso de adopción.

Al respecto, la nueva visión de las prestaciones por maternidad en Europa, y en específico en España, equipara a la adopción y el acogimiento²⁰ con la maternidad biológica, contemplando a la maternidad como una situación especial de carácter familiar que coadyuva con la repartición de responsabilidades de la pareja trabajadora. Luego entonces, la maternidad ya no es sólo “parir hijos”, sino educarlos, amarlos y procurarlos.

Al respecto, Blasco Lahoz, refiriéndose a las prestaciones por maternidad en España, manifiesta:

Podemos afirmar que en menos de una década se ha producido una evolución muy importante en el ámbito de la protección de la maternidad... Lo que hace unos años era considerada como una modalidad de la incapacidad temporal sufrida por la mujer como consecuencia de su maternidad, hoy se nos presenta como una prestación en la que los periodos de descanso debidamente subsidiados permiten repartir las responsabilidades familiares entre padres y madres, posibilitando que las mujeres no pierdan su vinculación con su puesto de trabajo, y que la maternidad no sea un obstáculo para su promoción profesional.²¹

²⁰ El acogimiento familiar es una medida que consiste en otorgar la guarda de un niño(a) menor de edad desprotegido a una persona o núcleo familiar, con la obligación de cuidarlo, alimentarlo y educarlo por un tiempo. Con ello se pretende integrar al menor, durante el periodo de tiempo que precise, en una vida familiar que sustituya a la suya natural. El acogimiento familiar es una medida temporal que, normalmente, concluye con el retorno del/la menor al hogar de origen, por lo que durante el mismo existen visitas y relación con su padre y/o madre biológicos. En alguna ocasión pudiera derivarse en adopción. En http://www.gizarte.net/familia_dfa/acogimiento_c.htm (consulta: 10 de mayo de 2005).

²¹ Blasco Lahoz, Francisco *et al.*, *Curso de seguridad social*, 9a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 435.

3. *Problemas derivados de la disparidad en los criterios para considerar a una persona como menor*

Esta disparidad se suscita por el hecho de que mientras en la legislación ordinaria la mayoría de edad se alcanza a los dieciocho años, y en relación con la misma se consignan deberes alimenticios y se alcanza la emancipación, en la LSS se tiene por menor de edad a aquel que no haya cumplido los dieciséis años.

Por nombrar un ejemplo, el artículo 64, fracción IV, de la LSS señala que a cada uno de los huérfanos que lo sean de padre o madre a causa de un accidente o enfermedad laboral, menores de dieciséis años, se les otorgará una pensión equivalente al veinte por ciento de la que hubiera correspondido al asegurado tratándose de incapacidad permanente total. En este artículo existe una disparidad, porque la LSS se basa en la edad mínima laboral para finiquitar una prestación de carácter familiar.

Si a criterio de la ley civil, el hombre puede emanciparse, por regla general, a partir de los dieciocho años, y hasta esa misma edad tiene derecho a percibir alimentos de sus parientes en línea colateral hasta el cuarto grado de conformidad con el artículo 306 del Código Civil Federal, ello es en razón a que se considera que el menor aún no es capaz de valerse por sí mismo. En la hipótesis antes señalada, el menor no se encuentra en una situación cómoda; por el contrario, es huérfano, por lo que es probable que el seguro social sólo se exima de la carga de la misma para que de conformidad con la legislación familiar recaiga en un pariente colateral.

4. *Problemas relacionados con la disolución del vínculo matrimonial*

Como ya hemos dicho, las prestaciones otorgadas por los seguros sociales, o bien coadyuvan o subsumen la obligación alimentaria, en el caso de los cónyuges en general, la ley de seguridad social sigue los lineamientos contenidos en la legislación civil; así, por ejemplo, para el caso del artículo 302 del Código Civil Federal que establece que los cónyuges deben darse alimentos, existe un mandato correlativo en la LSS (contenido en el artículo 84, fracciones III y IV) que señala que quedan amparados por lo que respecta al seguro

de enfermedades: la esposa del asegurado, la del pensionado y a falta de éstas la concubina.

Es decir, ambas leyes no sólo no se contradicen, sino que además se complementan, ya que mientras en la legislación familiar se impone el deber a los cónyuges de darse alimentos (que obviamente comprenden la atención médica), el derecho del seguro social proporciona al trabajador la posibilidad de proteger a su cónyuge en caso de enfermedad por medio del seguro de enfermedades.

Sin embargo, ya que el trabajador o la trabajadora son sujetos referenciales a partir de los cuales se establecen las prestaciones para sus cónyuges, en caso de divorcio la situación jurídica cambia, y al ya no tratarse de su cónyuge por haberse disuelto el vínculo matrimonial, el trabajador o la trabajadora podrían solicitar la exclusión de este último del seguro de enfermedades, máxime si contrae matrimonio nuevamente, al tiempo que la obligación alimentaria sigue subsistente por mandato de un juez competente en materia familiar.

Esta hipótesis cobra relevancia si tenemos en cuenta que para muchas personas el seguro social constituye su única alternativa en lo que a atención médica se refiere. A nuestro criterio, consideramos que el trabajador está en su derecho de excluir del régimen obligatorio (si es que estuviera sujeto al mismo) a la que fuera su cónyuge, pero no encontramos razón para no establecer la obligación de que le afilie al seguro de salud para la familia regulado por el artículo 240 de la LSS, a cargo del trabajador y en tanto la obligación alimenticia subsista. De esta manera las dos legislaciones obtendrían una mayor coherencia en cuanto a sus mandatos y una mayor efectividad, porque al momento en que se presentase una contingencia médica, la o el cónyuge con derecho a percibir alimentos no estaría supeditada(o) a otra persona para poder acceder a los servicios de salud.

VI. BIBLIOGRAFÍA

AZUARA PÉREZ, Leandro, *Sociología*, 9a. ed., México, Porrúa, 1987.

BLASCO LAHOZ, Francisco *et al.*, *Curso de seguridad social*, 9a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

- BRICEÑO RUIZ, Alberto, *Derecho mexicano de los seguros sociales*, 2a. ed., México, Harla, 1992.
- BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Las garantías individuales*, 34a. ed., México, Porrúa, 2002.
- CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario de Derecho Usual*, 7a. ed., Buenos Aires, Heliasta, 1972, t. II.
- CUEVA, Mario de la, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, 5a. ed., México, Porrúa, 1978.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Derecho civil*, 24a. ed., México, Porrúa, 2005.
- GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, *Derecho civil para la familia*, México, Porrúa, 2004.
- MENDIZÁBAL BERMÚDEZ, Gabriela, *La seguridad social en México*, México, Porrúa, 2007.
- PÉREZ DUARTE, Alicia, *Derecho de familia*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2007.
- RECASÉNS SICHES, Luis, *Sociología*, 3a. reimp. de la 31a. ed., México, Porrúa, 2006.
- RUIZ MORENO, Ángel Guillermo, *Nuevo derecho de la seguridad social*, 11a. ed., México, Porrúa, 2006. 